SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE LA PAMPA

COMPOSICIÓN AÑO 2020

Presidente Dr. José Roberto Sappa

Ministros

Dr. Hugo Oscar Díaz

Dr. Eduardo Fernández Mendía

Dra. Elena Victoria Fresco

Dr. Fabricio Ildebrando Losi

CUADERNOS DE DOCTRINA JUDICIAL DE LA PROVINCIA DE LA PAMPA

COORDINACIÓN

GUSTAVO ARBALLO

EQUIPO DE LA SECRETARÍA DE JURISPRUDENCIA

Anavelia Álvarez

GRISELDA MANZANO

ROMINA MARASCHIO

LEONARDO PERROUD

CONTACTO

SECRETARÍA DE JURISPRUDENCIA

AVDA. URUGUAY 1097, PISO 3°.

SANTA ROSA, LA PAMPA (CP 6300)

EMAIL: jurisprudencia@juslapampa.gob.ar

LOS ARTÍCULOS FIRMADOS SON DE EXCLUSIVA RESPONSABILIDAD DE SUS AUTORES Y NO REFLEJAN LA OPINIÓN DE LOS RESPONSABLES DE ESTA PUBLICACIÓN NI DEL PODER JUDICIAL DE LA PROVINCIA DE LA PAMPA.

INDICACIONES PARA LA REMISION DE COLABORACIONES A ESTA REVISTA

Los artículos que se presenten deberán contribuir al estudio y conocimiento del Derecho y deberán enviarse en archivo adjunto de formato .doc hasta el **9 de julio de 2021** a la dirección <u>jurisprudencia@juslapampa.gob.ar</u>, verificando el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- Deberán ser inéditos y no estar pendientes de evaluación en otra publicación.
- Los trabajos deberán ser de índole conceptual, y podrán consistir en un análisis de doctrina o teoría del derecho, de legislación o de líneas jurisprudenciales, así como estudios históricos, sociales o culturales relacionados con temas jurídicos. Se priorizarán los trabajos que hagan referencia a temáticas locales. No se considerarán contribuciones dedicadas a comentar fallos singulares.
- Se admitirán trabajos de autores colectivos (co-autores).
- La extensión del trabajo no deberá exceder las 30 páginas en hoja tamaño A4, escrita con tipo de letra "Times New Roman" tamaño 12 para el texto y 10 para las citas, con interlineado de 1,5, y márgenes de páginas de 2,5 cm. en todos los casos.
- Deberán observar las pautas de formato que se describen en la sección "publicaciones" de la web <u>www.ccjlapampa.blogspot.com</u>

ÍNDICE

| María de los Ángeles Pérez | |
|--|------------|
| Aplicación de las reglas de Brasilia en la jurisprudencia argentina. | 9 |
| Abel Arnaldo Argüello | |
| La vacunación compulsiva de mayores de edad. Conflicto entre derechos fundamentales y ponderación. | 21 |
| María E. Héctor - Gustavo A. Saires | |
| Protección de los Derechos de las Personas con Discapacidad. | 43 |
| Ana Lis Palacio - María Alejandra Zucchini | |
| Socioafectividad vs. Binarismo filial/parental. La primacía de la realidad en los derechos de las familias. | 71 |
| María José Garino - Sofía Micaela Burgui | |
| Gestación por sustitución. Una deuda pendiente en materia de Derechos Humanos. | 8 9 |
| Florencia Tamborini | |
| Análisis de la nueva Ley de Alquileres 27.751. | 109 |
| Mónica Ferré | |
| Principio de oportunidad en el proceso penal | 127 |

| Emilce Noelia Moreno | |
|---|-----|
| Adopción monoparental post mortem y concepto convencional de familia. | 153 |
| Diego José Mayordomo | |
| Redefiniendo el concepto de Familia. Las Uniones Convivenciales y la vivienda. | 175 |
| Tobias Larregui | |
| Bases para el reordenamiento tributario municipal. Especial referencia a Santa Rosa, La Pampa. | 199 |
| María de los Ángeles López | |
| El compromiso social del Poder Judicial de la Provincia de La Pampa a través de la implementación de programas de vinculación con estudiantes secundarios | 237 |

APLICACIÓN DE LAS REGLAS DE BRASILIA EN LA JURISPRUDENCIA ARGENTINA

María de los Ángeles Pérez*

1. Introducción.

Las 100 Reglas de Brasilia (en adelante RB), aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, tienen como objetivo garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad, sin discriminación alguna, englobando el conjunto de políticas, medidas, facilidades y apoyos que permitan el pleno goce de los servicios del sistema judicial.

El objeto de estudio de éste trabajo es exponer como los tribunales argentinos fueron aplicando las RB, delineando el estado actual de la jurisprudencia argentina a partir del relevamiento y estudio de los fallos que invocan las RB entre los años 2009-2017, subdividiéndolo en tres períodos: 2009-2011, 2012-2014 y 2015-2017. De ellos, el último será analizado con mayor detalle.

Esto nos permitirá tener un panorama más amplio, segregado por materias, tribunales de origen, sentido en que se aplicó la regla y otros aspectos, que sirvan para informar si nuestro sistema judicial ha logrado cumplir con las exigencias de las RB, convirtiéndose en un verdadero instrumento en la defensa de los más vulnerables, garantizándoles el efectivo e igualitario acceso a la Justicia.

2. El acceso a la Justicia y las Reglas de Brasilia.

El acceso a la justicia, es un principio básico del Estado de Derecho, y constituye un derecho humano fundamental que

_

^{*} Abogada, Secretaria Civil, Comercial y de Minería III Circ., Magister en Magistratura y Derecho Judicial Universidad Austral.

funciona como garantía de los otros derechos, pues implica "la posibilidad de llegar al sistema judicial; la posibilidad de lograr un buen servicio de justicia y por último, complementario necesariamente, el conocimiento de los derechos por parte de los ciudadanos, de los medios para poder ejercer y hacer reconocer esos derechos y específicamente, la conciencia del acceso a la justicia como un derecho y la consiguiente obligación del Estado de brindarlo y promoverlo." 1

La reforma constitucional de 1994, ha otorgado jerarquía constitucional a tratados internacionales de derechos humanos que establecen obligaciones para los Estados parte en materia de tutela y garantías judiciales, lo que se traduce en acceso a la justicia, derecho que ya se encontraba consagrado implícitamente en nuestra Carta Magna (art.33)², "erigiendo al máximo nivel normativo un conjunto de valores y principios cuyo respeto y aplicación efectiva compromete al conjunto de los argentinos"³. En consecuencia al decir acceso a la justicia, hacemos referencia a la existencia de un derecho de rango constitucional⁴, reconocido por diversos tratados internacionales⁵, que otorga "la posibilidad de que cualquier

_

¹ BIRGIN Haydee y GHERARDI Natalia, "El acceso a la justicia como un derecho humano fundamental: retos y oportunidades para mejorar el ejercicio de los derechos de las mujeres"; artículo publicado en: Etchegoyen, Aldo (Coord.), 2008, "Mujer y Acceso a la Justicia. Bs. As." El Mono Armado. 1°ed., www.jusformosa.gob.ar/escuela/violencia.

² Constitución Nacional (CN): art.33: Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.

³ CULLEN, Iván J.M, "El derecho de acceso a la justicia como derecho humano fundamental", Conferencia del 1/10/2014 al incorporarse como académico correspondiente a la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Santa Fe.

⁴ CN: arts. 14, 18, 42 y 75 inc.22.

⁵ Declaración Universal de los Derechos Humanos: art. 8; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: art. 2.3; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: art. XVIII; Convención Americana sobre Derechos Humanos: arts. 8.1 y 25; Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer: arts. 5 y 6.

persona, independientemente de su condición, tenga la puerta abierta para acudir a los sistemas de justicia si así lo desea ...".⁶

La base de éste derecho se encuentra en la necesidad de asegurar la igualdad y no discriminación de las partes, a través del principio de igualdad de armas para garantizar el debido proceso.

Uno de los documentos internacionales más relevantes, que trata los obstáculos existentes para determinadas minorías en acceder a la justicia, fue producido por La Cumbre Judicial Iberoamericana (CJI)⁷ y son las 100 Reglas de Brasilia (RB), que fueron definidas en el encuentro preparatorio llevado a cabo en Andorra en febrero de 2008, y aprobadas sin mayores cambios en la XIV de la CJI realizada en Brasilia en marzo de ese mismo año.

El documento base sobre el que se elaboraron las RB, fue la Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el espacio Judicial Iberoamericano⁸, y gira en torno a dos temas centrales: acceso a la justicia de grupos vulnerables y seguridad jurídica.

Contiene guías que exigen a los Estados configurar sus sistemas judiciales como instrumentos reales de defensa de los derechos de las personas vulnerables, a través de mecanismos que les permitan el acceso efectivo a la justicia y el derecho a un debido proceso. Ello se refleja en el objetivo que tuvieron los países iberoamericanos al crear las RB, cuya finalidad se desprende de las

⁶ Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), Módulo de Acceso a la justicia y Derechos Humanos en Argentina, 2011, 10.

Organización integrada por los poderes judiciales de 23 países, que a través de la cooperación e intercambio de experiencias entre sí; implementan políticas, proyectos y acciones para fortalecer el sistema democrático regional, mediante el mejoramiento y transformación del servicio judicial en beneficio de los ciudadanos de los países miembros. Resultado de la fusión, en el año 2004, de la Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia y del Encuentro Iberoamericano de Consejos de la Judicatura. Integrada por 23 países: Andorra, Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Cuba, El Salvador, Ecuador, España, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá Paraguay, Perú, Portugal, Puerto Rico, R. Dominicana, Uruguay y Venezuela. Cuenta con una Secretaría Permanente, una Secretaría Pro-témpore y un Coordinador Nacional por país.

⁸ Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el espacio Judicial Iberoamericano, Cancún 2002, VII Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia.

dos primeras reglas⁹; que propugnan la acción conjunta y coordinada de los tres Poderes del Estado, para implementar mecanismos que permitan "remover los obstáculos de orden jurídico, social, económico y cultural que dificultan el pleno ejercicio de los derechos humanos fundamentales, que, en la perspectiva del acceso a la justicia, se resuelve en la obligación de tratar adecuadamente, conforme a sus necesidades y a su identidad, a la persona en condición de vulnerabilidad"¹⁰

3. Operatividad de las Reglas.

Según lo destaca la Comisión Internacional de Juristas, "las Reglas de Brasilia pueden ser leídas en el contexto de tres avances importantes en materia de adopción de nuevos instrumentos e interpretación de los mismos realizada por los órganos internacionales de derechos humanos: *i)* El reconocimiento de que el derecho al respeto de las garantías del debido proceso y el derecho a la tutela judicial efectiva en caso de violación de un derecho fundamental, implican el derecho de acceso a la justicia; *ii)* La aplicación concreta al derecho de acceso a la justicia de la existencia de obligaciones positivas del Estado en materia de derechos humanos, destinadas a remover aquellas barreras y obstáculos de orden jurídico, social, económico y cultural que dificultan o impiden el pleno ejercicio de los derechos humanos por parte de sus titulares:

_

⁹ Regla 1: "Las presentes Reglas tienen como objetivo garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sin discriminación alguna, englobando el conjunto de políticas, medidas, facilidades y apoyos que permitan a dichas personas el pleno goce de los servicios del sistema judicial".

Regla 2: "Se recomienda la elaboración, aprobación, implementación y fortalecimiento de políticas públicas que garanticen el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Los servidores y operadores del sistema de justicia otorgarán a las personas en condición de vulnerabilidad un trato adecuado a sus circunstancias singulares. Asimismo, se recomienda priorizar actuaciones destinadas a facilitar el acceso a la justicia de aquellas personas que se encuentren en situación de mayor vulnerabilidad, ya sea por la concurrencia de varias causas o por la gran incidencia de una de ellas".

 $^{^{10}}$ Acceso a la Justicia y Grupos Vulnerables -A propósito de las Reglas de Brasilia, edit. Librería Editora Platense S.R.L, 1° ed., 2012, 89.

y *iii*) La creciente toma de conciencia acerca que las dificultades o barreras experimentadas por las personas para acceder a la justicia y para ejercer sus derechos se deben en parte a su pertenencia a grupos sociales en situación de vulnerabilidad."¹¹

Técnicamente forman parte de lo que conocemos como *soft law* o derecho blando, es decir que son un compromiso asumido por los Estados parte, pero no son jurídicamente obligatorias, ya que no emanan de ningún órgano que pueda obligarlos. Sin embargo, ello no implica desarticularlas del sistema internacional de derechos humanos, y en particular del sistema interamericano de derechos humanos.

Y estando situadas dentro de éste contexto podemos decir que obligan a aquellos países cuyos poderes judiciales, participaron de la Cumbre que adoptó las RB, pues determinan las obligaciones que deben cumplir los Estados a través de sus sistemas judiciales, para garantizar el derecho de acceso a la justicia de los sectores vulnerables.

En definitiva constituyen un marco referencial que no puede ser soslayado por los operadores del sistema judicial en el objetivo de cumplir con el deber de adaptar el derecho interno al trasnacional de los derechos humanos en orden a garantizar el derecho de acceso a la justicia.¹²

4. Contenido de las Reglas.

Estructuradas en cuatro capítulos, el primero define la finalidad, beneficiarios y destinatarios de las reglas, el segundo contiene las reglas aplicables para el efectivo acceso de las personas en condición de vulnerabilidad a la justicia. En el tercer capítulo se indican las reglas aplicables a la celebración de actos judiciales y por último un cuarto capítulo que indica medidas a tomar destinadas a lograr que las RB sean eficaces.

¹¹ GUZMAN Federico Andreu y COURTIS Christian, Comentarios sobre las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, disponible en www.corteidh.or.cr/tablas/r29269.pdf.

¹² Acceso a la Justicia y Grupos Vulnerables -A propósito de las Reglas de Brasilia-, edit. Librería Editora Platense S.R.L, 1°ed., 2012, 89-95.

5. Argentina y las Reglas.

Las RB forman parte del derecho interno argentino mediante la adhesión por Acordada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Nº 5/2009, del 24 de febrero de 2009 en donde se dispuso que "debían ser seguidas en cuanto resulte procedente como guía en los asuntos a que se refieren" y ello por considerarlas una valiosa herramienta para el acceso efectivo a la justicia, compromiso que ya había asumido el tribunal con la creación de la Comisión Nacional de Acceso a Justicia creada por Acordada Nº 37/2007 del 17 de diciembre de 2007. En el mismo sentido lo han hecho Procuración General de la Nación (Resolución 58/2009) y la Defensoría General de la Nación (Resolución 1353/11).

Se ha logrado la adhesión de la mayoría de las provincias argentinas y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a través de sus respectivas Acordadas, Acuerdos o Circulares de los Superiores Tribunales de cada una de ellas, así lo han hecho Buenos Aires (,Catamarca (Acordada 4102/09), Chaco (Acuerdo 3092/09), Chubut (Acuerdo Plenario Nº 3872/103556), Córdoba (Acuerdo 618-Serie A/2011), Corrientes (Acuerdo 34/2010), Entre Ríos (Acuerdo 27/2009), Formosa (Acuerdo 2688/2011), Jujuy (Acordada 69/2012), La Pampa (Acuerdo 3117/2011), La Rioja, Mendoza (Acordada 24.023/2012), Misiones (Acordada 14/2011), Neuquén (Acuerdo 4612 Pto. 19/2010), Río Negro (Acordada 1/2009), Salta, San Juan, San Luis (Acuerdo 156/2009), Santa Cruz (Acuerdo 5/2009) Santa Fe (Acuerdo 14/2010), Santiago del Estero (09/11/2010) Tierra del Fuego, Antártida e Isla del Atlántico Sur, Tucumán (Acordada 515/2013) y Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Resolución 30/2010).

Todas las provincias cuentan con políticas sociales de acceso a la justicia para personas según su condición de vulnerabilidad, en consonancia con los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y las respectivas Constituciones provinciales.

En este sentido, se han creado organismos que se encargan de las políticas de acceso a la justicia, manifestándose el trato preferencial a los grupos vulnerables en diferente prácticas como implementación de protocolos de actuación especial, incorporación de equipos interdisciplinarios, comunicación fluida entre distintos fueros, acceso sencillo para la asistencia y protección generando el desarrollo de buenas prácticas en cada provincia, capacitando a todos los operadores judiciales mediante talleres, jornadas, seminarios, actividades de sensibilización, entre otras.¹³

6. Desarrollo jurisprudencial argentino en la aplicación de las Reglas de Brasilia.

Desde el año 2009 la Corte Suprema de Justicia de la Nación, los tribunales federales, nacionales, los diferentes tribunales de las provincias argentinas y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, han venido trabajando en la aplicación de las RB, lo que se refleja en la invocación y utilización de las mismas en la resolución de casos que afecten a personas y/ grupos en condición de vulnerabilidad, como lo indica el siguiente gráfico, que marca un paulatino incremento en la utilización o mención de las reglas en las sentencias.

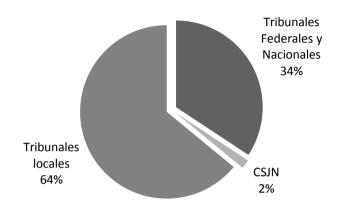
El relevamiento de jurisprudencia efectuada toma como base la selección de sentencias de tribunales argentinos, en donde los sentenciantes hacen referencia y/o aplican las RB, efectuada a través del buscador de La Ley para el periodo 2009-2017 (Thomson Reuters-Sistema de Informacion Legal Online).

El universo de casos resultante son 180 sentencias, en donde se registra el uso de las RB; la primera dictada el 20 de agosto de 2009 por la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la última del 29 de diciembre de 2017 dictada por el Tribunal Colegiado de Familia Nº 3 de Rosario. El período estudiado permite observar que las RB son aplicadas tanto en tribunales nacionales como en tribunales locales,

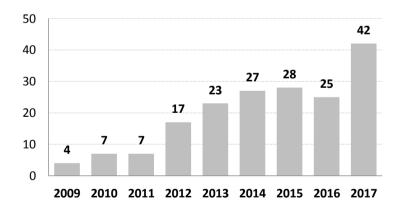
13

¹³ JU.FEJUS- Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2012," Informe sobre Implementación de las Reglas de Brasilia en las provincias argentinas", www.jusformosa.gob.ar/escuela/violencia/MOD7-3-Bibliografia.pdf

incluyendo casos donde han sido invocadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.:

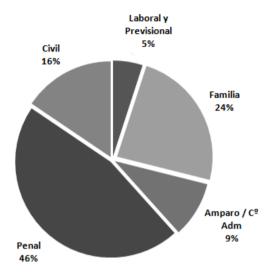


El siguiente gráfico muestra que su utilización ha sido creciente en el tiempo, año a año, consolidándose como una fuente del derecho.



De las 180 sentencias relevadas, 13 son amparos, 83 de tipo penal, 43 de familia, 28 del fuero civil, 7 laborales, 4 del fuero contencioso administrativo y 2 tratan temas previsionales. De ello se deriva que las RB han sido utilizadas "transversalmente" en todos los

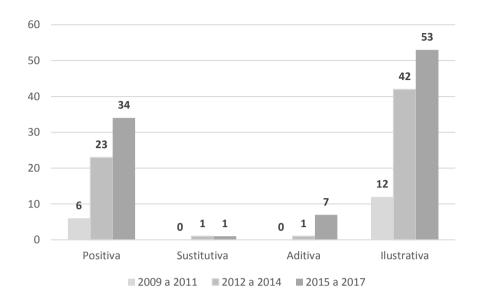
fueros, destacándose por su especificidad su uso en el fuero de familia.



En cuanto a la especificación de artículos en particular o sí solo se hace una referencia genérica de las reglas se mantiene un equilibrio, ya que en 96 sentencias la referencia es genérica y en 84 se especifican artículos o secciones de las mismas.

El sentido dado en la utilización de las RB ha sido mayoritariamente de carácter *ilustrativo*, citándose las mismas, pero no formando parte del silogismo decisorio, seguido por un uso *positivo*, es decir se aplica la solución legal existente en las leyes provinciales o nacionales vigentes, siendo éstas compatibles con las RB, a modo de corroboración.

Su fuerza jurígena es mayor cuando se invocan las reglas en sentido *sustitutivo* (la norma es reemplazada pora la "Regla") o *aditivo* (se usa la RB para cubrir un vacío legal).



7. Conclusión.

Siguiendo a Berizonce, las RB, que definen quienes resultan ser sujetos de protección preferente, resultan de particular utilidad, para integrar la manda constitucional consagrada en el art. 114, 3° ap., inc. 6° in fine, que impone asegurar la eficaz prestación de los servicios de justicia.

Como expresa el autor en la conjunción de los arts. 75, incs. 19 y 23, 18, 114, 41, 42, 43 de nuestra CN, en concordancia con el sistema internacional de los derechos humanos (art. 75, inc. 22), se encuentra el anclaje del régimen de tutelas diferenciadas sustantivas y procesales, de algunos derechos y situaciones considerados sensibles, que engloban grupos vulnerables en situación de atención preferente.

Al enfocar la noción de vulnerabilidad en relación con el ejercicio de las prerrogativas en sede judicial, se identifican las desventajas procesales impeditivas del ejercicio efectivo de las facultades en juicio y que generan la asimetría, entre las partes en

litigo. ¹⁴ En este sentido los representantes de los sistemas judiciales de los países integrantes de la CIJ, se comprometieron a aplicar las directrices de las RB, en pos de modificar, mediante acciones positivas, de tutela reforzada el acceso a la justicia de los grupos más vulnerables, cumpliendo así con diversos instrumentos internacionales, y en el caso específico de nuestro país con la CN.

Como refleja éste trabajo, las sentencias de los tribunales argentinos, desde la adhesión del país a las RB, y durante todos los períodos analizados, no sólo hace un uso "inespecífico de las reglas", es decir referencias genéricas o ilustrativas, sino que pocos fallos las nombran. Esta tendencia continúa durante el año 2018, en el cual se han dictado tan solo cuarenta sentencias en donde los jueces refieren a las RB, mayoritariamente dándole el mismo uso indefinido, plasmado en el relevamiento 2009-2017 (se adjunta listado sentencias año 2008 en anexo II).

Podría decirse que este tipo de alusión a las RB en las sentencias, resulta débil ya que se termina aplicando el mismo derecho que sin las reglas, pero en realidad nos está revelando jueces en la búsqueda de objetivos sociales específicos, que reconocen la operatividad de los derechos de grupos vulnerables en situación de atención preferente, evolucionando en la adecuación de las formas procesales para garantizar el acceso a la justicia de los mismos, en condición de paridad.

Incluso la aparición moderada de usos en sentido "sustitutivo" y "aditivo" de las RB, muestran el camino hacia la "desformalización", a través de nuevos procedimientos que equilibran las situaciones concretas, y refutan la idea de que éstas fuentes de soft law se utilicen para erosionar el derecho vigente.

Como se advierte la mayoria de procesos donde se hace referencia a las RB, son de tipo penal o de familia, y ello es así por tratarse de fueros especializados, que cuentan con procedimientos más sencillos para resolver algunas controversias; y en donde desde

17

-

 ¹⁴ BERIZONCE, Roberto O "Regulación procesal de las tutelas diferenciadas de la Constitución" en Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
 Universidad Nacional de La Plata. UNLP. Año 15/Nº 48-2018. Anual. Impresa ISSN 0075-7411-Electrónica ISSN 2591-6386, https://revistas.unlp.edu.ar > RevistaAnalesJursoc > article > download.

varios años antes de la sanción de las RB, se venían sentando las ideas o directrices de las mismas, a través de la jurisprudencia de sus tribunales, más avanzados en el tratamiento de garantizar la tutela judicial efectiva de los litigantes, principalmente de los más vulnerables.

Por último, si bien los primeros pasos están dados, se requiere una verdadera capacitación de los operadores judiciales, convencidos y comprometidos en la necesidad de implementar las RB, cumpliendo así la manda constitucional y facilitando el acceso a la justicia de los más vulnerables, evitando que las reglas sean una mera declaración de principios, no aplicables en su totalidad y con toda su fuerza igualitaria en la realidad de la sociedad.

LA VACUNACIÓN COMPULSIVA DE MAYORES DE EDAD: CONFLICTO ENTRE DERECHOS FUNDAMENTALES Y PONDERACIÓN.

Abel Arnaldo Argüello*

1. La Ley.

El 4 de enero de 2019 se publicó en el B.O. la Ley 27.491 de Control de Enfermedades Prevenibles por Vacunación, sancionada por unanimidad en las dos Cámaras legislativas. Derogando la antigua Ley 22.909, vigente desde del año 1983, esta normativa vino a actualizar el marco legal para la prevención primaria de enfermedades a través de las vacunas.

La misma se autodefine como ley de orden público, con vigencia en todo el territorio nacional,¹ establece a la vacunación como un bien social y la *prevalencia de la salud pública por sobre el interés particular*, estableciendo consecuentemente *la vacunación obligatoria de todos los habitantes* respecto a las vacunas incluidas en el Calendario Nacional de Vacunación, personal de salud y grupos de riesgo,² crea el registro informatizado nominal de personas

_

^{*} Abogado egresado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata.

¹ Art. 33. "La presente ley es de orden público y rige en todo el territorio nacional".

² Art. 2°- A los efectos de la presente ley se entiende a la vacunación como una estrategia de salud pública preventiva y altamente efectiva. Se la considera como bien social, sujeta a los siguientes principios: (...) b) Obligatoriedad para los habitantes de aplicarse las vacunas; c) Prevalencia de la salud pública por sobre el

vacunadas que debe ser utilizado tanto en el sector público, como en la seguridad social y el sector privado, debiendo presentar el carnet de vacunas en el ingreso a la escuela (primaria y secundaria), a la universidad (pública y privada), en el examen pre laboral y en los controles periódicos. También para tramitar el DNI, la licencia de conducir, el pasaporte, además de las asignaciones familiares, sin impedir el trámite.³

Establece que en el caso de niñas, niños y adolescentes los padres, tutores, encargados, etc. son responsables de su vacunación y se presume la autorización tácita para la vacunación de aquellos en establecimientos escolares.⁴

interés particular (...); Art. 7°- Las vacunas del Calendario Nacional de Vacunación, las recomendadas por la autoridad sanitaria para grupos en riesgo y las indicadas en una situación de emergencia epidemiológica, son obligatorias para todos los habitantes del país conforme a los lineamientos que establezca la autoridad de aplicación; Art. 8°- Las vacunas indicadas por la autoridad de aplicación son obligatorias para todas las personas que desarrollen actividades en el campo de la salud que tengan contacto con pacientes, ya sea en establecimientos públicos o privados, y para aquellas personas que realicen tareas en laboratorios expuestas a muestras biológicas que puedan contener microorganismos prevenibles a través de vacunas.

- ³ Art. 13°- La certificación del cumplimiento del Calendario Nacional de Vacunación debe ser requerida en los trámites para: a) Ingreso y egreso del ciclo lectivo tanto obligatorio como optativo, formal o informal; b) Realización de los exámenes médicos de salud que se llevan a cabo en el marco de la ley 24.557 de riesgos del trabajo; c) Tramitación o renovación de DNI, pasaporte, residencia, certificado prenupcial y licencia de conducir; d) Tramitación de asignaciones familiares conforme la ley 24.714 y de asignaciones monetarias no retributivas, cualquiera sea su nombre estipuladas por normas vigentes.
- ⁴ Art. 10°- Los padres, tutores, curadores, guardadores, representantes legales o encargados de los niños, niñas, adolescentes o personas incapaces son responsables de la vacunación de las personas a su cargo; Art. 23°- En el caso de las acciones complementarias en coordinación con las jurisdicciones, a realizarse en los establecimientos escolares, la vacunación debe ser notificada fehacientemente a las personas que tengan a su cargo niñas, niños y adolescentes en su carácter de padres, tutores, curadores, guardadores y representantes legales o encargados. Se entenderá que media autorización tácita por parte de éstos, salvo manifestación expresa y justificada de la negativa a que el estudiante sea vacunado en el establecimiento escolar sin perjuicio del cumplimiento del inciso b) del artículo 2° y artículo 7°.

20

Los integrantes del equipo de salud y educación deberán notificar si se vulnera el derecho a la vacunación de los niños, niñas o adolescentes *o si un adulto decide no vacunarse* para que la jurisdicción trabaje con un equipo multidisciplinario con el objeto de favorecer el cumplimiento de la ley. El incumplimiento de las obligaciones previstas generará acciones de la autoridad sanitaria jurisdiccional correspondiente tendientes a efectivizar la vacunación que irán desde la notificación hasta la *vacunación compulsiva*. 6

2. Hipótesis de conflicto: la colisión de derechos.

La vacunación obligatoria dispuesta en la normativa dictada es susceptible de generar tensiones entre derechos fundamentales contemplados en la normativa supralegal, tanto constitucional como convencional.

En particular, el art. 19 de la Constitución Nacional consagra el *principio de autonomía* como ámbito de protección de las decisiones fundamentales de la persona, en concordancia con el art. 11.2 de la convención Americana de Derechos Humanos.

Del mismo modo el Protocolo de Nüremberg y la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la Unesco determinan que las personas implicadas en cualquier procedimiento médico, con capacidad legal para dar consentimiento, debe poder ejercer una elección libre respecto al mismo, sin intervención de

Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, ley 26.061.

⁵ Art. 11° - Los miembros de los establecimientos educativos y de salud, públicos o privados, y todo agente o funcionario público que tuviere conocimiento del incumplimiento de lo establecido en los artículos 7°, 8°, 10 y 13 de la presente ley deberá comunicar dicha circunstancia ante la autoridad administrativa de protección de derechos en el ámbito local, bajo apercibimiento de incurrir en responsabilidad por dicha omisión, conforme Ley de Protección Integral de los

⁶ Art. 14°- El incumplimiento de las obligaciones previstas en los artículos 7°, 8°, 10 y 13 de la presente ley generará acciones de la autoridad sanitaria jurisdiccional correspondiente, tendientes a efectivizar la vacunación, que irán desde la notificación hasta la vacunación compulsiva.

cualquier elemento de fuerza, fraude, engaño, coacción u otra forma de constreñimiento o coerción.⁷

Por lo tanto, la ley actualmente en vigencia sos la ya evidentemente la voluntad del paciente, protegida a su vez por la Ley 26.529, que garantiza el derecho a rechazar terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa.

Por otra parte, el inc. 23 del art. 75 de nuestra Carta Magna le asigna al Estado el carácter de garante de la salud pública, en consonancia con los Tratados Internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional (Art. 75 inc. 22 C.N.) que expresamente consagran la tutela del Derecho a la Salud (Art. 25.1 Declaración Universal de Derechos Humanos, Art. 12.1 y 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Arts. 4.1 y 5.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros).

Puntualmente el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1996 delimita el Derecho a la Salud en los siguientes términos: se "reconoce el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental".

Válidamente se puede colegir que para gozar del derecho a la salud al más alto nivel posible, las vacunas son un elemento fundamental al impedir el surgimiento o propagación de numerosas enfermedades que la afectan, siendo además una obligación del Estado prevenir las mismas.⁸

_

Adoptada por aclamación en la 33º sesión de la Conferencia General de la UNESCO, el 19 de octubre de 2005, la DUSBH en su artículo 6.1 establece: "Toda intervención médica preventiva, diagnóstica y terapéutica sólo se llevará a cabo con el consentimiento previo, libre e informado de la persona de que se trate, sobre la base de una información adecuada. El consentimiento debe, en su caso, ser expreso y puede ser retirado por el interesado en cualquier momento y por cualquier motivo y sin desventaja o perjuicio alguno".

⁸ Establece el art. 12.2 del PIDESC que "...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; c. la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas".

Por lo expuesto, un sistema de vacunación universal obligatoria como el que establece la Ley 27.491 genera una evidente colisión entre el derecho a la salud que se busca preservar mediante la norma imperativa infraconstitucional y el ámbito de autodeterminación personal y familiar constitucionalmente protegido.

En este trabajo deliberadamente se omitirá la cuestión de la vacunación de niñas, niños y adolescentes en la que entran en juego normativas y principios específicos en razón de los sujetos de especial protección involucrados, y se circunscribirá el análisis a la vacunación compulsiva de adultos, en tanto la misma también está comprendida en el calendario nacional para la población en general y para aquellos individuos pertenecientes a grupos de riesgo o en zonas específicas, resultando en consecuencia obligatoria en los términos de la Ley de vacunas que nos ocupa. Esto sin perjuicio de señalar que la pandemia provocada por el COVID-19, y los esfuerzos científicos a nivel mundial centrados en la búsqueda de una vacuna efectiva, permiten suponer que lograda eventualmente la misma, su aplicación será dispuesta compulsivamente para todo el universo de población.

Asimismo, por exceder el marco de estas consideraciones se soslayará la discusión científica -y en algunos casos pseudocientífica-respecto a la eficacia de las vacunas y/o su menor o mayor peligrosidad, tomando como premisa de trabajo que las mismas son efectivas conforme sostiene la OMS y que, aun cuando distan de ser inocuas, sus efectos adversos son leves y excepcionales.¹⁰

⁹ v. Calendario Nacional de Vacunación, accesible en http://www.msal.gob.ar/images/stories/ryc/graficos/0000001496cnt-calendario-nacional-vacunacion.jpg. En adultos es obligatoria es la doble bacteriana (dT), repetible cada diez años. Incluye la antitetánica y la vacuna contra la difteria, también la vacuna contra la Hepatitis B, que se da una sola vez en tres dosis, y dos dosis de la vacuna contra el sarampión o triple viral. El adulto debe iniciar o completar el esquema. Existen previstas en el calendario también vacunas para mujeres embarazadas, en puerperio, y para personal de salud, y algunas específicas para residentes o trabajadores en zonas de riesgo, como el caso de la Fiebre Hemorrágica Argentina. Accedido el 16/8/20.

¹⁰ Organización Mundial de la Salud, Documentos de posición sobre las vacunas, disponible en https://www.who.int/immunization/documents/positionpapers/es/; y reporte de la Cumbre Mundial sobre Vacunación, Bruselas, Bélgica, 12/0/2019, accesible en https://ec.europa.eu/health/vaccination/ev_20190912_en#a, accedidos ambos el 16/8/20.

En definitiva, se analizará el conflicto de derechos fundamentales en juego, a través de una hermenéutica que permita aproximarse a la solución más racional y ajustada a derecho, fundamentalmente a través del mecanismo de ponderación de derechos.

3. Marco Doctrinario.

Ante conflictos de derechos con resguardo constitucional, se han ensayado desde la doctrina diversas soluciones, algunas muy disímiles, atento la influencia que tiene el posicionamiento filosófico que se adopte en relación a los derechos involucrados.

Así encontramos posiciones que postulan la igual jerarquía de los derechos con tutela constitucional, mientras que otras establecen prevalencia de algunos sobre otros; pudiendo citarse como enrolados en la primera posición, i.e., a Barcesat¹¹ y en la segunda, a Bidart Campos¹² y Padilla¹³, entre otros.¹⁴

Lo cierto es que la posibilidad de establecer a priori y en abstracto un orden cerrado de jerarquías de derechos resulta harto complejo, complejidad que aumenta a medida que nos alejamos de

¹¹ BARCESAT, Eduardo Salvador, "A propósito del orden jerárquico de los derechos", ED 116-802. Señala este doctrinario que la mención a "todos" y "para todos" que la Constitución Nacional propone en los artículos 14, 18 y 116 expresa una doble igualdad: la de los sujetos y la de los derechos enunciados por ella.

¹² BIDART CAMPOS, Germán, "¿Hay un orden jerárquico en los derechos personales ?", ED, 116 – 800. Sostiene que la igual jerarquía de normas constitucionales no importa igual valía de los derechos en ella consagrados, ya que indudablemente los derechos a la vida o a la libertad "valen más " que el derecho de propiedad o el de huelga.

¹³ PADILLA, Miguel, "Lecciones sobre derechos humanos y garantías" t. I, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1993, p. 73. Considera que existen dos categorías de derechos: los de nivel superior, vinculados a los atributos esenciales de la personalidad humana (como el derecho a la vida; la integridad física, la libertad ambulatoria, la igualdad y la dignidad; y los de nivel inferior, donde se ubican todos los demás.

¹⁴Puede verse un completo análisis de las diferentes posturas doctrinales sobre el tema en el enjundioso trabajo de Edgardo I. SAUX, "Conflicto entre derechos fundamentales", LA LEY 2004-B, 1071.

enunciaciones como la dignidad, la libertad, la igualdad, la protección y bienestar de la comunidad, etc., y se ingresa en niveles más concretos, como bien señala Alexy.¹⁵

Gil Domínguez sostiene que "... En un Estado constitucional de derecho, todos los derechos fundamentales y los derechos humanos tienen a priori y en abstracto la misma jerarquía. Dichos derechos, al conformados estructura principios, bajo la de indeterminadas. consecuentemente. como normas abiertas e posibilitan la existencia del pluralismo y la tolerancia en sociedades de composición heterogénea, donde cada biografía personal "vale lo mismo" que cualquier otra.... (En caso de)... colisión, en donde existen dos o más derechos fundamentales y humanos que se encuentran en una situación de tensión que derivará en la prevalencia de uno respecto de otro --según las circunstancias del caso concreto— luego de haberse realizado el respectivo juicio de ponderación, sin que esto implique que el derecho prevalecido desaparezca de la faz normativa (sino por el contrario, subsiste a la espera de otra determinación o colisión, para volver a actuar)...". 16A entender de este autor, la ponderación no es una "conciliación" ni supone encontrar un punto de equilibrio entre los principios, sino que consiste en la aplicación parcial o el sacrificio parcial de uno de ellos (uno se aplica, el otro se descarta).

Por lo expuesto, resulta inadecuado establecer un orden duro de prelaciones, lista que en todo caso dependería en gran parte de cuestiones subjetivas del intérprete, debiendo en cambio sopesarse en cada caso puntual los valores en juego, a través de una interpretación dinámica que puede variar según las circunstancias.

Dicha interpretación, necesaria cuando estamos en presencia de normas que no poseen relación jerárquica o de especialidad entre sí, puede válidamente efectuarse a través del denominado "juicio de ponderación" -conforme la terminología germana desarrollada por

¹⁵ ALEXY, Robert, "Teoría de los derechos fundamentales", Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1.997, primera reimpresión, traducción de Ernesto Garzón Valdez; p. 152 y ss.

¹⁶ GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, "Estado constitucional de derecho, ponderación y verdad", LA LEY 09/09/2009, 09/09/2009,4 - LA LEY 2009-E, 37.

Alexy-¹⁷ o "clearing de valores" -conforme la denominación de Arazi¹⁸ contrapesando valores en juego y asumiendo prioridades, tratando
de buscar la mejor decisión cuando en la argumentación concurren
razones justificatorias conflictivas del mismo valor. ¹⁹

Cabe recordar que la Corte en general ha sostenido, con algunas fluctuaciones, la doctrina de la conciliación como premisa a propender en caso de conflicto,²⁰ postura que también ha sido sostenida por un importante sector de la doctrina nacional.

Sin embargo, no siempre es posible lograr una conciliación o armonización perfecta de los principios en pugna, siendo muchas veces necesario hacer sacrificios parciales de unos en favor de otros, en aras a lo cual se acude a la ponderación, otorgando más "peso" a uno de los principios en colisión, aplicando la regla de la relación inversamente proporcional expuesta por Alexy: "Cuanto mayor es el grado de las no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro", ²¹ tratando además que la solución adoptada genere la menor dañosidad posible en el resultado final. ²²

Precisamente las cuestiones de tipo teleológico no pueden ser dejadas de tener en cuenta, toda vez que la consideración de las consecuencias de lo que se resuelve al fallar una causa no puede estar excluida del plexo de motivaciones que el juez debe tener en cuenta para expedirla²³ y que "... el juzgador que no mide los efectos de lo decidido en cuanto al caso concreto, las secuencias posteriores o el

¹⁷ ALEXY, Robert, op cit., p. 152 y ss.

¹⁸ ARAZI, Roland, "Derecho Procesal Civil y Comercial", t. 2, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999, p. 173.

 $^{^{19}}$ PRIETO SANCHÍS, Luis, "Justicia Constitucional y derechos fundamentales", Ed. Trotta, España, 2003, p. 189.

²⁰ CSJN, Fallos 255:293; 258:267; 302:640.

²¹ ALEXY, Robert, "Teoría de los derechos fundamentales", Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993 p. 161.

 ²² SAGÜÉS, Néstor, "Metodología para la enseñanza de los derechos humanos", La
 Ley, 1995 C – 921, menciona la pauta práctica de la evitación del mal mayor o de
 la respuesta menos dañosa en términos reales.

²³ LORENZETTI, Ricardo Luis, *La emergencia económica y los contratos*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002, p. 21.

impacto del fallo en otros pronunciamientos, consuma una interpretación descalificable por imprevisora". ²⁴

Desde el punto de vista de la justicia internacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido oportunidad de expedirse sobre la técnica de la ponderación y el examen de proporcionalidad que implica, en el paradigmático caso Kimel vs. Argentina.²⁵

Señala en dicho precedente la CIDH que "han hecho suyo este método" al señalar el principio que las restricciones a un derecho convencionalmente previsto deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del mismo, es decir, la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho. En el caso bajo estudio, para realizar dicha "ponderación" (así lo cita la sentencia), la Corte analizó: (i) el grado de afectación de uno de los bienes en juego, determinando si la intensidad de dicha afectación fue grave, intermedia o moderada; (ii) la importancia de la satisfacción del bien contrario, y (iii) si la satisfacción de éste justifica la restricción del otro".

Sentado someramente el marco doctrinario a considerar, se expondrán brevemente algunos fallos de la Corte Suprema Nacional atinentes al tema y posteriormente se pasará a analizar puntualmente el supuesto de la vacunación obligatoria de adultos previsto en la Ley 27.491, a la luz de criterios bioéticos y de los principios que emanan del referido marco.

4. Evolución jurisprudencial.

Observando la jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal nacional, vemos que la Corte Suprema in re "Albarracini..." luego de

²⁴ SAGÜÉS, Néstor, "Derecho Procesal Constitucional - Recurso extraordinario", t. II, Ed. Astrea, 2ª ed., Bs.As., 1989, p. 370.

²⁵ Corte IDH. Caso *Kimel v. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177.

expresar que "los pacientes tienen derecho a hacer opciones de acuerdo a sus propios valores o puntos de vista, aun cuando parezcan irracionales o imprudentes, y que esa libre elección debe ser respetada"²⁶señala un límite a este derecho al referir en el considerando 18 del mismo que "la libertad de una persona adulta de tomar las decisiones fundamentales que le conciernen a ella directamente, puede ser válidamente limitada en aquellos casos en que exista algún interés público relevante en juego y que la restricción al derecho individual sea la única forma de tutelar dicho interés". 27

Corresponde también recordar que específicamente la cuestión de la vacunación obligatoria ya había sido motivo de análisis por la Corte durante la vigencia de la derogada Ley 22909, en el paradigmático fallo "N. N. O U., V. s/protección y guarda de personas".²⁸

Si bien la Corte en este caso fundamentó su decisión en los compromisos internacionales dirigidos a promover y facilitar las prestaciones de salud que requiera la minoridad y en el interés superior del niñoque debe ser tutelado por sobre otras consideraciones, ya que se trataba de la oposición de los padres a la vacunación de un recién nacido, también efectuó algunas consideraciones de peso respecto al ámbito de aplicación del art. 19 de la Constitución Nacional, que resultan pertinentes para el supuesto de la vacunación compulsiva de adultos.

En particular determinó que la decisión adoptada por los padres de un recién nacido de no aplicarle las vacunas obligatorias afecta los derechos de terceros, en tanto pone en riesgo la salud de toda la comunidad y compromete la eficacia del régimen de vacunación oficial, por lo que no puede considerarse como una de las

²⁶ Esta opinión también se encuentra receptada en la Ley 26.529 -art. 2 inc. E- que expresa que las directivas expresadas por un paciente en cuanto a su voluntad de recibir o no cierto tratamiento debe ser respetada por los médicos, limitando únicamente esta norma en su art. 11 las prácticas eutanásicas, las que de establecerse se tendrán como inexistentes.

²⁷ CSJN, "Albarracini Nieves, Jorge Washington s/medidas precautorias", Fallos 335:799.

²⁸ CSJN, "N.N. o U., V. s/ protección y guarda de personas", Fallos 335:888.

acciones privadas del referido art. 19, y por tanto se encuentra sujeta a la interferencia estatal, en el caso, plasmada en el plan de vacunación nacional.

En esa tesitura, conforme el Máximo Tribunal el carácter obligatorio y coercitivo del régimen de vacunación respecto de todos los habitantes del país -conf. art. 11 de la derogada Ley 22.909- se funda en razones de interés colectivo que hacen al bienestar general, pues, la vacunación no alcanza sólo al individuo que la recibe, sino que excede dicho ámbito personal para incidir directamente en la salud pública, siendo uno de sus objetivos primordiales el de reducir y/o erradicar los contagios en la población.

Es evidente que la Corte al fallar en "N. N. O U., V..." ha abandonado el criterio amplio respecto al ámbito de ejercicio de la libertad individual sostenido en "Arriola..." y retornado a la interpretación restrictiva que en la década de los `90 realizara en "Montalvo..." cuando señalara

"que, conforme al art. 19 de la Constitución Nacional, las "acciones privadas" están exentas de la autoridad de los magistrados cuando "de ningún modo" ofendan al orden y a la moral pública ni perjudiquen a terceros. La expresión encomillada tiene alcance inequívoco y no es lícito soslayarla. Para que queden fuera del ámbito de aquel precepto no es necesario que las acciones privadas sean ofensivas o perjudiciales –en el sentido indicado– en toda hipótesis o en la generalidad de los casos. Basta que "de algún modo", cierto y ponderable, tengan ese carácter. Lo que "de algún modo", trae consigo los efectos aludidos en el art. 19 está sujeto a la autoridad de los magistrados y, por tanto, se subordina a las formas de control social que el Estado, como agente insustituible del bien común, pueda emplear lícita y discrecionalmente. No es compartible, pues, el criterio expuesto en el primer voto de Fallos: 308:1392 (consid. 8°), donde se sostuvo que la norma constitucional "sub examine" sólo es inaplicable si "debe presumirse" que las acciones privadas afectarán a la ética colectiva "en todos los casos". Lo

²⁹ CSJN, "Arriola, Sebastián y otros s/ recurso de hecho causa n° 9080", 25 de Agosto de 2009, Fallos: 332:1963

que el texto dice es lo opuesto. El art. 19 queda excluido si las acciones privadas originan esas "consecuencias" "en algunos casos", que es lo que, con toda evidencia, sucede en las situaciones a que se refiere esta causa...".30

5. Cuestiones bioéticas y juicio de ponderación.

Si bien la convencionalización del derecho ocurrida en las últimas décadas ha hecho patente la tensión entre la prioridad de la protección de las libertades individuales y la salvaguarda de la salud pública que se pretende con la vacunación, en absoluto se trata de unacuestión novedosa, como bien se puede observar a partir del histórico caso de Jacobson versus Massachusetts fallado por Corte Suprema de los Estados Unidos en el año 1905, en el que un residente de la ciudad de Cambridge rehusó ser vacunado contra la viruela por cuanto se violentaba su derecho de cuidar de su propio cuerpo.³¹

La Corte rechazó la demanda de Jacobson, sentando un precedente según el cual, es legítima la vacunación obligatoria cuando el ejercicio de las elecciones individuales impone un riesgo significativo para la salud pública. Se trata un caso clásico de reconciliación de intereses individuales en integridad corporal con intereses colectivos en salud y seguridad que en los cien años posteriores sería citado en 69 casos de la Corte Suprema, la mayoría en apovo del poder policial y una minoría en apoyo de la libertad individual.³²

Como se ha referido, aún sin adentrar en el espinoso tema científico de la inocuidad o no de las sustancias utilizadas, la

³⁰ CSJN, "Montalvo, Ernesto Alfredo p.s.a. infracción ley 20771"11 de diciembre de 1990. Fallos: 313:1333

³¹ Puede verse un interesante racconto histórico del movimiento antivacunas en la página del Colegio Médico de Filadelpia "The History of Vaccines", disponible en https://www.historyofvaccines.org/index.php/es/contenido/articulos/historia-delos-movimientos-en-contra-de-la-vacunaci%C3%B3n#Source%206 , accedido el 16/8/20.

³² GOSTIN, Lawrence. "Jacobson vs. Massachusetts at 100 years: Police powers and civil liberties in tension". AJPH. 2005; 95:576-581 disponible (inglés) en https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1449223/, accedido el 16/8/20.

vacunación obligatoria exige coercitivamente a todos los habitantes que toleren una práctica médica sobre su cuerpo, que no deja de ser invasiva -sobre todo en el caso de la inoculación- y que genera cambios metabólicos en el organismo en aras a lograr la "inmunidad" frente a diferentes enfermedades.

Desde este punto de vista, una política de vacunación compulsiva puede interpretarse como una verdadera práctica paternalista en la que el Estado, en beneficio de un sujeto plenamente capaz, adopta una decisión que atenta a su libertad, estableciendo una moralidad particular ajena a las creencias propias del sujeto interesado y afectando así su derecho de decidir su propio plan de vida, ante lo cual el derecho a la autodeterminación previsto por el art. 19 de la C. N. implicaría que el interesado libre y capaz pudiera oponerse a dicha práctica.

Simultáneamente entra en juego el derecho a la salud de terceros, ya que es un principio aceptado por la Organización Mundial de la Salud que a mayor proporción de individuos que sean resistentes al contagio, menor la probabilidad de que un individuo susceptible entre en contacto con otro que la pueda infectar, con lo cual en enfermedades contagiosas la cadena de contagio se corta si una parte importante de la comunidad se halla inmunizada. De este modo, debido a que la mayoría de las personas son inmunes al virus, las personas no vacunadas también están protegidas pues no hay suficientes huéspedes que puedan transmitir el virus. El ejemplo más importante de inmunidad colectiva es el de la erradicación de la viruela.

Este principio de "Herd Immunity" -inmunidad de la manada o del rebaño- conlleva la existencia de un derecho colectivo (la salud del "rebaño") que en definitiva se traduce en un derecho individual a la salud de cada uno de sus integrantes.

El problema es que la protección de un grupo ante una enfermedad infecciosa requiere la presencia de una masa crítica de individuos inmunes a la misma que es muy alta, cercana al 100%. Por ejemplo, se estima que para erradicar el sarampión se debe lograr entre el 92 y el 96% de inmunidad en la población. Teniendo un 95% de efectividad en la vacuna (ninguna vacuna es 100% efectiva), se

debe vacunar al 98% de la población para alcanzar el nivel mínimo de inmunidad requerido para la inmunidad colectiva.³³

Las políticas de inmunización colectiva tienden a lograr esa masa crítica, ya que la inmunidad del grupo pierde eficacia cuando la tasa desciende de los valores mínimos, provocando la aparición de brotes epidemiológicos o la reaparición de enfermedades que se consideraban ya erradicadas.

En definitiva, la cuestión central a dilucidar es en qué medida es admisible el establecimiento y promoción de políticas por el Estado como la vacunación compulsiva que, si bien pueden tener efectos muy beneficiosos para la salud de la población, no pueden establecerse sin afectar derechos y libertades constitucionales de ciudadanos concretos.

Como hemos dicho, la ponderación permite dar mayor peso específico a algunos derechos sobre otros, desplazando o sacrificando la aplicación de estos últimos. El balance entre los intereses de toda persona a no sufrir invasiones a su privacidad y el interés estatal en la prevención de enfermedades controlables debe incluir una necesaria ponderación de los instrumentos escogidos y los fines hacia los que se dirige la específica medida de coerción dispuesta en la causa, mediante la tamización de la medida por los filtros de necesidad, adecuación y proporcionalidad.

En buen romance, más allá de que los derechos no son absolutos y pueden ser limitados, una prudente ponderación exige que ese sacrificio a su plenitud sea la única forma de tutelar otro derecho de similar jerarquía con el que se encuentra en pugna, mientras que el principio de proporcionalidad exige adoptar aquellas medidas menos coercitivas cuando con las mismas pueden alcanzarse los mismos fines.

Ahora bien, aun partiendo de la base que una mayor cantidad de sujetos vacunados resulta una mejor salvaguarda para la salud de la

-

³³ DARE, Tim, "Mass immunisation programmes: some philosophical issues", Bioethics, vol. 12(2), 1998, 125-149, citado por GAMBOA DENNIS Robert Anthony en "Discusión en torno a la vacunación profiláctica contra el virus del papiloma humano", Rev. Bio y Der. 2019; 45: 111-125, ISSN1886-5887, disponible en https://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/25048/28655 , accedido el 16/8/20.

población, con lo cual prima facie se configuraría el "interés público relevante" al que se refiriera la Corte en "Albarracini...", lo cierto es que no existe evidencia científica que una decisión individual contraria a la vacunación pueda afectar significativamente la salud de toda la comunidad. Cuanto menos, nos encontramos en presencia de un riesgo potencial y no concreto.³⁴

Por las mismas razonesel nexo de causalidad directa que considera el Máximo Tribunal en "N.N. o U, V...." que existe entre la infección individual y el peligro que acarrea (i.e., con un solo individuo que no se vacune, interpreta la Corte, la salud colectiva se ve dañada) y que justifica la obligatoriedad y universalidad de la vacunación para impedir tal infección, resulta una conclusión que peca de dogmatismo.

Cabe preguntarse si un riesgo en potencia como el señalado, con una baja posibilidad de concreción del daño dentro de comunidades sanas y con altas tasas de inmunización como la argentina, es suficiente argumento para justificar la limitación del derecho de autodeterminación protegido por el art. 19 de la Constitución Nacional. A primera vista una respuesta negativa parece imponerse, si se considera exclusivamente el planteo de un "objetor de conciencia" individual.

Sin embargo, aun no compartiendo que la negativa a la vacunación de algunos adultos o el consumo de estupefacientes genere un "efecto contagio" en terceros con consecuencias catastróficas para la comunidad, como da a entender la Corte en "N.N. o U.,V..." y "Montalvo...", no es menos cierto que la experiencia de aquellos países en los cuales la vacunación es voluntaria demuestra un marcado descenso en la tasa de inmunizados, lo que ha llevado a la necesidad de establecer la obligatoriedad (caso Francia), mientras que en aquellos en los cuales se prevé exenciones por razones religiosas o filosóficas (por ejemplo en algunos estados

página 20-25.

³⁴ CAO, Christian Alberto y ALBERTUS, Viviana Rosalía, "Libertad de Intimidad y Derecho a la Salud. El Respeto al Plan de Vida de las Personas En La Constitución Nacional. (A Propósito de la Transfusión de Sangre y la Vacunación Obligatoria)"; Revista Jurisprudencia Argentina, Editorial Abeledo Perrot, fascículo 5, 2012 – III,

de EE.UU.),³⁵ el número de objetores aumenta permanentemente, incrementando la posibilidad de contagios e incluso epidemias.

Cuestiones filosóficas, religiosas o de estilo de vida, y el propio éxito de la inmunización al lograr la desaparición o disminución de la incidencia de ciertas enfermedades infecciosas han provocado el olvido social de sus graves consecuencias y por ende llevado a la disminución del interés voluntario por la vacunación.

Ante esta realidad, la incidencia concreta en la velocidad de propagación de enfermedades que genera la alta interconexión del mundo actual, sumado al éxito en la erradicación de muchas enfermedades en los países en los cuales la vacunación abarca a gran parte de la población, ³⁶ exige una actitud prudente del interprete judicial al momento de ponderar la afectación al derecho a la libertad personal que implica la vacunación obligatoria.

La aparición de una epidemia o de un mero brote como consecuencia que la tasa, de vacunación se vea reducida de manera

³⁵ En EE.UU. cuarenta y ocho estados permiten exenciones por razones religiosas. Algunos requieren que una familia pertenezca a un grupo religioso en particular que desaliente o normalmente decline la vacunación, como los Científicos Cristianos. Otros estados requieren que un padre de familia firme una declaración jurada en la que se exponen las objeciones religiosas contra la vacunación. Veinte estados permiten exenciones a niños cuyos padres objetan la vacunación por cuestiones filosóficas o personales. Fuente: Colegio de Médicos de Filadelfia, "The history of Vaccines: Exenciones a la vacunación" disponible en https://www.historyofvaccines.org/index.php/es/contenido/articulos/exenciones-la-vacunación, accedido el 16/08/20.

³⁶ Organización Mundial de la Salud (OMS), "Plan de acción mundial sobre vacunas 2011–2020", Catalogación por la biblioteca de la OMS: Plan de acción mundial sobre vacunas 2011–2020. ISBN 978 92 4 3504988 (Clasificación NLM: WA 115): «Hay evidencia contundente que demuestra los beneficios de la inmunización como una de las intervenciones sanitarias más exitosas y rentables conocidas. A lo largo de los últimos decenios, la inmunización ha logrado muchas cosas, incluyendo la erradicación de la viruela, un logro que ha sido llamado uno de los mayores logros de la humanidad Las vacunas han salvado incontables vidas, han reducido la incidencia mundial de la polio en un 99% y reducido la enfermedad, discapacidad y muerte a causa de la difteria, tétanos, el sarampión, la tosferina Haemophilus influenzae de tipo b y la meningitis meningocócica... La inmunización es componente esencial del derecho humano a la salud además de responsabilidad de individuos, comunidades y gobiernos, y debe considerarse como tal. Se estima que gracias a la vacunación se previenen unos 2,5 millones de fallecimientos cada año".

que se pierda el "efecto rebaño", implicaría una grave afectación del derecho a la salud de los ciudadanos, en algunos casos con consecuencias irreversibles, y una falta del Estado a su rol de garante de la salud pública.

Una cuestión sería aceptar excepcionalmente lo que podría traducirse en una objeción de conciencia a un deber legal de vacunación por motivos ideológico so religiosos en una situación de alta tasa de vacunación, con lo cual el riesgo admitido verdaderamente es mínimo -planteo de los padres en "N.N.o U.,V...", y otra desconocer que la generalización de esa habilitación modificaría rápidamente el status quo pasando a una situación de alto riesgo en poco tiempo.

Puede hipotetizarse que la fijación de un sistema de exenciones a la vacunación por razones religiosas o ideológicas al estilo de EE. UU., formalmente establecido y restrictivo, que estableciera un margen de exenciones que no comprometa la inmunidad del rebaño ni los niveles óptimos de efectividad social, daría la llave al Estado para respetar la libertad individual de los eventuales objetores sin poner en riesgo la salud pública.

Empero, por más tentadora que resulte una fórmula de este tipo debe también considerarse que el sistema de vacunación se encuentra sujeto a fluctuaciones no siempre predecibles ya que no dependen de planteos o pedidos de excepciones formales tramitados a través de la jurisdicción o la administración, sino de situaciones muchas veces incentivadas por los medios de comunicación masiva que provocan abruptos e inesperados descensos de la tasa de vacunación.

En tal sentido es famoso el caso del estudio publicado en 1998 en la prestigiosa revista científica británica The Lancet (firmado por Andrew Wakefield) y que propuso una relación entre la vacuna triple viral (contra sarampión, paperas y rubéola) y el autismo, sembrando dudas sobre la seguridad de la vacunación. Si bien luego fue retirado y desmentido, su difusión aumentó la incidencia de sarampión en Inglaterra, ya que las tasas de vacunación disminuyeron de un 90% a

un 80% o menos. Aunque en 1998 solamente se confirmaron 56 casos en Gales e Inglaterra, para 2013 se habían confirmado 1,843 casos.³⁷

Un evento como el señalado conllevaría un gran esfuerzo para poner en funcionamiento la maquinaria sanitaria y recuperar los niveles de vacunación óptimos aún en un país con vacunación obligatoria como el nuestro. Si a esto se le adiciona la existencia de un determinado número de objetores que fueron previstos tomando en cuenta tasas superiores que han disminuido, la situación epidemiológica se complicaría. 38

Ergo, considerar que no cabe exigir la obligatoriedad universal por existir una alta tasa de vacunación resulta engañoso, careciendo este argumento de consistencia ya que la situación esta situación es dinámica y sujeta a variaciones no siempre predecibles.³⁹

Lo expuesto adelanta las conclusiones al otro aspecto a considerar en el análisis de proporcionalidad, i.e., la existencia de otras alternativas a la vacunación compulsiva menos gravosas y que permitan llegar al mismo resultado pretendido.

Si bien la existencia de sistemas alternativos basados en la voluntariedad es innegable, y de hecho muchos países los aplican, ⁴⁰una mirada al panorama internacional muestra que las políticas basadas en la información, promoción e incentivos se están

³⁷Íd. nota 36.

³⁸Algunos autores en Estados Unidos apoyan la eliminación total de las exenciones a la vacunación obligatoria por creencias personales (LANTOS, J.D., JACKSON, M.A., y HARRISON, C.J. (2012). "Why we should eliminate personal belief exemptions to vaccine mandates", Journal of Health Politics, Policy and Law, 37(1), 131-40), citado en PINTO BUSTAMANTE, Boris Julián et al., "Vacunación obligatoria y movimiento anti-vacuna: algunas propuestas desde la bioética", eä Journal, Vol. 4 N° 2 (Nov. 2012). ISSN 1852-4680, disponible en http://www.ea-journal.com/es/numeros-anteriores/70-2014-04-06-15-57-18/339-vacunacion-obligatoria-y-movimiento-anti-vacuna, accedido el 16/8/20.

 $^{^{39}}$ Comité de Bioética de España "Dilemas ético-legales del rechazo a las vacunas y propuestas para un debate necesario", 19/01/16, disponible en http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/cuestiones-etico-legales-rechazo-vacunas-propuestas-debate-necesario.pdf , accedido el 16/8/20.

⁴⁰ Gran Bretaña, por ejemplo, posee un sistema basado en la información pública sobre su conveniencia, mientras que en España la vacunación compulsiva es excepcional y reservada para casos de epidemia que amenacen gravemente la salud pública.

viendo sustituidas en los últimos años por medidas coercitivas, en virtud de las cuales, los padres se ven obligados a vacunar a sus hijos y a vacunarse ellos mismos, y los trabajadores del sector sanitario pueden verse expuestos a la pérdida del puesto de trabajo si no aceptan ser vacunados, sobre todo, en determinados ámbitos asistenciales en los que existe mayor riesgo de contagio (urgencias, planta, quirófano, etc.).Tal el citado caso de Francia y también de EE.UU., Australia, etc..⁴¹

De hecho, algunos autores apuntan que las tradicionales políticas de información y promoción de las vacunas están llamadas al fracaso, 42 ya que las campañas basadas exclusivamente en la educación o promoción se considera que proporcionan mínimos cambios en las tasas de vacunación, sobre todo, en el ámbito de los profesionales sanitarios, exigiéndose más estudios que permitan valorar los resultados de la combinación de diferentes políticas. 43

Estas alternativas que propenden a lograr el convencimiento y aceptación voluntaria de la vacunación resultan válidas, admisibles e incluso necesarias, pero no dejan de tener un rol complementario y a largo plazo, tornándose la vacunación obligatoria una opción táctica necesaria para evitar situaciones de alto riesgo en el corto plazo.

En consecuencia, efectuando un adecuado ejercicio de ponderación se debe considerar que posee más "peso" el derecho a la salud que se propende a través de la inmunización de la comunidad que el ámbito de libertad y autodeterminación personal.

Las ventajas obtenidas por el obligado sacrificio de la libertad individual que esto implica son de alta relevancia social e individual, mientras que la afectación a la integridad física del vacunado y/o a su sistema de creencias personal puede entender como de bajo impacto.

 $^{^{41}}$ The Lancet, "The imperative of vaccination", Vol. 17 November 2017, disponible en https://www.thelancet.com/action/showPdf?pii=S1473-3099%2817%2930590-X , accedido el 16/8/20.

 $^{^{42}}$ LUGO, Nancy Rudner (2007): "Will carrots or sticks raise influenza immunization rates of health care personnel?", Am J Infect Control. Feb; 35(1):1-6, resumen disponible en https://www.ajicjournal.org/article/S01966553(06)01228-4/fulltext#sec6 , accedido el 16/8/20.

⁴³ Íd. nota 39.

El análisis desde la proporcionalidad también demuestra que los fines buscados exigen medidas como las previstas en la ley, ya que las alternativas menos gravosas existentes -por ejemplo, el incentivo a la vacunación libre y voluntaria o la capacitación- por sí solas no son idóneas para lograr en el corto plazo la mejor calidad en la salud de la población que se puede obtener a través de la vacunación compulsiva. Esto no implica desechar las mismas, sino reconocer su carácter complementario y su utilidad para la planificación de políticas sanitarias de largo plazo.

También la solución arribada respeta la pauta de evitación de mal mayor -en el caso, las consecuencias no deseadas sobre la salud de la población- siendo la respuesta menos dañosa en términos reales conforme el punto de vista de Sagüés.⁴⁴

Del mismo modo, y si bien la exigibilidad legal de la vacunación torna inaplicable el requisito del consentimiento informado escrito, el sacrificio exigido a su zona de reserva personal torna claramente imperativo que al afectado le sean respetados los demás principios que emanan del régimen de Derechos de los Pacientes (Ley 26.529).

En especial, debe recibir la información sanitaria correspondiente de manera clara, suficiente, adecuada y comprensible, recibir un trato digno y respetuoso con respecto a sus convicciones personales y morales, principalmente las relacionadas con sus condiciones socioculturales, de género, de pudor y a su intimidad.

La experiencia demuestra que la imperatividad de la práctica genera en los operadores sanitarios la idea que no se requiere cumplimentar estos requisitos, cuando en realidad debería ser lo opuesto. Ante un sujeto sano que se somete a una práctica médica por imposición legal, toma aún mayor relevancia el deber de brindarle una adecuada información acerca del alcance de la normativa en juego y de los riesgos y beneficios que redundan del plan de inmunización que recibirá, y el respeto irrestricto a su dignidad resulta imprescindible para trocar, en su caso, la oposición en aquiescencia.

-

⁴⁴Íd. nota 23.

6. Conclusiones.

La vacunación obligatoria que históricamente ha sido parte de la política sanitaria de nuestro país encuentra una nueva y reforzada expresión con el dictado de la Ley 27.491, la cual resulta acorde con los compromisos internacionales que asumió nuestro país de asegurar a todos los habitantes el ejercicio del derecho a la salud.

Sin embargo, esta intervención del Estado orientada a la mejora de la salud de la población colisiona con el ejercicio de derechos individuales de similar jerarquía, por lo que el respeto por las libertades individuales, el interés común y la promoción de derecho fundamental a la salud requiere en el tema de la vacunación un prudente ejercicio de ponderación.

Si bien la libertad individual de decidir sobre los aspectos de la vida privada sin injerencia estatal, incluyendo las prácticas médicas sobre el propio cuerpo, es un derecho humano fundamental, el mismo puede ser limitado cuando esas decisiones afectan la salud de terceros.

A este respecto, vale la pena diferenciar correctamente entre intervenciones terapéuticas que solo afectan al individuo que toma la decisión, e intervenciones profilácticas que influyen en toda la comunidad. Las primeras representan un bien o un mal individual, las segundas un bien o un mal colectivo. El caso de la vacunación contra enfermedades infecciosas pone de manifiesto que existen materias cuyas características comunitarias no se pueden soslayar.

Efectuada la ponderación y el ejercicio de proporcionalidad pertinente se concluye que para aproximarse el elevado estándar de salud al que propenden los tratados de rango constitucional la vacunación resulta una herramienta imprescindible, de imposible sustitución por otras medidas en el estado actual de la ciencia médica.

Esto justifica un sacrificio del derecho de autodeterminación, que resulta moderado y razonable en aras del amplio beneficio obtenido en la satisfacción del otro derecho en conflicto, que permite el disfrute del mayor rango de posibilidades posible para llevar una vida saludable y dotada de la capacidad de funcionar con normalidad.

La norma que impone la vacunación disponiendo que, ante la inobservancia de tal mandato, se procederá a la inmunización compulsiva supera por ende el test de constitucionalidad, siendo una herramienta jurídicamente admisible; sin perjuicio de la complementariedad de otras estrategias sanitarias de convencimiento, acompañamiento e información tanto para los médicos como para los ciudadanos que tiendan a lograr la mayor voluntariedad posible en la práctica.

Más allá que el propio carácter coercitivo previsto en la legislación exime de la exigencia del consentimiento informado escrito, el interesado debe ser respetado en todos los demás derechos que en su beneficio prevé la Ley 26.529 (Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud), ya que la injerencia estatal se circunscribe exclusivamente a la obligatoriedad de la inmunización, sin afectar los demás derechos que le asisten.

PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

María E. Héctor

Gustavo A. Saires

1. Introducción.

Las normas locales e internacionales protectorias de los derechos de las Personas con discapacidad (PcD) fueron elaboradas en un pasado reciente, y la jurisprudencia mayoritariamente tuitiva en nuestro país es de este siglo.

Efectuaremos primero un somero repaso de las mismas y en el desarrollo posterior veremos cómo interactúan nuestras normas nacionales y provinciales, con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD); y el control de convencionalidad externo e interno y de constitucionalidad. Analizaremos por último el marco regional y las normas procedimentales provinciales, por las cuales consideramos que las PcD localmente, tienen un verdadero acceso a la justicia.

1.1 Marco normativo internacional. La Asamblea General de las Naciones Unidas, por Resolución 3447 (09.12.1975) proclama la Declaración de los Derechos de los Impedidos, donde reconocía a las PcD a quienes allí denomina "impedidos", escencialmente el derecho a que se respete su dignidad humana y los mismos derechos civiles, políticos y sociales que los demás. Refería sus derechos a la educación, a la atención sanitaria, a la seguridad económica y social, al empleo, a vivir con sus familias, a recibir protección frente a cualquier tipo de explotación, toda reglamentación o trato discriminatorio, abusivo o degradante; a contar con el beneficio de

una asistencia jurídica competente y de normas de procedimiento que contemplen sus condiciones físicas y mentales, en aras a la igualdad. Porque en suma, lo que busca esta Declaración son compensaciones y apoyos para coadyuvar en el proceso de integración y reinserción social de las PcD.

En el año 1976, la Asamblea General declaró 1981 Año Internacional de los Impedidos y en 1982 la Asamblea General proclamó el período de 1983-1992 como "Decenio de las Naciones Unidas para los Impedidos".

En 1992 la Asamblea General proclamó, por Resolución 62/127, el 3 de diciembre de cada año como "Día Internacional de las Personas con Discapacidad" para que la eliminación de barreras sea un reclamo social.

En el año 1993 dicho organismo elaboró las "Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad". Tal como se dijo en ellas, aunque no eran de cumplimiento obligatorio, esas Normas podían convertirse en normas internacionales consuetudinarias cuando las aplicaran un gran número de Estados con la intención de respetar una norma de derecho internacional. Ya se buscaba el camino hacia una Convención Internacional, la que alumbraría años después. Llevaban el firme compromiso moral y político de los Estados de adoptar medidas para lograr la igualdad de oportunidades, señalando importantes principios de responsabilidad, acción y cooperación.

En el ámbito interamericano, en 1999 la Organización de Estados Americanos (OEA) aprobó la "Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad", receptada por la ley nº 25.280, cuyo objetivo es la prevención y eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad.

En el año 2001, la Asamblea General de la ONU estableció un Comité Especial -integrado por delegados que representaban a: organizaciones no gubernamentales, distintos gobiernos, comisiones nacionales de derechos humanos y de organizaciones internacionales-, encargado de preparar un proyecto de Convención Internacional que estableciera de manera integral la protección y promoción de los derechos de dichas personas.

Finalmente, el 13.12.06 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la "Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad" (CDPC), la cual entró en vigor el 3 de mayo de 2008, con las ratificaciones necesarias.

En el país, receptada por ley nº 26.378, obtuvo luego jerarquía constitucional por ley n° 27.044.

1.2 Marco normativo nacional. Adhesión Provincial. Como normas nacionales, en 1981 se sancionó la ley 22.431 que, por su art. 1º, instituyó un sistema de protección integral de las personas discapacitadas, tendiente a asegurar su atención médica, su educación y seguridad, así como concederles franquicias y estímulos para su plena integración social.

En el art. 2º definió a la persona discapacitada como toda aquella que padezca una alteración funcional, permanente o prolongada, física o mental que, en relación a su edad y medio social, implique desventaja para su integración familiar, social, educacional y/o laboral.

Y por el art. 3º creó el Certificado Unico de Discapacidad - CUD-, por el cual el Ministerio de Salud de la Nación certifica en cada caso la existencia de discapacidad, naturaleza y grado, así como las posibilidades de rehabilitación.

Por su art. 4º establece que el Estado brindará la rehabilitación integral a las personas con discapacidad no incluidas dentro del sistema de las obras sociales.

En 1994 se reforma la Constitución Nacional, ordenando por la ley nº 24.430 la publicación de su texto oficial; así, en el art. 75°, al referir las atribuciones del Congreso Nacional dice que: "Corresponde al Congreso:... 23. "Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de... las personas con discapacidad".

Se crea así en nuestro país el bloque de constitucionalidad protectorio de sus derechos.

En 1997 se sanciona la ley nº 24.901, que establece el "Sistema de Prestaciones Básicas en Habilitación y Rehabilitación Integral a favor de las Personas con Discapacidad".

El 31.10.2013 nuestra Provincia adhirió a la misma por ley nº 2.742.

El art. 2º de ley nacional indicada establece que las obras sociales -entidades comprendidas en el art. 1º de la ley nº 23.660tendrán a su cargo, con carácter obligatorio, la cobertura total de las prestaciones básicas enunciadas en la ley que necesiten las personas con discapacidad afiliadas a las mismas. Estas prestaciones son preventivas. rehabilitación. terapéuticas, educativas de asistenciales. Y el financiamiento es a través del Fondo Solidario de Redistribución, administrado por la Superintendencia de Servicios de Salud.

Localmente, con fecha 15.12.2005 se sancionó la lev Provincial nº 2.226, estableciendo un régimen de protección integral para dichas personas, la cual fue reglamentada solo parcialmente.

Por último, cabe decir que se ha regulado especialmente el caso de las entidades de medicina prepaga.

En efecto, conforme la ley nº 24.754, deben cubrir "como mínimo" las mismas prestaciones obligatorias dispuestas para las obras sociales; y en lo que concierne a las personas con discapacidad todas las que requiere su rehabilitación (art. 28° ley n° 23.661) así como, en la medida que conciernan al campo médico asistencial, las demás previstas en la ley nº 24.901, y cobertura de medicamentos (cf. art. 7º de la ley nº 26.682 -marco regulatorio de la Medicina Prepaga-

Asimismo, el 29.11.2011 se sancionó el Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) nº 1991/2011 (B.O.1.12.2011), por el que en su artículo 1º se incluye dentro del marco regulatorio de la medicina prepaga (Ley nº 26.682, art.1°) a "las cooperativas, mutuales, asociaciones civiles y fundaciones, cuyo objeto total o parcial consista en brindar prestaciones de prevención, protección, tratamiento y rehabilitación de la salud humana a los usuarios, a través de una modalidad de asociación voluntaria mediante sistemas pagos de adhesión, ya sea en efectores propios o a través de terceros vinculados o contratados al efecto, sea por contratación individual o corporativa...". En los Considerandos de este Decreto claramente se indica que "la regulación del sistema de salud debe necesariamente contemplar la integración y articulación de todos los sectores involucrados".

A su vez, por el Decreto nº 1993 del 30.11.2011 (B.O. 1.12.2011) se reglamentó dicha ley nº 26.682, determinando que el Ministerio de Salud de la Nación es la autoridad de aplicación pero a través de la Superintendencia de Servicios de Salud, que es quien debe establecer los sistemas de información y modelos informáticos y de gestión para la fiscalización, no solamente de las prestaciones del Programa Médico Obligatorio (PMO) sino, también, la ley nº 24.901 (Sistema de Prestaciones Básicas en Habilitación y Rehabilitación Integral a Favor de las Personas con Discapacidad), art. 5º ap. d.

Antes la Ley Nacional de Salud Mental n° 26.657, promulgada el 02.12.2010, cambió el régimen tutelar, médico y paternalista, y se estableció la presunción de la capacidad (art. 3 parr. 2° y 7° inc. k) y l), el rol fundamental de la comunidad y la familia (art. 7° inc. d) y e), y el abordaje interdisciplinario (Cap. V y VI), restringiendo las internaciones, estableciendo estricto control judicial, y modificando el Código Civil entonces vigente incorporando el art. 152 ter que norma la evaluación interdisciplinaria, limitando las declaraciones de inhabilitación o incapacidad a tres años y ordenando especificar los actos que se limitan, debiendo procurar el juez la menor afectación posible de la autonomía personal.

El 01.08.2015 entra en vigencia el nuevo Código Civil y Comercial (CCyCN) que por su artículo 1° establece, como fuentes del derecho, las leyes que resulten aplicables conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte, teniendo en cuenta la finalidad de la norma, lo que se inscribe en la Constitucionalización del Derecho Privado.

2. Control de Convencionalidad Externo.

Los Estados Parte en el Preámbulo de la CDPD, reafirman la universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, así como la

necesidad de garantizar que las personas con discapacidad (PcD) los ejerzan plenamente, y sin discriminación, lo que se constituye en una obligación para ellos (art. 4°), en particular, porque reconocen que la mayoría de las PcD viven en condiciones de pobreza. Para ello adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole para la efectivización de los derechos reconocidos en la CDPD, y con respecto a los derechos económicos, sociales y culturales los Estados Partes se comprometen a adoptar medidas, hasta el máximo de sus recursos disponibles, para lograr de manera progresiva el pleno ejercicio de esos derechos.

Así, la CDPD crea el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad (en adelante "el Comité", art. 34 y sstes.) al cual le presentan los Estados Parte por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, informes exhaustivos sobre las medidas adoptadas en cumplimiento de la Convención, y el Comité evalúa los mismos, hace las sugerencias y recomendaciones pertinentes. A su vez de conformidad al Protocolo facultativo de la CDPD, los Estados Parte reconocen la competencia del Comité para recibir comunicaciones de personas o grupos, sujetos a su jurisdicción, que aleguen ser víctimas por ese Estado Parte de vulneración de estos derechos convencionales, una vez agotados los recursos internos disponibles y efectivos.

2.1 Observaciones al Informe Inicial de Argentina. Adecuaciones. Al presentar Argentina su informe inicial, ya vigente de la Convención, el mismo fué motivo de observaciones por parte del Comité, aprobadas en su octavo período de sesiones (17 al 28.09.2012).

Previo a comentar tales observaciones se señala que la exégesis somera de algunos de los derechos, reconocidos en la CDPD, la efectuaremos al comentar normas nacionales y fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Esto es, si se adecúan o de algún modo responden a esas observaciones. Conocemos la respuesta institucional de los informes periódicos de Argentina, pero lo que se pretende humildemente, no es una mera descripción de la CDPD sin sustancia, ya que lo que nos interesa es la dinámica del control de convencionalidad externo e interno y de constitucionalidad.

En el punto III. titulado "Principales ámbitos de preocupación y recomendaciones", el Comité observaba inconsistencias entre el ordenamiento nacional y la CDPD; destacaba la implementación del Certificado Unico de Discapacidad (CUD), pero solicitaba se extendiera a todo el país, mediante la creación de las Juntas Evaluadoras de Personas con Discapacidad en cada provincia para otorgarlo.

Este certificado, de suma importancia para las PcD, es el que permite el acceso a todos los derechos, y lo requiere la justicia en los casos de amparos de salud o rehabilitación, ya que allí consta el diagnóstico, abordajes y apoyos necesarios de acuerdo a la discapacidad.

Instaba el Comité a ampliar el marco normativo y estrategias para la protección de mujeres, niños y niñas con discapacidad, así como para la fiscalización del efectivo cumplimiento de la accesibilidad y eliminación de barreras.

En nuestra Provincia, por ley nº 1942 (13.08.2001), se aprobó un convenio suscripto con el Directorio del Sistema de Prestaciones Básicas de Atención Integral a Favor de las Personas con Discapacidad, por el cual se establecieron los recursos institucionales necesarios para certificar, y registrar, las situaciones de discapacidad de acuerdo con las normas establecidas en el CUD. Y por ley provincial nº 2226, del 15 de diciembre de 2005, se estableció un Régimen Especial de Protección Integral para las Personas con Discapacidad, y la evaluación de la discapacidad por las Juntas Evaluadoras. Esta ley establece un régimen especial de protección integral para las PcD en lo referente a atención médica, educación, seguridad social, integración, accesibilidad y prevención, (art.1°).

Finalmente, el 31.10.2013 se sanciona la ley n° 2.742, por la que la provincia de La Pampa adhiere a la ley nacional n° 24.901 y sus modificatorias.

Podemos decir que existe en nuestra Provincia un plexo normativo *mínimo* acorde a los lineamientos Convencionales, pues debemos señalar que aquella la ley nº 2226 ha sido reglamentada sólo parcialmente.

2.1.1. Igual reconocimiento ante la ley (Art. 12° CPCD).

Al llegar a este artículo el Comité expresó su máxima preocupación por los proyectos de ley en trámite en el Estado Argentino, que continuaban basándose en el modelo sustitutivo de la voluntad de la persona, y solicitaba talleres de capacitación para jueces atento la discrecionalidad de éstos para aplicar la normativa, que pone límites a las restricciones de la capacidad jurídica de las PcD.

El Comité instó al Estado Argentino para que el Proyecto de Reforma y Unificación del Código Civil y Comercial eliminara la figura de la interdicción judicial, y garantizara en dicho proceso de revisión la participación efectiva de organizaciones de personas con discapacidad.

Kemelmajer de Carlucci Aída, Fernandez Silvia y Herrera Marisa (2015) afirman que:

"En efecto, el originario proyecto de reforma y unificación del Código Civil y Comercial art. 32: a) permitía la restricción de la capacidad en términos genéricos -no de su ejercicio-; a diferencia de aquél, el art. 32 del CCyC aclara que dicha restricción de ejercicio lo es "para determinados actos"; b) habilitaba la incapacidad por motivo de discapacidad en los siguientes términos: "Cuando por causa de enfermedad mental una persona mayor de trece años de edad (...)"; c) mantenía el modelo mixto del Código derogado: " (...) se encuentra en situación de falta absoluta de aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes el juez puede declarar la incapacidad"; d) dejaba librada a la discrecionalidad judicial la declaración de establecer requisitos estrictos, ni su carácter incapacidad, sin excepcional, ni pautas claras para la limitación al arbitrio del juez; e) confundía las figuras de apoyo con la de curador: " (...) el juez debe designar un curador o los apoyos que correspondan." Por dicha razón, y a la luz del texto legal aprobado, -modificado luego de la discusión parlamentaria- se observa que la exigencia esgrimida por el Comité ...se encuentra perfectamente cumplida". 1

-

 $^{^{\}rm 1}$ Kemelmajer de Carlucci, Aída - Fernández, Silvia E. - Herrera, Marisa , "Bases para una relectura de la restricción a la capacidad civil en el nuevo Código". La Ley, t. 2015-D, p. 1073

En efecto, el cumplimiento de esa exigencia quedó plasmado en los arts.31, 32 y 43 del CCyC, sobre los que se articulan los demás. El primero establece que la capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume, por lo que las limitaciones son excepcionales y en beneficio de la misma. El proceso es interdisciplinario, la persona tiene derecho a recibir información, y si es necesario con las adaptaciones necesarias para ello y debe contar con asistencia letrada. El segundo diferencia la capacidad restringida de la incapacidad de ejercicio; y el tercero comprende los apoyos que necesita la persona con capacidad restringida para dirigirse, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos. En cuanto al juez si bien tiene discrecionalidad en la dirección del proceso, en aceptar los apoyos propuestos y el alcance de la restricción, participa activamente del trámite con entrevistas personales e intervención del Ministerio Público, antes de dictar resolución alguna como medidas cautelares o designación de apoyos, y obviamente antes de la sentencia (declarativa), la que debe contar como sus revisiones, con el informe psico social con aporte legal del equipo multidisciplinario (art. 40 CCyCN).

Tal como se dice en la exposición de motivos del anteproyecto del CCyCN se han priorizado los aspectos personales, sociales y familiares de estas personas, por sobre los aspectos patrimoniales como era en el código civil derogado.

Creemos también, que se ha cumplido con la exhortación del Comité en este aspecto. Pero la observación -anterior al nuevo código fondal- era totalmente fundada, ya que la ley 26.657 –Ley de Salud Mental-, se mantenía dentro del régimen patrimonial civil de entonces y no establecía la capacidad de ejercicio con apoyos.

Queremos destacar aquí que antes del nuevo código (CCyC), nuestra justicia provincial había aplicado el régimen de ajustes y apoyos para un acto jurídico determinado a realizarse por la PcD mayor de edad, siguiendo el camino marcado por la justicia de familia marplatense para acercar la intervención de la justicia al nuevo paradigma de permitir asi, la toma de decisiones (cfr. expte. caratulado "B., L.S/Inhabilitación", sentencia de fecha 6/5/2009) con aplicación de la CDPC, que reemplaza con el apoyo la figura de la sustitución (art 12 CDPC) Juzgado de Familia y Menor 1º Circ. Sentencia del 30.04.13 Expte. 293/05. Esto es, no recurrió al procedimiento para declarar la insanía y designar un curador

preventivo/definitivo al efecto, aplicando el nuevo abordaje del derecho surgido a partir de la aprobación de la Convención por la Ley 26.378; y luego la ley nº 27.044 (11.12.2014) vino a conferirle jerarquía constitucional a dicha Convención, de conformidad a lo dispuesto por el Art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional.

2.1.2. Nivel de vida adecuado -vivienda, contención social- (Art. 7 y 28.1 y 2 ap. c) y d) CDPD). El Comité instó al Estado Argentino a que invirtiera la mayor cantidad posible de recursos disponibles para garantizar la incorporación de niños y niñas con discapacidad a los servicios de vivienda. Con fecha 28.04.2012 la Corte Nacional resolvió los autos "QCSY C/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ Amparo", en que una madre, por derecho propio y en representación de su hijo menor de edad, con una discapacidad producida por una encefalopatía crónica no evolutiva (ECNE), inició esa acción, para que se les permitiera acceder a una vivienda en condiciones dignas de habitabilidad, preservándose su integridad familiar. La Magistrada de primera instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires hizo lugar a la acción de amparo, confirmada por la Sala II de la Cámara del fuero.

Pero fue revocada por el Superior Tribunal de Justicia local, que interpretó las normas constitucionales y locales en juego y decidió reenviar la causa a la Cámara para que dictara un nuevo fallo, sosteniendo que para determinar las obligaciones del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires en materia de vivienda resultaba imprescindible interpretar el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), según el cual los Estados parte no están obligados a proporcionar vivienda a cualquier habitante de su país que adolezca de esa necesidad. Su deber -dicese concreta en fijar programas y condiciones de acceso a una vivienda, dentro de las posibilidades que sus capacidades económicas les permitan, conforme el aprovechamiento máximo de los recursos presupuestarios disponibles. A su vez, el Pacto impone una obligación de progresividad. Ello significa que los signatarios deberán adoptar medidas que demuestren un avance en las políticas públicas destinadas a garantizar plenamente los derechos allí reconocidos. Sin embargo, esta mejora tiene que ser medida respecto al conjunto general de la población, y no según lo

que toque a cada individuo. Lo contrario supondría admitir que, por ejemplo, una nueva política que afecta mayores recursos y duplica los beneficios disponibles podría quedar invalidada si el grupo de destinatarios sufre cualquier alteración en su prestación individual.

En tales condiciones, el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (dijo ese Tribunal), había cumplido con su deber en tanto proporciona, a quienes se encuentran en "situación de calle", una red de albergues y paradores estatales. Por ese motivo, no le resultó inconstitucional que los subsidios previstos por un decreto local sean parciales y temporarios, ni que los montos otorgados a sus beneficiarios resulten insuficientes para solventar el costo de una vivienda digna.

Contra dicho fallo, la actora dedujo recurso extraordinario federal que, denegado, dio origen a la queja que resolvió favorablemente la Corte Suprema, estableciendo el control de convencionalidad interno correcto. En efecto, estableció, por audiencia informativa, que los refugios y albergues sólo ofrecen alojamiento nocturno, no reúnen condiciones dignas de salubridad, seguridad e higiene, y no permiten gozar de privacidad, esto es eran inadecuados para la patología del niño, que había sufrido graves afectaciones en su salud y su desarrollo evolutivo como consecuencia de haberse alojado en hoteles con baños y cocinas comunes,

La Corte, con cita precisamente de los arts. 7° ap. 1 y 2 y 28° ap. 2, especialmente punto d) de la CDPC -vid ap III Considerandos de la sentencia-, Constitución Nacional, los tratados internacionales, la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la legislación local dictada en consecuencia, hizo lugar a la queja y al recurso extraordinario, revocó la sentencia apelada y ordenó al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que interviniera, con los equipos de asistencia social y salud con los que cuenta, para asegurar que el niño disponga de la atención y el cuidado que su estado de discapacidad requería y le garantizara a la actora y su hijo un alojamiento con condiciones edilicias adecuadas a la patología que presentaba el niño, sin perjuicio de contemplar su inclusión en

algún programa de vivienda en curso o futuro para la solución permanente de su situación. 2

A la vez, el Comité instó también por la inclusión de los niños v niñas con discapacidad en las prestaciones a que tienen derecho, como pensiones, lo que podemos extender a otras ayudas sociales de carácter económico. En el caso "Tejera" del 22.03.2018, en el marco de un proceso de amparo promovido por la madre de un menor discapacitado contra ANSES, con el objeto que se rehabilitara el beneficio correspondiente a la asignación universal por hijo para protección social, la Corte Nacional revocó el fallo de la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario -que había desestimado el amparo, pues lo consideró promovido fuera del plazo legal (caducidad de 15 días desde el acto lesivo art. 2 inc. e) ley 16.986)-, porque consideró que esa Alzada omitió una circunstancia decisiva en el marco de este proceso urgente, destinado a tutelar derechos que cuentan con reconocimiento directo e inmediato en Tratados Internacionales de Derechos Humanos.³ Esa circunstancia fue que el ANSES había otorgado la prestación periódica, y luego la quitó, por tanto no hay caducidad de la acción incoada, donde se enjuicia una arbitrariedad periódica o continuada, y así dejó sin efecto la sentencia recurrida.

Por último anotamos una interesante sentencia de la Corte Nacional. En efecto, la materia en juzgamiento en los autos "Institutos Médicos Antártida ". del 29.03.2019 (4), se refiere al

² CSJN, "Q. C., S. Y. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo", del

instancia, y dentro del estrecho marco cognoscitivo de una queja, no tenía obligación alguna de producir la prueba que hizo a través de la audiencia informativa. Huelga decir que participamos de la doctrina de la Corte Nacional.

^{28.04.2012.} Fallos 335:452. En la justicia provincial se rechazó un amparo, ante una situación fáctica parecida, sosteniéndose en lo conceptual sustancial, que el derecho al acceso a la vivienda digna no legitima el ejercicio de acción judicial al margen de programas trazados a esos fines; y en lo procesal que corresponde a las partes la aportación de la prueba de los hechos que invocan, siendo la actividad del Juez meramente complementaria. ("B,O.L c/ IPAV s/ amparo" Exp. 5596/15 Año 2015 C.C y Com. Gral. Pico). Si la Corte Nacional hubiera participado de estos criterios hermenéuticos, sin hesitación alguna, hubiera desestimado la queja por denegación del recurso extraordinario interpuesto contra la sentencia del Superior Tribunal de la Ciudad de Buenos Aires, confirmándose así el rechazo del amparo contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, máxime que en una tercera

³ CSJN, "TEJERA, Valeria F.c/ ANSES y otro s/ varios", Fallos 341:274 (2018)

reconocimiento del carácter de privilegiado a un crédito quirografario de una menor por un juicio de mala praxis en que había sido condenada la institución fallida, para que aquella discapacitada por el hecho que motivara la condena pudiera percibirlo. Allí se dijo: "...esta Corte ha sostenido que los menores, máxime en circunstancias en las que se encuentra comprometida su salud y su normal desarrollo, a más de la especial atención que demandan de quienes están directamente obligados a su cuidado, requieren también de los jueces y de la sociedad toda...La consideración primordial del interés del niño viene tanto a orientar como a condicionar la decisión de los magistrados, llamados al juzgamiento de casos que los involucran, propiciando un parámetro objetivo que permite resolver las cuestiones en las que están comprendidos los menores, debiendo atenderse primordialmente aquella solución que les resulte de mayor beneficio..." Y "...A criterio de esta Corte, la solución a la que se arriba es, por un lado, la que mejor contribuye a la realización de los fines protectorios y de justicia tenidos en miras por la organización internacional al dictar los instrumentos examinados, y por otro lado, la que brinda una respuesta apropiada a la singular situación de vulnerabilidad en que se encuentra el recurrente en esta causa....".4

Las citas de la Corte fueron a las Convenciones de los Derechos del Niño y de las Personas con Discapacidad (arts. 1, 2, 10, 12, 25 y 28.1) de rango constitucional.

2.1.3. Participación en la vida política y pública (Art. 29 CDPD). El Comité recomendó al Estado Argentino a que revisara el Código Electoral e hiciera las modificaciones necesarias para alinearlo con los estándares de la Convención, en particular en materia de capacidad jurídica y el ejercicio del derecho al voto en igualdad de condiciones. El art. 3º inc. a) del Código Electoral Nacional (ley 19.945 y modif.) en el caso ley 26.571, excluye como electores a los dementes declarados tales en juicio. En autos "F, H.C.s/ art. 152 ter. Código Civil del 10.07.2018 la Corte Suprema de Justicia de la Nación, revocó una sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo Civil Sala F, que rechazó el pedido de rehabilitación del señor H.C, F -quien padecía un retraso mental

⁴ CSJN, "Institutos Médicos Antártida s/ quiebra s/ inc. de verificación (R.A.F. y L.R.H. de F)", 26/03/2019, Fallos 342:459.

moderado, era una persona autónoma y aunque requería supervisión, se hacía entender y había expresado su derecho y voluntad de votar- manteniendo su interdicción civil, incluyendo en esta ese derecho.

Curiosamente la Sala afirmaba que no existía ninguna contradicción con el art. 29 de la CDPC, el que cita, ya que dice restringió la capacidad del causante para todos los actos de la vida civil. La curadora oficial interpuso el recurso extraordinario y planteó la inconstitucionalidad de la norma electoral citada.

La Corte, si bien consideró innecesario declarar tal inconstitucionalidad, con apoyatura en los arts 12 y 29 de la CDPC compatibilizó la normativa e impuso que, para denegar el derecho de voto hay que evaluar al elector, pormenorizada y específicamente para determinar si está en condiciones de sufragar y, si es necesario, con los apoyos o ajustes que requiera su discapacidad y no actuar automáticamente como lo había hecho aquella Alzada.⁵

En nuestra Provincia, tanto el Tribunal Electoral Provincial, como el Juzgado Federal de Santa Rosa, Secretaria Electoral, han capacitado a las autoridades de mesa y delegados electorales en los lugares de votación, para permitir a las personas con discapacidad votar con los apoyos necesarios y con ajustes razonables, como el COA (Cuarto Oscuro Accesible) o firma mediante impresión digito pulgar.

2.1.4 Derecho a vivir de forma independiente, y a ser incluido en la comunidad y movilidad personal (Arts. 19 y 20 CDPC). Si bien el fallo que anotaremos de la Corte Nacional no tiene que ver con una observación del Comité respecto de estos artículos de la CPCD, si observó con referencia al art 1º CDPD que cita la Corte en el mismo, las inconsistencias entre el ordenamiento jurídico y los principios y mandatos del tratado. Se trata del caso "Gonzalez Victorica" (6) quien en representación de su hija con discapacidad, solicitó a la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) la autorización para comprar un vehículo importado bajo el régimen de franquicia previsto en la ley N° 19.279. El organismo rechazó la solicitud porque consideró que su grupo

-

 $^{^5}$ CSJN, "F., H. O. s/ artículo 152 ter Código Civil", Fallos: 341:745.

familiar tenía una capacidad económica que superaba los límites establecidos en la normativa vigente. Por este motivo, interpuso una demanda contra el Estado Nacional-Administración Federal de Ingresos Públicos en la que cuestionó la validez constitucional del art. 3° de ley N° 19.279 y del art. 8° del decreto reglamentario 1313/93. Tal normativa restringía, en función de la capacidad económica del grupo familiar, el acceso a franquicias fiscales para la importación de automóviles destinados a personas con discapacidad.

El juzgado de primera instancia declaró la inconstitucionalidad de las normas. Para ello el tribunal consideró el principio constitucional de igualdad, y justificó la distribución diferenciada a través de medidas de acción positiva destinadas a garantizar la igualdad de oportunidades, en particular, de las PcD. La Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó el fallo apelado.

Frente a esa decisión, la AFIP interpuso un recurso extraordinario federal que la Corte rechazó, adhiriendo los Dres. Rosatti y Higton de Nolasco al Dictamen de la Procuración General de la Nación.⁶

En éste Dictamen se consideró que la evaluación por la AFIP de la capacidad económica del grupo familiar (y no solamente del beneficiario) para el otorgamiento de una franquicia impositiva requerida a fin de adquirir el discapacitado un vehículo, establecida en el art. 8 del Decreto 1313/93, se encontraba en pugna con la interpretación constitucional de la ley nº 19.279 de automotores para PcD, pues contraría la finalidad de garantizar la autonomía e independencia de las PcD y pone en riesgo el acceso a una movilidad de calidad, con cita de los arts. 20 inc. a) y b) CDPD. El art. 3 de la ley- dice el Dictamen- debe ser leído como una autorización para ponderar la ayuda que pueda prestar la familia al discapacitado solicitante de la franquicia, no para que se lo excluya porque la familia cuente con recursos económicos que tornen innecesaria la ayuda fiscal.

En otro aspecto referido a la movilidad, en nuestra Provincia, la Sala 3º de la Cámara de Apelaciones en lo Civil de Santa Rosa,

⁶ CSJN, "González Victorica, Matías y otros c/ EN - AFIP DGI - dto. 1313/93 s/ proceso de conocimiento", Fallos: 341:1625.

tuvo la ocasión de resolver un amparo que pretendía la accesibilidad, para personas con movilidad reducida, en las unidades del transporte urbano de pasajeros. Con fundamento en el art. 22 de la ley nº 22.431 y con las especificaciones técnicas del Decreto 914/97 que la reglamentaba e integraba, hizo lugar a la acción y ordenó a la Municipalidad de Santa Rosa -como concedente- y a la empresa de transporte -como concesionario-, a brindar esa accesibilidad bajo apercibimiento de multa diaria.⁷

La Sala admitió aquella vía procesal pues consideró verificado el requisito de ilegalidad manifiesta del art. 43 CN, porque violaba todos los días ese derecho, lo que exigía una rápida decisión judicial. Si bien la Cámara dice que los demandados no lograron desvirtuar la ponderación judicial en cuanto que los derechos ignorados por ellas, gozaban de tutela de orden constitucional, no menciona otra normativa más que la que resuelve linealmente el caso, esto es la ley nº 22.431 y su decreto reglamentario.

No dudamos de la justicia de lo resuelto, tal vez sería mayor el ascenso justificativo si contemplase también el artículo 20 de la CPCD que dice: "Movilidad personal. Los Estados Parte adoptarán medidas efectivas para asegurar que las personas con discapacidad gocen de movilidad personal con la mayor independencia posible, entre ellas: a) Facilitar la movilidad personal de las personas con discapacidad en la forma y en el momento que deseen a un costo asequible". Y en este aspecto qué duda cabe que la accesibilidad de un transporte público de pasajeros, es la condición necesaria para que el municipio local y la justicia provincial, cumplan la manda convencional y constitucional. Tal como lo dijéramos hace algunos años, la CPCD es el piso de marcha de cualquier operador jurídico que aborde la temática. ⁸

⁷ Cam. Apel. Civ. Com. Lab. y de Minería de Santa Rosa (LP), "ASOCIACION CALEUCHE y otros c/ Municipalidad de Santa Rosa y otro s/ amparo" Expte. 18713/14 r. C.A. del 28.04.2015 . Sentencia firme, por haber sido rechazado el recurso extraordinario provincial que interpusieran las demandadas ante el Superior Tribuinal de Justicia, quien advirtió que los escritos recursivos no satisfacían las cargas específicas que la ley establece de manera rigurosa para que sea factible su declaración de admisibilidad (Sala A Expte. 1507/15 del 23.11.2015).

 $^{^8}$ Cf. HÉCTOR María E. y SAIRES Gustavo A. "El Discapacitado. Sujeto de preferente tutela constitucional". Publicado en DJ 15/02/2012

El neoconstitucionalismo ha positivizado derechos fundamentales y garantías del derecho internacional universal y regional de los derechos humanos en nuestra Constitución, proyectándose a todo el sistema normativo. Por ejemplo la Comisión creada por Decreto 191/2011, que elaborara el Anteproyecto del Código Civil y Comercial, destaca en los Fundamentos del mismo, refiriéndose a sus aspectos valorativos, la constitucionalización del derecho privado, y en particular, lo atinente a la protección de los derechos de las personas con capacidades diferentes.

Por último también en este apartado destacamos la ley provincial nº 2.226, que en su art. 17 prescribe: "Entiéndese por barreras en los transportes, aquellas existentes en el acceso y utilización de los medios de transporte público y las que dificulten el uso de medios propios de transporte por las personas con movilidad reducida. Se tenderá a suprimir estas barreras observando los siguientes criterios:

a) Vehículos de transporte público: tendrán dos asientos reservados, señalizados y cercanos a la puerta de acceso, para personas con movilidad reducida. Dichas personas estarán autorizadas para descender por cualquiera de las puertas. Las unidades contarán con piso autodeslizante y espacio para ubicación de bastones, muletas, sillas de ruedas y otros elementos de utilización por tales personas. Las empresas de transporte colectivo terrestre deberán incorporar gradualmente unidades especialmente adaptadas para el transporte de personas con movilidad reducida. La reglamentación determinará los plazos para la adaptación del parque automotor". Lamentablemente este artículo no ha sido reglamentado, y debería serlo con premura, para que no se susciten en nuestra Provincia nuevas controversias como la anotada.

2.1.5. Educación, Salud, Habilitación y Rehabilitación (Arts. 24,25 y 26. CPCD). La Corte Nacional elaboró una rica jurisprudencia aún antes de la aplicación de la CPCD, con sustento en las leyes nº 22.431 y nº 24.901, obligando en principio al Estado Nacional y Obras Sociales Nacionales a coberturas de salud y rehabilitación. En "Monteserin Marcelino" la Corte confirma un pronunciamiento de la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario, que estableciera la responsabilidad de la demandada -Estado

Nacional- para hacer operativos en todo el ámbito nacional los servicios médicos y de rehabilitación. En el caso, para un menor afectado por parálisis cerebral sin obra social, ni recursos económicos. El alto Tribunal se funda en el primer derecho de la persona humana, el derecho a la vida, que debe ser garantizado por toda autoridad pública mediante acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deben asumir las jurisdicciones locales, las obras sociales y las entidades de medicina prepaga, citando además la Convención sobre los Derechos del Niño y la ley nº 24.901.9

En "Orlando" (10) la actora, carente de obra social y de recursos económicos, acciona en amparo contra la Provincia de Buenos Aires y Estado Nacional a fin de obtener medicación para su esclerosis múltiple, funda su derecho en la Constitución Nacional (arts. 42° y 75° inc. 22) y Provincial, y en las leyes n° 22.431, 23.661 y 24.901, y como medida cautelar solicita se le suministre la medicación pendiente el proceso, lo que es admitido por la Corte Nacional, que actúa en competencia originaria.

Y al resolver el amparo admite procesalmente la vía atento el derecho tutelado -derecho a la vida-, recorre las leyes que cita la amparista y que igualmente establecen principios protectorios claros -dado que ésta era a su vez discapacitada-, y argumenta también en base a la ley provincial de discapacidad nº 10.592, que regla un "Régimen Jurídico Básico e Integral para las Personas Discapacitadas". 10

Afirma también que ese marco normativo impone a las autoridades locales el deber de articular un mecanismo eficaz para encausar la entrega de medicamentos con la urgencia y continuidad que el caso exige, sin perjuicio del deber de coordinación del Estado Nacional mediante el Ministerio de Salud, acudiendo en forma subsidiaria, de manera de no frustrar los derechos del amparista.

También la Corte Nacional hizo lugar a acciones judiciales siendo el demandado involucrado una empresa de Medicina Prepaga.

-

⁹ CSJN, "Monteserín, M. c. Estado Nacional - Ministerio de Salud y Acción Social - Comisión Nacional Asesora para la Integración de Personas Discapacitadas - Servicio Nacional de Rehabilitación y Promoción de la Persona con Discapacidad". Fallos 324:3569.

¹⁰ CSJN, "Orlando, Susana Beatriz", Fallos 328:1708.

Así, en "Cambiaso Peres de Nealon" confirmó, por mayoría, la sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo Civil que declaró admisible la acción de amparo y condenó al Centro de Educación Médica e Investigación (CEMIC) a otorgar al menor -por el que se accionaba en su condición de afiliado-, sin topes ni límites, la medicación psiquiátrica solicitada, pañales descartables mensuales y una silla de ruedas con arnés de tronco, apoya pies y sostén cefálico, con chasis ultraliviano y plegable.¹¹

Todas estas son prestaciones de salud y de rehabilitación, en las que el Comité recomendó al Estado Argentino que elabore programas *integrales* de salud para las PcD, y que se les garantice el acceso a los servicios de habilitación y rehabilitación en este ámbito.

Pero también la Corte Nacional tuvo ocasión de expedirse sobre prestaciones educativas y terapéutico-educativas. En efecto, en "Lifschitz", accionan en amparo los padres de un menor, con una pensión asistencial, a fin que el Estado Nacional-Secretaría de Desarrollo Social de la Presidencia de la Nación Comisión de Pensiones Asistenciales hiciera efectiva la asistencia educativa y transporte especial necesarios. La Cámara Federal de la Seguridad Social revocó la sentencia de grado considerando que el amparo era inadmisible por existir otras vías judiciales, en el caso demanda ordinaria, con mayor amplitud de debate y prueba, no hallándose acreditado que el servicio no lo prestaran establecimientos educativos oficiales; y en relación al transporte señala que el servicio público es gratuito para el discapacitado y su acompañante; asimismo se argumenta que tampoco se había acreditado que la familia del menor no pudiese afrontar el costo educacional del niño, siendo los padres profesionales.

La Corte Nacional, con remisión al Dictamen del Procurador General, deja sin efecto este fallo ante la claridad del plexo normativo conformado por las leyes nº 24.431 y 24.901, que ponen a cargo del Estado el sistema de prestaciones básicas para los discapacitados. A más de fundarse, empero, en la Convención sobre los Derechos del Niño, se señala en el precedente que se debe tener

¹¹ CSJN, "Cambiaso Péres de Nealón, Celia M. A. y otros c. Centro de Educación Médica e Investigaciones Médicas" del 28/08/2007, Fallos 330:3725.

en mira que la atención y asistencia integral de la discapacidad constituyen una política pública en nuestro país. 12

Hoy, la CPCD en el art. 24 refiere específicamente el derecho a la educación, y luego de reconocer el derecho de las PcD a participar del sistema general de educación, primaria, secundaria y superior, con los ajustes o adaptaciones curriculares que correspondan o a que, en su caso, se le brinden aprendizajes de habilidades para la vida, autovalimiento y desarrollo social, señala: "2. Al hacer efectivo este derecho, los Estados Parte asegurarán que:...e) Se faciliten medidas de apoyo personalizadas y efectivas en entornos que fomenten al máximo el desarrollo académico y social, de conformidad con el objetivo de plena inclusión.".

También anotamos el caso "Ruiz" en que se trata de un menor discapacitado (autista), por el cual los padres interponen amparo contra Acción Social de la Universidad Nacional de Tucumán (ASUNT) a fín que se le otorgara la cobertura prevista en la ley nº 24.901, indicando las modalidades o características del tratamiento y tipo de prestaciones a ser otorgadas, necesarias para la efectivización de aquel, dado los antecedentes terapéuticos del menor.

El máximo Tribunal modificó así la sentencia de la Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán que, si bien por mayoría hizo lugar a la acción condenando a la ASUNT a dar íntegramente la cobertura de la ley nº 24.901, ésta debía ser brindada a través de los servicios propios o contratados *que dicha obra social dispusiera*. Pero el menor estaba siendo atendido por un equipo multidisciplinario que conducía una Ingeniera, brindándole un tratamiento conductual. Tal circunstancia es considerada por el máximo Tribunal, que señala para así decidir, que la propia ley nº 24.901 dispone que, cuando una persona con discapacidad presente signos de evolución favorable, deberá orientarse a un servicio que contemple su superación (art. 12°), y que además la ley prevé la intervención de equipos interdisciplinarios (vgr. art. 11°, 12° y 15°). 13

60

 $^{^{12}}$ CSJN, "LIFSCHITZ, Graciela Beatriz c/Estado Nacional" del 15.06.04, Fallos: $327 \cdot 2413$

¹³ CSJN, "RUIZ, Daniel Osvaldo y Ruiz de Molina Myriam c/Acción Social de la Universidad de Tucumán s/amparo", Fallos 329:5139.

Luego, la CPCD contempló el derecho en su art. 24°, como mencionáramos.

Cabe decir que en igual sentido se pronunció la Corte Nacional cuando los demandados eran Obras Sociales Provinciales (vid. "I.C.F. c/Pcia. de Buenos Aires s/amparo" I. 248. XLI. 30.09.08, L.L. 20/10/08), o entidades de medicina prepaga.

Hoy, por el Decreto nº 1991/2011, tales entidades deben contemplar en sus planes de cobertura, como mínimo, el Sistema de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad, previsto en la Ley nº 24901 y sus modificatorias. La situación queda comprendida dentro del riesgo empresario, que necesariamente deben asumir los prestadores al tomar obligaciones referentes a la salud. Y cualquier exclusión sería claramente discriminatoria, vedada por el art. 1º de la ley nº 23.592.

En casos más cercanos en el tiempo la Corte Nacional ya cita los arts 24 a 26 de la CDPD, garantizando la rehabilitación, educación, y capacitación, incluso en establecimientos especiales, promoviendo la inserción social y laboral de las PcD (vid. P. 876 XLVII, P. 692 XLVII Recurso de Hecho " P. L, J. M. c/ I.O.M.A. s/ amparo- recurso de nulidad e inaplicabilidad de ley" del 19.03.2014).

Sin embargo esta jurisprudencia está lejos de ser unívoca, y se ven retrocesos, contrariamente al espíritu garantista apegado a la Constitución y CDPD que observan algunos jueces de primera instancia y Cámaras, que comprenden que la sujeción del Juez ya no es a la letra de la ley, sea cual sea su significado, sino a la ley en cuanto válida, esto es, coherente con la Constitución y los instrumentos internacionales a los que reenvía e integra. Jueces garantes de estos derechos fundamentales, contra las mayorías, contra el poder político o el económico, esto significa jueces de la democracia sustancial, como dice Luiggi Ferrajoli, uno de los animadores del uso alternativo del derecho en la Italia de los años setenta, jurista y filósofo iuspositivista crítico, que con sus ponencias ha recorrido Latinoamérica en jornadas y congresos.

Si bien las prestaciones de salud son receptadas más claramente en el derecho constitucional o convencional, las prestaciones de rehabilitación o educativas tienen el mismo amparo, por lo que no se justifica la actitud dubitativa de la Corte Nacional, en los casos que seguidamente anotamos.

Que, así, en autos "V, D.C c/ Centro de Educación Médica e Investigación Clínica Norberto Quirno (CEMIC) s/ amparo" la Corte Nacional revocó una sentencia de Cámara que había hecho lugar a un amparo, iniciado por los padres de D. V. -menor de edad, discapacitada- ordenando que (CEMIC) le brindara una cobertura del 100% de las prestaciones de escolaridad con formación laboral, en la modalidad doble turno, en el Instituto La Salle, y transporte especial ida y vuelta desde el domicilio particular hacia el Centro Educativo, con fundamento en la ley nº 24.901 y atendiendo a las constancias de la causa (informe de evolución favorable del establecimiento educativo, pericia neuropediátrica sobre la conveniencia de que estas prestaciones integren el abordaje requerido para pacientes con discapacidad intelectual, y prescripción de la médico tratante). Esta era la solución que mejor se correspondía con la naturaleza de los derechos a la salud y a la integridad física, reconocidos en tratados internacionales.

En su revocación la Corte sostuvo que no se había hecho cargo la Cámara de las alegaciones de la demandada, omitiendo la aplicación de la ley nº 24.754 así como el examen del contrato que los unía, caracterizado por ser un plan "cerrado", y que se la asimiló incorrectamente- a una obra social. Sustenta que tampoco se consideró que no era un agente del Seguro de Salud, y que la ley nº 24.901 no le era aplicable al momento de la interposición de la demanda y su contestación sino desde la sanción de la ley nº 26.682, y -desde entonces- solo para prestaciones de carácter médico asistencial. 14

Ya hemos citado las normas por las cuales las empresas de medicina prepaga deben hacerse cargo de las prestaciones de la ley n° 24.901 y no solo las contempladas en el programa médico obligatorio (PMO). A la luz de la CDPD, esto no admite mayor discusión.

En autos "Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa "P., E. G. Y otra c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno si amparo" se resuelve en contra de los derechos de la actora, pues según la Corte la demandada llevó a conocimiento de la Cámara una serie de agravios

_

¹⁴ CSJN, "V, D.C c/ Centro de Educación Médica e Investigación Clínica Norberto Quirno s/ amparo" . 16/07/2019, Fallos: 342:1261

entre los que se destaca, por su conducencia para modificar el resultado del proceso, los concernientes a la circunstancias singulares de la relación contractual que vinculaba a la entidad con la actora a través de un plan determinado de afiliación; así como a la aplicación en el caso de las normas que regulan el PMO y al límite de las sumas dinerarias a reintegrar al afiliado por determinadas prestaciones, establecidas por la Administración de Programas Especiales. 15

La sentencia de la Corte Nacional se aparta así de lo dispuesto en el art. 12 de la ley nº 24.901 que crea el Sistema de Prestaciones Básicas en Habilitación y Rehabilitación Integral a favor de las Personas con Discapacidad, y que es lo suficientemente claro en cuanto a que todo servicio terapéutico, educativo o rehabilitatorio está pensado en beneficio del discapacitado y para su superación, no para la cronicidad de su patología. Y eso lo dispone la ley, por lo que no puede ser que una norma arancelaria de menor rango, como las que regulan los costos o reintegros, imponga límites a la ley, en perjuicio del discapacitado.

En efecto, del juego armónico del art. 1º de la ley nº 23.660, ley nº 24.754, art. 28º ley nº 23.661, ley nº 24.901, art. 7º de la ley nº 26.682, Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) nº 1991/2011 artículo 1º y Decreto nº 1993 del 30.11.2011 (B.O. 1.12.2011), resulta que no hay espacio para el rechazo de *prestaciones probadamente necesarias*, amparándose en la naturaleza jurídica del prestador o de la prestación, siempre que estén comprendidas en la salud, la rehabilitación, o la educación del discapacitado, y menos aún por aplicación de la CDPD.

3. El sistema interamericano. Normas procedimentales provinciales.

Para concluir citaremos el caso "Furlan", como representativo del control de convencionalidad en el sistema regional.

¹⁵ CSJN, " P., E. G. Y otra c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno s/ amparo", 12.04.2016 Fallos: 339:423.

El 15 de marzo de 2011 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió a la jurisdicción de la Corte Interamericana el caso Sebastián Furlan y familia contra la República Argentina. Sebastián Furlán, de 14 de años de edad, el 21.12.88 ingresó a un predio cercano a su domicilio, propiedad del Ejército Argentino, con fines de esparcimiento, inmueble que no contaba con ningún alambrado o cerco perimetral que impidiera la entrada al mismo, hasta el punto que era utilizado por niños para diversos juegos. Una vez en el predio, Sebastián Furlán intentó colgarse de un parante transversal perteneciente a una de las instalaciones, lo que llevó a que la pieza de aproximadamente 45 o 50 kilogramos de peso cayera sobre él, golpeándole con fuerza la cabeza y ocasionándole pérdida instantánea del conocimiento y posterior discapacidad.

Su padre, Danilo Furlan, interpuso una demanda el 18.12.90 en el fuero civil contra el Estado Argentino, con el fin de reclamar una indemnización por los daños y perjuicios derivados de la incapacidad resultante del accidente de su hijo. Si bien la acción prosperó, el resarcimiento reconocido a favor de Sebastián Furlan quedó comprendido dentro de la ley nº 23.982 de 1991, la cual estructuró la consolidación de las obligaciones vencidas, de causa o título anterior al 1 de abril de 1991, que consistiesen en el pago de sumas de dinero. Danilo Furlan optó por la suscripción de bonos de consolidación en moneda nacional y Sebastíán recibió en definitiva equivalentes pesos argentinos 116.063 bonos. 38.300 а aproximadamente, de los 130.000 pesos argentinos ordenados por la sentencia.

La Corte Interamericana señala que el Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ("Protocolo de San Salvador"), en su artículo 18 dice que "toda persona afectada por una disminución de sus capacidades físicas o mentales tiene derecho a recibir una atención especial con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad". También dijo que en 1999 la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, ya indicaba en su Preámbulo que los Estados Parte reafirman "que las personas con discapacidad tienen los mismos derechos humanos y libertades fundamentales que otras personas; y que estos derechos, incluido el de no verse sometidos a discriminación fundamentada en la

discapacidad, dimanan de la dignidad y la igualdad que son inherentes a todo ser humano". Y que dicha Convención consagró un catálogo de obligaciones que los Estados deben cumplir con el objetivo de alcanzar "la prevención y eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración en la sociedad".

Puntualiza la Corte referida que esta Convención ya fue ratificada por Argentina el 10.01.2001, y que la Asamblea General de la OEA aprobó la "Declaración del Decenio de las Américas por los Derechos y la Dignidad de las personas con discapacidad (2006-2016)". Argumenta asimismo que el 3.05.2008 entró en vigor, en el sistema universal, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), cuyos principios protectorios vimos someramente "ut supra" 16.

Lo más importante para destacar del fallo de la Corte Interamericana *el modelo social* para abordar la discapacidad, lo cual implica según este modelo que ésta no se define exclusivamente por la presencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, sino que se interrelaciona con las barreras o limitaciones que socialmente existen para que las personas puedan ejercer sus derechos de manera efectiva, barreras físicas, arquitectónicas, comunicativas, actitudinales o socioeconómicas.

En consecuencia toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos.

El Tribunal recuerda que no basta con que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como la discapacidad.

Por ende, concluye en condenar al Estado Argentino a pagar indemnizaciones por daños materiales e inmateriales, y por el

¹⁶ CORTE IDH, Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina, Excepciones Preliminares Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012 párr. 151, 152, 169 y 194.

reintegro de costas y gastos. La sentencia ha sido mayormente cumplida.

Pero queremos analizar finalmente las observaciones de índole procesal.

La Corte destacó en este fallo dos aspectos. El primero, es el hecho que Sebastián Furlan no fue escuchado directamente por el Juez a cargo del proceso civil, aunque compareciò dos veces personalmente ante el Juzgado, en clara violación del art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

La exégesis de la norma la hizo el Comité de Derechos del Niño, en la Observación General nº 12 titulada "El derecho del niño a ser escuchado" (2009), donde señala que el art. 12 de la CDN apunta a la condición jurídica y social del mismo, el que por un lado carece de la plena autonomía del adulto, pero por el otro es sujeto de derechos. Afirma que este principio es uno de los valores fundamentales de la Convención, junto con el derecho a la no discriminación, el derecho a la vida y el desarrollo y la consideración del interés primordial del niño, siendo un derecho que el niño puede o no ejercer, luego de recibir toda la información y asesoramiento necesarios.

Asimismo, la referencia del artículo a garantizar el derecho a ser escuchado a todo niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, no debe considerarse como una limitación, sino como una obligación de los Estados parte de dar por supuesto que lo tiene, no corresponde al niño probar esa capacidad, y el art. 12 no impone ningún límite de edad, por lo que el Comité desaconseja introducirla en la ley o en la práctica.

Afirma también que la plena aplicación de la norma exige el reconocimiento de formas no verbales de comunicación, como el juego o la expresión corporal y facial, el dibujo, y la pintura mediante los cuales los niños, aún muy chicos, demuestran capacidad de comprender, elegir y tener preferencias, en asuntos que los afecten, debiendo las opiniones evaluarse "caso por caso", y cuanto mayores sean los efectos de su resultado en la vida del niño, más importante será la correcta evaluación de su madurez.

El Comité reafirma con todo ello el derecho a ser escuchado, en entornos adecuados, en todo procedimiento judicial, y esto no es cumplir con un mero ritualismo.

Por la ley nº 26.061 (21.10.2005) de "Protección Integral de los Derechos de los Niños Niñas y Adolescentes", éstos tienen el derecho a ser oídos y atendidos conforme a su madurez y desarrollo, cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos, participando en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés (arts. 3, 24 y 27 de la ley).

La ley nº 2703 de nuestra Provincia (2013), adhiere a la ley nacional nº 26.061.

En el segundo aspecto del procedimiento adjetivo, la Corte resaltó que los menores de edad y las PcD deben disfrutar de un verdadero acceso a la justicia, y ser beneficiarios de un debido proceso legal, en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas.

En el caso Furlan de una mayor celeridad procesal, dependía una mayor y mejor rehabilitación.

Y en estos aspectos nos remitimos al procedimiento provincial actual.

Así, señalamos el Acuerdo 3680 (20.12.2019) del Superior Tribunal de Justicia de La Pampa (STJ), que aprueba el "Protocolo de gestión de la prueba de los procesos de conocimiento civiles en la Provincia de La Pampa", que sirve de guía a los magistrados civiles en lo que resulte pertinente, y en el cual básicamente se busca la oralidad efectiva, que se estructura en dos audiencias a cargo directo del juez, una preliminar orientada a depurar la prueba y organizar su producción (conf. artículo 343 y ss. del Código Procesal Civil y Comercial de La Pampa), y una audiencia de vista de causa o de prueba concentrada y videograbada (conf. artículo 345, inciso 9 del Código Procesal Civil y Comercial de La Pampa), lo que coadyuva junto a otras directrices prácticas a una celeridad procesal y a la personalización del expediente por y para el Juez de primera Instancia -y aún superiores, atento la forma de registro de las audiencias- y no menos importante, a la certidumbre para el justiciable sobre quien decidirá su caso.

También el Acuerdo 3708 del 28.05.2020 del STJ dispone que todas las causas sustanciadas o que se sustancien por ante los organismos de los fueros Civil y Comercial; de Minería; Laboral; Contencioso Administrativo; de Ejecución, Concursos y Quiebras; y de Familia, Niñas, Niños y Adolescentes de las cuatro

Circunscripciones Judiciales del Poder Judicial de la Provincia de La Pampa, serán tramitadas en expedientes electrónicos, bajo el Sistema Informático de Gestión de Expedientes ("SIGE"), conforme el Reglamento que agrega. Esto complementado con la oralidad ya mencionada, resulta en una justicia más expeditiva.

Por último, no queremos que ya con anterioridad el STJ. mediante Acuerdo 3117 adhirió a las "100 Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad", donde se aplica el principio *de igualdad democrática y de diferencia*, con finalidad tuitiva para los más débiles, entre ellos las PcD (Secc. 2º ap. 3) . Aquí señalamos que los destinatarios de tales Reglas son todos los operadores del sistema judicial y quienes intervienen de una u otra forma en su funcionamiento. Todos deben colaborar para el efectivo acceso a la justicia, para la defensa de los derechos de los vulnerables.

Las Reglas a las que adhiriera el cimero Tribunal de la Provincia, contemplan para aquellos su asistencia legal, derecho a intérprete, la revisión de procedimientos, oralidad, pruebas anticipadas, especialización, actuación interdisciplinaria, medios alternativos de resolución del conflicto, debida información para actos judiciales, accesibilidad y protección de la intimidad.

Por tanto podemos decir que la base normativa, mínima y adecuada, se encuentra satisfecha en la Provincia de La Pampa, para que las PcD defiendan sus derechos.

Y no queremos concluir este escrito, sin decir que nos consta el debido compromiso de los operadores judiciales de nuestra provincia en el cumplimiento de la regla que refiere una pronta ejecución de sentencia, cuando las condiciones de vulnerablidad del justiciable lo ameritaban, en plena feria judicial por la pandemia de covid 19 que nos afectaba, de conformidad al Cap. II Secc. 4ºap. 2.- (38) de aquellas.

SOCIOAFECTIVIDAD VS. BINARISMO FILIAL/PARENTAL: LA PRIMACÍA DE LA REALIDAD EN LOS DERECHOS DE LAS FAMILIAS

Ana Lis Palacio María Alejandra Zucchini *

1. Introducción.

En nuestra sociedad actual cabe preguntarnos qué lugar le da el derecho al afecto y ello en vista de las realidades familiares que demuestran la conformación de familias cada vez más plurales y diferentes entre sí que generan y consolidan determinados lazos afectivos. Afectos tan estrechos y legítimos que obliga a darles un espacio en lo jurídico para estar a tono con el contexto y el consecuente respeto al derecho a la identidad. Es que las conformaciones familiares ya no responden a los moldes tradicionales binarios donde solo eran dos personas los progenitores de un niño o niña. La diversidad en el escenario actual demuestra que existen familias múltiples en las cuales pueden ser más de dos los adultos que deseen cumplir ese rol parental.

Por ello, en tanto se vincula con la individualidad de cada uno y de su identidad vivida y sentida, es que uno de los campos donde mayores repercusiones tiene la socioafectividad es el filial ya que pone en jaque el principio legal binario que establece la parte final del art. 558 CCyC: "nadie puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación". Desde sus orígenes, en el marco del derecho argentino, la filiación estuvo

^{*}Abogadas, egresadas de la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la Universidad Nacional de La Pampa, mails: alezuc@hotmail.com y analispalacio@hotmail.com

estrechamente ligada a lo biologicista, al lazo de sangre, y posteriormente fue puesto en jaque por el instituto de la adopción¹ y por las TRHA donde lo biológico no es el elemento determinante para crear el vínculo filial. En estos tiempos surge la noción de socioafectividad. Como dice la doctora Marisa Herrera (2014), la socioafectividad se ha convertido en un elemento rupturista del derecho de las familias ¿y por qué rupturista? porque el criterio socioafectivo se torna hoy, al lado de criterios jurídicos y biológicos, en uno nuevo para establecer la existencia del vínculo parental²y de ese modo pone en tela de juicio algunos institutos regulados en el derecho de las familias.

Entonces, el objeto de estas líneas es hacer referencia a este nuevo elemento: la socioafectividad como causa fuente de la pluriparentalidad y dar cuenta de cómo la jurisprudencia nacional tímida o solapadamente ha empezado a reconocer a este componente para así desmoronar los cimientos del principio filial binario.

2. El elemento sociafectivo como clave para la creación de vínculos filiales

Uno de los principios que nutre el derecho de las familias es el principio de realidad y es a través del cual se ha permitido visibilizar que existen diversas formas de organización familiar. En palabras de Kemelmajer de Carlucci (2014, p. 10) "la familia llamada 'tradicional', esa familia matrimonializada (fundada en el matrimonio), paternalizada y patrimonializada (o sea, dependiente económicamente y en otros aspectos del padre), sacralizada (nacida de formas más o menos solemnes) y biologizada (su fin principal es tener hijos), viene sufriendo cambios desde hace más de un siglo…"

Ocurre que la sociedad evolucionó y comenzaron a proliferar

_

¹ Es recién en el año 1948 que Argentina incorpora un segundo tipo filial, el adoptivo, tras la sanción de la ley 13.252, como un modo de dar respuesta o un intento de solución al fenómeno de la "infancia desvalida".

² En palabras del doctrinario peruano Varsi Rospigliosi citado por Pérez Gallardo, Leonardo, "Familias ensambladas, parentesco por afinidad y sucesión ab intestato ¿una ecuación lineal?", RDF 51-261 y 262, en Herrera, Marisa. La noción de socioafectividad... (cit).

nuevas formas de organización familiar al margen de la unión sacramental. Desde la disciplina sociológica se ha sostenido que "el modelo de familia 'ideal' o idealizado fue la familia nuclear, caracterizada por la convivencia de una pareja heterosexual monogámica y sus descendientes, y en la cual la sexualidad, la procreación y la convivencia coincidían en el espacio privado de un hogar conformado en el momento de la unión matrimonial. Esta imagen de familia obstruyó y ocultó fenómenos muy significativos: siempre existieron alternativas de organización de los vínculos familiares, otras formas de convivencia, otras sexualidades y otras maneras de llevar adelante los métodos de la procreación y la reproducción. Las investigaciones históricas sobre estos temas proliferan: la homosexualidad, la circulación social -comercio, entrega, robo, adopción legal e informal- de niños y niñas, las formas de convivencia -elegidas o impuestas- que no estaban basadas en lazos de parentesco, son solo algunas de las cuestiones de la nueva histografía de la vida cotidiana que saca a la luz aspectos hasta hace poco invisibles o silenciados" (Jelín, E., 2017, p. 71).

La socioafectividad es justamente una de esas cuestiones "de la nueva histografía de la vida cotidiana" que converge en una nueva construcción social de familia conformada desde el afecto y desde allí se erige como una causa fuente de filiación.

Ahora, bien, vamos a comenzar por ver qué es lo que se entiende por socioafectividad y cómo este elemento es creador de vínculos jurídicos. La denominación socioafectividad se la debemos al derecho brasileño, que desde hace ya algunos años se viene abriendo camino dentro del campo de la filiación. Se traduce como "aquel elemento necesario de las relaciones familiares basadas en hechos conjugados con el deseo y la voluntad de las personas que con el tiempo afirma y se reafirma en vínculos afectivos que trascienden el aspecto normativo. El criterio socioafectivo se torna hoy, al lado de criterios jurídicos y biológicos, en uno nuevo para establecer la existencia del vínculo parental. Se funda en la afectividad, en el mejor interés del niño y en la dignidad de la persona humana"³.

_

³ En palabras del doctrinario peruano Varsi Rospigliosi citado por Pérez Gallardo, Leonardo, "Familias ensambladas, parentesco por afinidad y sucesión ab intestato ¿una ecuación lineal?", RDF 51-261 y 262, en Herrera, Marisa. La noción de

Como bien lo señala la reconocida autora brasileña María Berenice Días "la filiación socioafectiva resulta de la libre voluntad de asumir las funciones parentales. El vínculo de parentesco se identifica a favor de quien el hijo considera ser su padre, aquel que asume las responsabilidades resultantes del poder familiar. La posesión de estado, como realidad sociológica y afectiva, puede mostrarse tanto en situaciones donde está presente la filiación biológica, como en aquellas en que la voluntad y el afecto son los únicos elementos -y para eso el ejemplo más evidente es la adopción-"⁴. En la expresión de Belmiro Welter el estado de hijo afectivo se edifica por el cordón umbilical del amor, del afecto, del desvelo, del corazón y de la emoción. Mientras la familia biológica navega en la cavidad sanguínea, la familia afectiva trasciende los mares de la sangre⁵.

En suma, el verdadero sustrato de las familias socioafectivas estriba en el afecto que vincula a sus miembros y presupone el arraigo de vínculos paterno-filiales asumidos y recíprocamente aceptados por padres e hijos. Se trata, pues, de pensar y admitir un instituto jurídico destinado a dar respuesta a situaciones consolidadas desde el afecto que reclaman un reconocimiento en pie de igualdad con los otros tipos de filiaciones. Se trata, ni más ni menos, de dar sentido jurídico a la identidad filiatoria, es decir la filiación querida y vivida por los sujetos, como máxima expresión del desarrollo integral del ser humano. El gran desafío para el derecho, entonces, consiste en aceptar que existen otras formas de relaciones que merecen, igualmente, protección jurídica reconociendo el principio de pluralismo y de libertad que ve personificar la sociedad posmoderna (Crespo Brauner, 2004, p. 259).

socioafectividad como elemento "rupturista" del derecho de familia contemporáneo, RDF 66, 02/09/2014, 75.

⁴ Días, María B., "Diversidade sexual e direito homoafetivo", Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011, citada en Herrera, Marisa, "La noción de socioafectividad como elemento "rupturista" del derecho de familia contemporáneo", RDF 66, 02/09/2014, 75.

⁵ Welter, Belmiro Pedro, Igualdad entre las filiaciones biológicas y socioafectivas, en Dias, María Berenice (2009), Filiación socioafectiva: nuevo paradigma de los vínculos parentales.

Cierto es que en algunos supuestos el derecho ha reconocido efectos jurídicos a vínculos en los que es claro el sustrato afectivo: la posesión del estado de hijo (art. 256 del Código de Vélez Sarsfield, y 584 del CCyC), la adopción de integración, la figura del progenitor afín, sólo por nombrar algunos. Pero también es cierto que aún en tales supuestos, históricamente, el afecto no ha sido motivo suficiente para remover los límites impuestos por un modelo de familia que únicamente reconocía a dos ascendientes filiales.

3. El principio binario en el Código Civil y Comercial

Sucede que el binarismo filial constituye un principio central sobre el cual se ha estructurado y se configura el derecho filial, cualquiera sea el tipo o fuente comprometida. ¿Qué significa? que la responsabilidad parental sobre una persona menor de edad recae en una o dos personas como máximo. Cabe recordar que en el código derogado no existía previsión expresa que consagrara la regla del doble vínculo filial, no obstante la mayoría de doctrina entendía que aquella regla se desprendía de varios de sus artículos y de la ley N° 26.413.

Ahora, ¿cuál es el fundamento por el cual se ha reforzado el principio binario al incluirlo expresamente en una norma legal? Explican Herrera, M. y Fernández S. (2018) que ello se debió a que el Código Civil y Comercial regula una nueva causa fuente filial derivada de las técnicas de reproducción humana asistida y "en ese marco, se debía dejar bien en claro la disociación entre genética y voluntad, es decir, entre quien aporta material genético y quien presta la voluntad procreacional y sobre quien recae la determinación filial. Es por ello que la idea de que nadie puede tener más de dos vínculos filiales se pensó para los casos de fertilización heteróloga, es decir, con material genético de un tercero, quien debe ser considerado donante pero a quien jamás se le asignará vínculo filial y, por lo tanto, no habría tres o cuatro progenitores (donante de óvulo, donante de esperma y la pareja que quiere ser padre), sino solo o un máximo de dos, que son quienes prestan la correspondiente voluntad procreacional debidamente exteriorizada en los consentimientos informados de conformidad con lo dispuesto en los arts. 560 a 562, referidos a las reglas de la filiación derivada de

TRHA. En otras palabras, el reforzamiento de la estructura filial a través de una norma que expresamente recalcara que en estos contextos el/la hija nacida nunca generaría vínculos con el donante tiene el claro y loable objetivo de brindar seguridad jurídica al sistema".

Es decir, si bien en un principio se pensó en que los casos de triple filiación podían darse en el seno de las técnicas de reproducción humana asistida a poco de andar el Código Civil y Comercial, de la mano del principio de realidad, se advirtió que la puesta en crisis del binarismo filial puede surgir, plantearse o provenir también del campo de la filiación biológica o de la adopción. Muestra de ello es la extensa jurisprudencia extranjera que ha debido resolver diversos casos en los que se cuestionaba la regla binaria cualquiera sea la causa fuente de filiación.

4. El derecho a la identidad y la socioafectividad.

Cabe recordar que en todos aquellos temas que comprometen al derecho filial se encuentra involucrado de manera directa el derecho a la identidad, es decir el derecho a que se construya la identidad sobre la base de los lazos efectivamente vividos y queridos por el sujeto. Como observa Herrera (2018), la noción de socioafectividad, es decir, la identidad en su faz dinámica o cultural habría venido a ampliar y, a la par, complejizar los márgenes del derecho filial en sus tres fuentes filiales.

Ahora bien, ¿Qué significamos con el término identidad? Fernández Sessarego (1990), el autor más citado cuando de conceptualizar la identidad se trata, sostuvo 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, sicológico o somático, mientras que otros son de diversa índole, ya sea 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'. Este plexo de rasgos de la personalidad de 'cada cual' se proyecta hacia el mundo exterior y permite a los

demás conocer a la persona, a cierta persona, en su 'mismidad', en lo que ella es en cuanto ser humano".

Se advierte así que la "identidad personal es el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad. Identidad personal es todo aquello que hace que cada cual sea 'uno mismo y no otro'. Este plexo de características de la personalidad de 'cada cual' se proyecta hacia el mundo exterior, se fenomenaliza y permite a los demás conocer a la persona, a cierta persona, en su mismidad, en lo que ella es cuanto especifico ser humano" (Fernández Sessarego, 1992).

Así pues, el derecho a ser quien soy y no otro reconoce su anclaje en el Sistema Universal de Derechos Humanos a través de la Convención de los Derechos del Niño, y en el Sistema Regional Americano de Derechos Humanos a través del Pacto de San José de Costa Rica. Al efecto, resulta relevante destacar que desde la reforma constitucional de 1994, que acordó jerarquía constitucional a diversos tratados internacionales de derechos humanos (Convención Americana sobre Derechos Humanos -art. 11, 17, 18 y 19- y Convención sobre los Derechos del Niño -art. 5, 7 y 8-), el derecho a la identidad ha adquirido la categoría de derecho fundamental de la persona. En particular, el artículo 8°, párrafo 1 de la Convención citada establece la obligación de los Estados partes a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares. A su vez, el párrafo 2° del mismo artículo preceptúa que cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados parte deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

A su vez, "se habla de una faz estática y de una faz dinámica de la identidad personal. La primera abarcaría, por un lado, todo lo que hace a la realidad biológica del sujeto; diríamos, su identidad filiatoria o genética. Pero, por el otro, comprende también los caracteres físicos de la persona y sus atributos de identificación: el nombre, la fecha de nacimiento, las huellas digitales, la propia imagen, la voz, etc., o sea, todo lo que corresponde a sus rasgos externos, por lo que también se la denomina 'identidad física'. La faz dinámica de la identidad personal –que se proyecta socialmente– es la que está en constante movimiento y tiene una clara connotación cultural por englobar un conjunto de creencias, pensamientos,

ideologías, opiniones y acciones del sujeto. Es la perspectiva histórico-existencial de la persona, y de ahí que se la califique como 'identidad espiritual'" (Mizrahi, M., 2006).

En tanto el derecho personalísimo a la identidad comprende tanto la faz estática como la dinámica, puesto que "el ser humano es una unidad, de modo que, si se pretende formular una noción completa de ese derecho, mal podríamos separar ambas facetas, prescindiendo de lo físico, biológico y lo genético. Con acierto se señaló que 'lo somático y lo espiritual definen, en conjunto, la identidad personal'" (Mizrahi, M., 2006).

Por ello es que "los atributos y características que, en su totalidad, definen objetivamente la personalidad que se exterioriza, pueden tener calidad de elementos estáticos, invariables salvo excepciones, o dinámicos, fluidos, en proceso de cambio y de enriquecimiento. Los estáticos son los primeros elementos personales que se hacen visibles en el mundo exterior. A través de ellos se tiene una primera e inmediata visión del sujeto. Entre éstos cabe señalar a los signos distintivos, como podría ser el nombre, el seudónimo, la imagen y otras características físicas que diferencian a una determinada persona de las demás". Por otro lado "la identidad dinámica, se configura por lo que constituye el patrimonio ideológico-cultural de la personalidad. Es la suma de pensamientos, opiniones, creencias, actitudes, comportamientos de cada persona que se explayan en el mundo de la intersubjetividad. Es el conjunto de atributos vinculados con la posición profesional, religiosa, ética, política y con los rasgos sicológicos de cada sujeto. Es todo aquello que define la personalidad proyectada hacia el exterior"6.

La identidad personal merece tutela jurídica y toda persona tiene derecho a que se le reconozca y defina su verdad personal tal cual es, "sin alteraciones, desfiguraciones, falseamientos, distorsiones o desnaturalizaciones de sus atributos, tanto estáticos como dinámicos, que lo distinguen de los demás en cuanto lo hacen ser 'el mismo y no otro'"⁷.

De lo expuesto se desprende que negar la filiación sociafectiva de un individuo es negar su identidad, su identidad

⁶ Fernández Sessarego, Carlos, "Derecho a la...".

⁷ Fernández Sessarego, Carlos, "Derecho a la..."

dinámica, es decir, cómo el sujeto vive y se desarrolla en un determinado grupo familiar, cómo identifica su estado familiar de hijo en una determinada familia y no otra. Implica ni más ni menos que el sujeto se muestre a la sociedad con una identidad que no es la real, no es la autopercibida sino una identidad impuesta por la desidia del derecho.

No cabe duda que estas realidades familiares interpelan al derecho y a las instituciones estatales para dar respuestas acordes con las obligaciones internacionales asumidas que tienen que ver con el respeto irrestricto de los derechos humanos y, especialmente, el de la identidad de las personas.

5. Algunos antecedentes jurisprudenciales.

Cabe destacar que en el orden nacional se han presentado situaciones pluriparentales, concretamente de triple filiación, tanto en el ámbito administrativo como en el judicial. Los primeros planteos de triple filiación se efectuaron ante el registro civil y lo han sido con anterioridad a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial, por ello –y no por desmerecer su importancia– quedan fuera del análisis del presente trabajo.

El primer caso que se presenta en el ámbito judicial y que encierra –aun sin ser advertido en un principio– una situación de triple filiación fue resuelto por el Juzgado de Familia Nº 4 de La Plata (20/2/2017), en vigencia del CCyC. El planteo se dio en el marco de una adopción por integración y la situación fáctica era la siguiente: una pareja tuvo una hija, V., que nació el 26/09/2006; en 2008 se produjo la ruptura y la mujer, vuelve a formar pareja con otro señor, con quien contrae matrimonio a mediados de 2012 y posteriormente nació un niño. Cuando V. cuenta con 10 años, el progenitor afín, juntamente con la madre, peticionó la adopción de integración simple resaltando de manera expresa que no era su intención extinguir el vínculo de la niña con su progenitor de origen sino todo lo contrario ampliarlos mediante la integración de un tercero, es decir el progenitor afín. Por su parte, el padre no conviviente se presentó al proceso y puso de manifiesto su consentimiento al pedido de adopción de integración, siempre que sus derechos y deberes sobre V. no se vean limitados, restringidos o modificados como efecto de la adopción que se solicita.

La jueza interviniente hizo lugar a la adopción de integración sin advertir que estaba ante un supuesto de triple filiación. Ante este panorama, los sujetos interesados solicitaron se aclaren los términos o efectos de la adopción y es ahí cuando la jueza advierte el pedido de reconocimiento de triple filiación. En este contexto, la jueza, en auto ampliatorio, dispuso: "En virtud de lo peticionado, líbrese oficio al Registro Civil para que proceda a inmovilizar el acta de nacimiento original de la niña... y se proceda a confeccionar una nueva inscripción de nacimiento con los recaudos... debiendo surgir inequívocamente del cuerpo del acto su triple filiación".

Posteriormente, existieron otros planteos8 en el ámbito judicial que encerraron situaciones de triple filiación pero en el marco de las técnicas de reproducción humana asistida. Nos vamos a detener en los últimos fallos dictados en el transcurso de este año en los que hubo un reconocimiento expreso por parte de los operadores jurídicos de la triple filiación pero ya en el marco de la filiación biológica –en dos de ellos– y de la filiación adoptiva –otro–. El primero de ellos⁹ tuvo amplia difusión periodística en el ámbito nacional ya que fue rotulado como el primer fallo en el país que hizo lugar a un supuesto de triple filiación. El fallo fue dictado por el Juzgado Civil en Familia y Sucesiones Única Nominación de la ciudad de Monteros, provincia de Tucumán (7/2/2020)¹⁰. Los antecedentes del caso son los siguientes. R.L¹¹ (padre biológico de una niña) inició una acción de impugnación de paternidad y de reconocimiento filial contra J.S. (quien reconoció a la niña como su hija y quien figura como padre de J. en el acta de nacimiento). La jueza ordenó la citación de la madre Sra. C. y de J. A los fines de la entrevista personal con la niña y de garantizar su derecho a ser oída y de participar en el proceso la Sra. Jueza dispuso que la entrevista

 $^{^8}$ Juzg. Familia N° 2 Mar del Plata, 24/11/2017, C.M.F. y otros s/ materia a categorizar".

 $^{^9\,\}mathrm{Decimos}$ 'primero' para hacer referencia a que el orden de exposición que hemos adoptado es cronológico.

¹⁰ L.F.F. c/ S.C.O. s/ FILIACION. EXPTE Nº 659/17

¹¹ En el fallo que se cuenta para este comentario se aclara que los nombres han sido cambiados y son los que se reproducen en el texto.

se lleve a cabo en el lugar de residencia de la niña (Zona de montaña de los Valles Calchaquíes). De dicha entrevista surgió que: "En esa oportunidad, J. contó cómo está conformada su familia. Nos explica que tiene dos (2) papás: J. y R. Que su mamá vive en otro lado. Que tiene cuatro hermanos más, tres mujeres y un varón. Una hermana por parte del papá J., otra hermana por parte del papá R., más una hermana y un hermanito de meses por parte de la mamá. Que ella vive parte del tiempo con J. (a quien llama "papito") y parte del tiempo con R. (a quien llama "papá"). Que comparte tiempo con sus hermanas y hermanito. También expresó su preocupación, pues le 'habían dicho que tenía que conversar con la jueza para elegir entre sus dos papás y que ella no quería hacerlo'. Continua diciendo que ella quiere tener a los dos papás. Que quiere seguir llamándose J. S" (sic).

La jueza advirtió que la dinámica familiar de la niña no se encuentra encasillada en un modelo tradicional de familia sino todo lo contrario, ambos padres -junto a su madre- ejercen sus roles parentales de cuidado, sustento material y afectivo. La familia de la niña funciona a través de esa organización familiar, es decir, una mamá y dos papás. "Ese es su autoproyecto de vida" (sic). Por lo cual, la jueza reseñó que entrometerse en eso -su vida- e impedir a cualquiera de los papás de la niña que sigan funcionando como tal (como su auténtico papá) sería una verdadera torpeza e imprudencia jurídico-estatal ya que su subjetividad e identidad como hija se construyó a partir de la presencia de ambos padres. En tal sentido, expresó que la solución más justa para el caso es aquella que reconoce la realidad de la niña tal como está, sin modificación alguna, pero para ello encuentra un valladar en la regla del artículo 558 del CCyC. Por eso, concluyó que para este caso el citado artículo no responde a las reglas de reconocimiento constitucional y convencional en vigencia, con lo cual deviene inconstitucional. Por todo lo expuesto, resolvió reconocer la familia conformada por la niña, la mamá y sus dos papas, declaró la inconstitucionalidad del art. 558 del CCyC y ordenó incorporar a R. en el acta de nacimiento de la niña y emplazarlo como su padre, sin que se desplace la inscripción de J.

Se trata de un interesante fallo que reconoce por primera vez un triple vínculo filial derivado de una filiación biológica y afectiva. De la lectura del fallo se advierte la preocupación de la jueza por preservar los vínculos afectivos genuinos de este núcleo familiar 'diferente' de intromisiones arbitrarias del Estado a través de sus decisiones judiciales y por sobre todo de respetar los derechos convencionales y constitucionales de la niña y de su grupo familiar.

El otro fallo, dictado poco tiempo después, proveniente de la provincia de Córdoba¹² y como se dijo encierra un supuesto de pluriparentalidad en el marco de una filiación adoptiva. Los hechos son los siguientes: los Sres. F.C.F. y A.F.V promueven demanda de adopción plena en relación a la niña N.M.G.O. Comparece a los autos el Sr. C.A.F (en virtud de que inicialmente se le había otorgado la guarda con fines adoptivos de la niña junto a la Sra. A.F.V.) y manifiesta conocer el pedido de adopción de su ex esposa y F.C.F.. Posteriormente, los señores F.C.F., A.F.V y C.A.F. "solicitan la demanda de adopción plena pluriparental en relación a la niña N.M.G.O. Hacen un breve relato de los hechos vividos por el primer matrimonio integrado por los Sres. C.A.F.-A.F.V., su posterior divorcio y el matrimonio formalizado por F.C.F.-A.F.V. Resaltan que el Sr. C.A.F. hizo una renuncia salomónica a la adopción a los efectos de cumplir con la formalidad del C.C. y Com., pero que ello no atiende el interés superior de la niña puesto que la misma considera tanto al Sr. C.A.F. como al Sr. F.C.F. como sus papás..." (sic). De la entrevista con la niña surge que "le dicen M., contó que va a tercer grado de la escuela S. y que tiene dos papás, que vive con su mamá y papá F. y que su papá C. va los domingos a comer con ellos" (sic).

La Fiscal de Cámara advierte que la pretensión de los pretensos adoptantes encontraba un obstáculo en el 558 última parte del CCyC y para sortear tal obstáculo solicita la declaración de su inconstitucionalidad, pedido al cual adhiere luego la letrada de las partes. La jueza para inducir su decisión se pregunta si desde la perspectiva del superior interés del niño ¿es conveniente para la niña generar el vínculo filial adoptivo de forma pluriparental? La respuesta positiva se impone ya que el mejor interés en este caso concreto se refleja en aquella decisión que tiene en cuenta la realidad vivenciada y querida por la niña y en base a ello no es posible "forzar la desintegración de lazos afectivos consolidados en pos de ceñirme a una prohibición legal".

¹² F., F.C. – V.A.F. - F.C.A. – ADOPCIÓN" (Expte. S.A.C. nº 3.515.445), 18/2/2020.

Entiende que "el Estado no puede venir a imponer nuestros propios planes de vida y que la realidad demuestra que se está gestando la ruptura del sistema binario de roles. Es que hay que darle valor a la socioafectividad vislumbrada en el presente caso, donde se crearon vínculos valorables y protegibles. La sociedad evoluciona y se van actualizando determinadas situaciones. Es claro que la pluriparentalidad es uno de los grandes desafíos del derecho de familias contemporáneo. Por ello y en atención a la potestad de la magistratura de efectuar el control de constitucionalidad y de convencionalidad, deviene necesario declarar la inconstitucionalidad y anticonvencionalidad del tercer párrafo de los artículos 558 y 634 inciso 'd' del C.C. y Com. en este caso concreto, en cuanto no reconoce los vínculos afectivos emanados de la niña hacia los Sres. F.-F.-V. a quienes considera sus dos papás y mamá". Entonces, resuelve declarar la inconstitucionalidad de la última parte del artículo 558 del CCyC y otorgar la adopción plena pluriparental de la niña a los Sres. F., F. v V.

Nuevamente, nos encontramos con otro caso que desde una mirada humanizada no puede más que reconocer la realidad pluriparental de esta familia. Se considera que el interés superior del niño o niña se ampara si se reconoce su realidad familiar, poniéndose el acento en la función parental que todos ellos efectivamente desempeñan. De este modo, si la persona menor de edad nace o crece en una familia pluriparental tiene derecho a que el Estado proteja su entorno familiar y brinde reconocimiento jurídico a su filiación real.

En un nuevo fallo¹³, dictado recientemente, también las partes cuestionaron que el juez de primera instancia, la asesora y el fiscal intervinientes sostengan un grave error de conceptos al asimilar "filiación" a "identidad biológica" y que consideren que esta última tenga el efecto directo de desplazar el estado filiatorio consagrado a partir del reconocimiento libremente adoptado y ratificado por la posesión de estado de hijo de persona menor de edad desde aún antes de nacer, abonada por una relación paterno filial pública, constante y fructífera desde el nacimiento.

 $^{^{13}{\}rm F.}$, F. C c/C.J. y Otro s/ Causas de Impugnación de filiación", Causa Nº 125988, fallo emitido por la Sala Tercera de la Cámara Segunda de Apelación de La Plata, de fecha 15/07/2020

Los hechos del caso revelan que el origen biológico de E, niña nacida en el año 2015, fue ocultado a L. P., quien ejerció su paternidad en el convencimiento de su plenitud hasta diciembre del año 2017, cuando su pareja –madre de E- y a instancias del padre biológico, luego de haber realizado un examen de ADN, se lo contó. La niña E también vivió su vida bajo el mismo relato paternal, pero el ocultamiento cedió en el último tiempo para abrir paso a la verdad sobre su origen genético.

Por lo demás, el tribunal de Alzada, que debió ordenar y producir prueba en dicha instancia recursiva, advirtió inconsistencias entre las posturas asumidas por las partes en los escritos de postulación –donde pretendían recíprocamente el desplazamiento del rol paternal- y las declaradas en sendas audiencias mantenidas con los protagonistas. En esta última instancia, los tres adultos realizaron valiosas y constructivas expresiones en torno a sumar paulatinamente la presencia de F en la vida de E, que la niña sepa que tiene dos papás, que puede darles el nombre que ella prefiera de acuerdo al vínculo que se construya, que no existe un único tipo de familia.

El testimonio de la Licenciada en psicología D. L. M. también es enriquecedor, da cuenta que los padres de E le consultaron respecto a cómo hacer conocer la realidad genética a la niña, que mantuvo reuniones con ambos, con la niña y también con el padre biológico F a fin de generar una instancia que favorezca el desarrollo del nuevo vínculo y propone que se avance en la comunicación con E. Se advierte y clarifica el común interés de esclarecer a la niña su origen biológico.

Por su parte la licenciada que integra el Cuerpo Técnico del Juzgado de origen, señala la importancia de que E conozca su realidad biológica y familiar y que, atento el tiempo transcurrido desde que ello sucedió, es imperioso que se arbitren los medios, en contexto terapéutico, para que la niña conozca a F., y se comience un proceso de deconstrucción y construcción de su identidad e historia, para así integrar afectivamente al Sr. F.- Atento a que la niña no cuenta ni con la capacidad reflexiva necesaria ni con las herramientas, dicho proceso debe ser instado y acompañado por los adultos significativos, para la construcción de una nueva configuración familiar que habilite a que E pueda generar nuevos vínculos afectivos.

El Tribunal analizó si correspondía otorgar consecuencias jurídicas al vínculo genético con el Sr. F y, en todo caso, si procede el desplazamiento de la filiación originaria (producto del ocultamiento de la Sra. C y la aquiescencia de F.), todo ello en relación al plazo de caducidad de la acción de un año, previsto por el art. 593, tercer párrafo, del CCyC. Se concluyó que las circunstancias del caso impiden que se aplique dicho plazo de caducidad. Ello es así dado que, de la plataforma fáctica surge que los propios recurrentes (que invocan tal caducidad) iniciaron un camino terapéutico para poder brindar a E la información sobre su origen genético, como las condiciones para conocer y vincularse con su progenitor, de modo que la solución oclusiva se opone a su propia conducta anterior, sobreviniente, deliberada y jurídicamente relevante.

Ahora bien, los camaristas sostuvieron que el reconocimiento de la filiación biológica de la niña no debe llevar a liso y llano desplazamiento de la filiación originaria. La aplicación literal del art. 558 del CCyC conduciría al emplazamiento del progenitor F y el inmediato desplazamiento de P y ello sería una solución de rigidez salomónica tal que no se condice con las circunstancias del caso y las posturas de las partes. Lo que se busca es la integración del padre biológico, pero sin quebrar la familia en la que E ha nacido y se ha desarrollado, con los efectos devastadores que ello podría provocar.

La Cámara advierte que se vislumbran en el caso dos formas de paternidad, la socioafectiva, cultivada desde el nacimiento, y la biológica que solicita en dicha instancia su reconocimiento. Ambas no son excluyentes.

La compleja trama humana en la vida de E exige una respuesta jurisdiccional que abastezca adecuada y completamente todos los aspectos que se despliegan, que tanto el vínculo parental de origen afectivo como el biológico concurran al desarrollo de su vida.

Por ello, declaró de oficio la inconstitucionalidad del art. 558 del CCyC, a fin de establecer que E ostenta, además del vínculo filial con su madre C, el vínculo paterno filial de origen socioafectivo con P, y el vínculo paterno filial de origen biológico con F. Consecuentemente, dispuso adicional el apellido del padre biológico a continuación del de su padre socioafectivo.

Una vez más las complejas realidades familiares claman ante los estrados judiciales su reconocimiento en igualdad de condiciones

que todas las familias. Lo interesante de este caso es que es en la instancia de apelación que se advierte la compleja realidad de este grupo familiar y así declaran la inconstitucionalidad de oficio del art. 558 in fine del CCyC a fin de dar una solución acorde con los derechos constitucionales en juego. En casos como los descriptos, no se trata pues de aplicar en abstracto la regla binaria porque ello deja fuera del marco de protección a un sinnúmero de familias que no responden a los moldes tradicionales sobre los que se erige el derecho, se trata pues ni más ni menos de abrir las puertas de nuestro marco jurídico al dinamismo social que construye modelos familiares estructurados sobre lazos tan genuinos, estables y puros como el afecto. Y el afecto como elemento creador de lazos jurídicos "nunca es problema; el problema es la falta de afecto, cuidado, amor y cariño" 14.

6. Palabras de cierre.

En CCyC se encuentra anclado en la noción de pluralismo y multiculturalidad y de esa manera irradia su protección a todas las formas de constitución familiar. Cabe recordar que la Constitución Nacional Argentina al referirse de manera genérica a la "protección integral de la familia" no protege un único modelo familiar sino que conceptualiza una noción flexible y adaptable a la dinámica social. No obstante, el límite parental binario parece dejar fuera a aquellas familias que se conforman desde vínculos afectivos genuinos pero como acontece con todas las temáticas eminentemente sociales, la realidad nos interpela de manera constante con su faceta dinámica y, por lo tanto, cabe preguntarse qué debería responder el derecho cuando se presentan planteos que involucran el reconocimiento de una triple o múltiple filiación, es decir, admitir que una persona pueda tener tres o más progenitores. La respuesta no puede ser más que su reconocimiento ya que de lo contrario se estaría vulnerando derechos constitucionales y convencionales.

La identidad filiatoria –como parte del derecho a la identidad– es decir como el individuo se reconoce y se ubica en el

 $^{^{14}}$ Comarca de Santa María, Vara Da Direção do foro, caso N.º 027/1.14.0013029-9, Estado do Rio Grande do Sul, 11 de septiembre de 2014.

estado familiar de hijo/a es un derecho que debe ser respetado y garantizado por el Estado, pues para ello se comprometió al ratificar los derechos humanos fundamentales.

Es cierto que las familias pluriparentales nos han movido nuestras estructuras culturales y legales, son una realidad que se visibilizan cada vez con más frecuencia. Negar y/o silenciar esta realidad implica desconocer el paradigma de derechos humanos en el que estamos anclados.

La vinculación y filiación socioafectiva pero carente de vínculo genético también debe ser protegida por el ordenamiento en tanto se tutela indirectamente el derecho a la identidad del sujeto de manera integral. La dignidad humana involucrada exige la superación de los obstáculos impuestos por los diseños legales al pleno desarrollo de los formatos de familia construidos por los propios individuos en sus relaciones efectivas interpersonales. Es el derecho el que debe amoldarse a las voluntades y necesidades de las personas y no al revés.

Para cerrar esta breve reflexión, debe mencionarse que quizás para la época de sanción del Código Civil y Comercial no era conveniente, por las resistencias y efectos no predecibles, receptar una apertura a esta regla pero a poco de andar podemos observar los varios precedentes que lo han puesto en tela de juicio y sin ánimo de hacer futurología, puede afirmarse que serán muchas más ya que el propio dinamismo social da cuenta que las organizaciones familiares son cada vez más complejas, y rompen la máxima del binarismo parental, y que pretenden ser reconocidas en esa complejidad. Por eso, es hora de flexibilizar la regla binaria en pos de obtener un derecho de las familias más inclusivo, respetuoso de las identidades, en fin, un derecho de las familias.

GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: UNA DEUDA PENDIENTE EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

María José Garino Sofía Micaela Burgui *

1. Introducción.

A lo largo de las siguientes páginas realizaremos un análisis del significado de la técnica de reproducción humana asistida denominada "Gestación por sustitución", su análisis en nuestro país, las normas involucradas que refieren (o no) a ella, y su vínculo inevitable con los derechos humanos, cada vez más en auge en las legislaciones modernas.

El objetivo principal del presente trabajo es demostrar la necesidad de regulación de este instituto en función a la demanda social que existe considerando que, parte de la sociedad intenta acceder a esta práctica y se ve impedida de hacerlo bajo la protección del Estado. Sólo quienes cuentan con los medios económicos suficientes tienen la posibilidad de concretarla fuera de nuestro país.

Por otro lado, es interesante analizar qué derechos se ven involucrados en este instituto, y qué consecuencias acarrea para el Estado y los particulares el hecho de garantizarlos (mediante su regulación legal) o no.

Nuestra sociedad atraviesa un cambio de paradigma importante y la técnica objeto de análisis constituye un avance importante en materia de derechos humanos, particularmente en lo que respecta al derecho a formar una familia, a procrear, a la igualdad, por mencionar algunos con jerarquía convencional y

87

^{*} Abogadas, Universidad Nacional de La Pampa, Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas.

constitucional. Sin ir más lejos, en Argentina se han planteado casos en donde los magistrados no cuentan con una herramienta legal que brinde una solución uniforme, sino que recurren a la doctrina y al derecho comparado.

El Código Civil y Comercial (en adelante CCyC) sancionado en el año 2015 omitió esta problemática, aunque fue discutida en el anteproyecto. En nuestra opinión, esta es una de las falencias del cuerpo normativo, ya que se perdió la oportunidad de incorporar como una modalidad más dentro de la filiación por Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA).

2. Denominación. Planteo del tema

El capítulo I del Título V del CCyC, en su art. 558 prevé los modos en que puede determinarse la filiación. Además de la filiación por naturaleza o también denominada "biológica" y la filiación adoptiva, se legisla como tercera fuente filial las técnicas por reproducción humana asistida. Veamos de qué se trata cada uno:

- a. La filiación por naturaleza: está presidida por la prevalencia del dato genético, elemento determinante al estar fundado en la relación sexual como eje central. De este modo, en la filiación biológica tanto la maternidad como la paternidad se le atribuye en virtud de haber aportado el material biológico (Art. 565 CCyC).
- b. La filiación por adopción: se caracteriza por el elemento volitivo o la voluntad de ser padres, la cual es central para la determinación filial, donde dicha voluntad se presta respecto de una persona ya nacida. El CCyC reconoce tres tipos de adopción: plena, simple y de integración (arts. 619 y 620 CCyC).
- c. La filiación mediante técnicas de reproducción humana asistida: siendo los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo. Quedan comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones. Pueden ser homólogas (con material de la propia pareja) o heterólogas (con material de un tercero).

Mientras en la filiación derivada de las TRHA el niño nace y existe como consecuencia de esa voluntad, en la adopción la voluntad se expresa y el vínculo surge con posterioridad al nacimiento del niño o niña. Por otra parte, en la adopción el niño no tiene ningún vínculo genético con los padres, en cambio en las TRHA homóloga (con material de la propia pareja) también existe vínculo genético entre el niño y sus progenitores, o con uno de ellos si es que se utiliza material de alguno y de un tercero.

La gestación por sustitución (a partir de ahora GS) se trata de una técnica de reproducción humana asistida (TRHA), destinada a parejas (del mismo o distinto sexo) y a personas solteras, que sufren alguna causa de infertilidad o esterilidad (médica o estructural) que les impide tener hijos propios mediante medios naturales o mediante otras técnicas de reproducción asistida de menor complejidad.

Existen distintas denominaciones para este procedimiento, aunque todas refieren a lo mismo. La denominación más extendida coloquialmente es "maternidad subrogada". Pero también se la denomina más técnicamente "Gestación por Sustitución" o "Gestación Subrogada", o simplemente "Subrogación". Vulgarmente es conocida como "Alquiler de Vientres", aunque esta denominación es inapropiada e inexacta.

El procedimiento comienza con el aporte de la persona o pareja de sus propios gametos (espermatozoides y óvulos) o con la donación de los mismos por parte de terceras personas. Posteriormente, el médico realiza la fecundación del óvulo y la consiguiente formación de un embrión mediante fecundación in vitro u otra técnica. El embrión se transfiere a otra persona, que sería la mujer gestante, hasta el nacimiento de ese bebé. Cuando esto sucede, se debe reconocer la identidad y filiación del niño, como hijo de los progenitores que realizaron el tratamiento. Aquí cobra relevancia el hecho de que la persona aporte sus propios gametos, ya que, ese bebé nacido mediante subrogación, no tendrá ningún vínculo genético con la mujer que lo gestó, ya que ella no aportó sus óvulos; pero sí lo tendrá con la pareja o persona que aportó sus gametos.

Esta filiación estará fundada en la identidad genética y/o en la voluntad procreacional.

En palabras de Michele Sesta, la maternidad subrogada es la situación por la cual una mujer adquiere la obligación de llevar a término un embarazo por cuenta de una pareja estéril a la que se compromete a entregar al niño. En estos casos la mujer que se presta a ello puede ser fecundada con el semen de su pareja mediante una TRHA o puede recibir el implante del embrión concebido in vitro. 1

Eleonora Lamm entiende que la gestación por sustitución es una forma de reproducción asistida, por medio de la cual una persona, denominada gestante, acuerda con otra persona, o con una pareja, denominadas comitente, gestar un embrión con el fin de que la persona nacida tenga vínculos jurídicos de filiación con la parte comitente.²

Se podría pensar que no siempre lo biológico comprende lo genético (el caso de una mujer que gesta a su hijo pero no con sus óvulos sino por ovodonación), ni lo genético comprende siempre lo biológico (el mismo caso pero visto desde la persona que dona sus óvulos, aporta material genético pero no se compromete en el proyecto parental y además no lleva adelante el embarazo).

En general, los autores coinciden al momento de brindar una definición a esta técnica.

3. Modalidades

En doctrina se distinguen dos modalidades dentro de la gestación por sustitución: la tradicional y la gestacional.

 Gestación por sustitución tradicional: Este tipo de gestación por sustitución se caracteriza porque la gestante aporta no sólo la gestación, sino también sus gametos; ya sea que el semen

¹SESTA, Michele. *Pruebas genéticas*, "favor veritatis" e interés del menor: ¿hacia nuevos equilibrios? En: Familia, Tecnología y Derecho. Bogotá- Colombia. Universidad del Externado de Colombia. 2002. P. 118.

² LAMM, Eleonora. *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres.* Barcelona. Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona. 2013. P. 24.

provenga del comitente (que está casado o en pareja con una mujer u otro hombre, o es un hombre solo) o de un donante —en este último caso, el o los comitentes no aportarían material genético alguno. Como puede advertirse, en la gestación por sustitución tradicional la comitente —si la hay— carece de vínculo genético con el niño/a. En estos casos, generalmente se recurre a la inseminación artificial para provocar el embarazo de la gestante.

- Gestación por sustitución gestacional: Este tipo de gestación por sustitución se caracteriza porque la gestante aporta sólo la gestación, pero no sus óvulos; éstos serán aportados por la comitente —si la hay y puede hacerlo— o por una donante. En cuanto a las variantes, puede que ambos comitentes aporten sus gametos (parejas heterosexuales en los que la gestante gesta el embrión formado por material genético de los comitentes) o se puede recurrir:
 - a) a donante de óvulos con semen de comitente (este tipo de gestación por sustitución es generalmente usado por las parejas homosexuales de hombres, en los que uno aporta el semen con el que se fecunda el óvulo de una donante, que luego es implantado en la gestante);
 - b) a donante de semen con el que se fecunda el óvulo de la comitente;
 - c) a donación de semen y óvulo. En estos casos necesariamente se debe recurrir a la fertilización in vitro. En este tipo de gestación por sustitución pueden llegar a intervenir seis personas: el donante de esperma, la donante de óvulo, la gestante, su pareja —si tiene— y el y la comitente (o los comitentes o, excepcionalmente, las comitentes).

4. Análisis doctrinario

Existen diferentes formas de determinación de la maternidad:

 Elemento biológico como presupuesto determinante: aquí encontramos una postura civilista que determina esencial al momento de establecer el vínculo materno, el elemento biológico de la gestación y el parto. Siendo éste el criterio fundamental para designar a la madre, en términos legales.

Los autores que siguen esta corriente, sostienen que la determinación de la maternidad es efectuada por el hecho del parto, independientemente de cualquier otro factor sociológico.

Para Trabucchi, se es madre por naturaleza, a diferencia de lo que sucede en la paternidad, el elemento natural en la maternidad tiene tal importancia que hace pasar a un segundo plano cualquier investigación sobre otros aspectos. Asimismo, afirma que la madre gestante tiene una labor destinada al desarrollo y crianza de su propio hijo, tarea que no puede ser encomendada a otros. De manera que posee (la madre) una responsabilidad, tanto frente a su hijo/a, como a la sociedad. Este autor descarta la posibilidad de celebrar un acuerdo con otra persona que tenga como objeto la gestación de un niño/a.³

 Elemento volitivo como presupuesto determinante: en esta postura cobra relevancia el principio de voluntad por la creación, según el cual, madre es la mujer que guarda algún tipo de relación biológica con el recién nacido, pero que además también desea el hijo para sí.

Esta tesis, denominada voluntarista, destaca la importancia de establecer una relación maternal con prescindencia de todo vínculo biológico o genético con el niño/a. De manera que, se descartan aquellas situaciones donde la mujer sólo dona sus óvulos, sólo lleva adelante la gestación y da a luz una criatura con aporte del material genético y por encargue de otra.

 Elemento genético como presupuesto determinante: esta posición, que puede considerarse intermedia entre las mencionadas ut supra -aunque posee similitudes con la postura civilista-, otorga el papel principal al material genético compartido, de modo que, será

_

³ TRABUCHI, "*Procreazioneartificiale e genética umananellapropectiva del iurista*". Comunicación al Congreso de Verona. Italia. Octubre, 1986. En Procreazioneartificiale e interventinellagenteicaumana. Padova. 1987. P. 501.

madre del recién nacido, aquella que aportó sus óvulos, más allá de ser la madre gestante (o no). No se tiene en cuenta la intención o el deseo de procrear.

Pantaleón pone el acento en el elemento genético porque, a su juicio, es el que define la identidad de la persona, aunque reconoce la intensa relación existente entre la madre gestante y el feto durante el embarazo.⁴

En el derecho argentino⁵, en el que la maternidad legalmente se determinaba por el parto (hasta la sanción del nuevo CCyC), los sostenedores de esta postura admitían que se podría impugnar la maternidad "por no ser la mujer la madre del hijo que pasa por suyo" sobre la base de la realidad genética, en cuyo caso la madre sería quien aportó el óvulo.⁶

5. El enfoque convencional y constitucional

Gil Domínguez sostiene que el concepto constitucional de familia debe construirse teniendo en cuenta individualmente a los miembros que la componen, junto a ciertas garantías oponibles tanto a los terceros como al Estado; y no como una institución que deja de lado los derechos de sus integrantes para alzarse como un sujeto con vida propia.

Es difícil, en la actualidad, hallar una definición concreta de la familia constitucional y convencional, más bien todos los intentos

⁴ PANTALEÓN, A. F. "Contra la ley sobre técnicas de reproducción asistida". Jueces para la democracia, núm. 5. 1988. P. 25 y ss.

⁵ En este sentido: Bossert, G., Zannoni, E. Régimen legal de filiación y patria potestad. Ley 23.264. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1986; Méndez Costa, J., D'Antonio, D. Derecho de familia, t. iii. RubinzalCulzoni, Buenos Aires, 2009, p. 710. Véase también Wagmaister, A., Levy, L. "La intención de ser padres y los mejores intereses de los hijos. Trascendencia jurídica". Jurisprudencia Argentina, núm. i, 1995, p. 440; Mazzinghi, J. A. Tratado de derecho de familia, 4ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2006, t. 4, p. 727; Perrino, J. O. Derecho de familia. LexisNexis Argentina, Buenos Aires, 2006, t. 2. P. 1412.

⁶ LAMM, Eleonora. *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres.* Barcelona. Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona. 2013. P. 33 y 34.

coinciden en que la institución abarca un amplio espectro de derechos que conlleva a considerar diferentes formas organización familiar, teniendo en cuenta la orientación sexual de los miembros, la figura monogámica o poligámica(admitida en otras culturas), la decisión de tener (o no) hijos, la cantidad, etc. "En un Estado constitucional y convencional de Derecho, en donde una de sus notas esenciales es el pluralismo, la determinación de un derecho fundamental supone: a) la coexistencia de múltiples planes de vida o perspectivas de la trascendencia, y b) la evitación de la imposición de un pensamiento único para todas las personas. Por este motivo, dicho procedimiento está signado por la tolerancia y el pluralismo, y a la vez guiado hermenéuticamente por el principio pro homine en las relaciones verticales y su sucedáneo -el principio favor debilis- en las relaciones horizontales. Una familia resulta digna de protección y promoción por parte del Estado cuando es posible verificar la existencia de un vínculo afectivo perdurable que diseña un proyecto biográfico conjunto en los aspectos materiales y afectivos". 7

La obligada perspectiva de derechos humanos ha significado una verdadera revolución en los diferentes subsistemas que integran la sociedad, cuyo eje central es la persona humana y la satisfacción de sus derechos. Así, los instrumentos de derechos humanos —con jerarquía constitucional desde 1994— han conminado a revisar de manera crítica todo el plexo normativo inferior. Esto ha dado lugar al conocido "derecho civil constitucionalizado" o, en palabras de MossetIturraspe, a una suerte de "publicización del derecho privado".8

Al respecto, Cecilia Grosman ha señalado que "la trayectoria democrática en el cuidado de la familia comienza a perfilarse bajo dos formas: en una, la idea a consenso, que aparece como un valor central en la familia moderna, trae aparejada la negociación y el

⁷ GIL DOMÍNGUEZ, Andrés. "La filiación por poliamor (o múltiple filiación): una mirada constitucional y convencional". Revista de Derecho Privado y Comunitario. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni, 2016. Tomo: 1 Derecho de Familia - I. Relaciones entre padres e hijos 2017. P. 2.

⁸ HERRERA, Marisa, CARAMELO, Gustavo, Comentario al Art. 1, HERRERA, Marisa, CARAMELO, Gustavo, PICASSO Sebastián (Directores). Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Tomo I, Título Preliminar y Libro Primero, Artículos 1 a 400. INFOJUS. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. 2015. P. 6.

acuerdo como modo de componer los conflictos familiares; en la otra, se revela una mayor preocupación por asegurar los derechos fundamentales de quienes componen el núcleo familiar". 9

En este marco, signado por la internalización de los derechos consecuente complejización del la humanos V constitucional, donde nacen y se desarrollan conceptos como el de "constitucionalización". "humanización" o "universalización del derecho de familia. Todo el derecho, como construcción estatal que es, está sujeto, al igual que todas las relaciones que regula, a la Constitución y a los derechos fundamentales contenidos en ella. Así aceptarse aue todo tipo normas de iurídicas. consecuentemente cualquier tipo de relación, quedan sujetas a un examen de consistencia con la norma superior de los derechos humanos. Solo de este modo se respeta la unidad del ordenamiento jurídico y la debida protección de la persona. Los derechos humanos reconocidos a raíz de este nuevo orden resulta entonces, en términos de Alexy, principios de derecho fundamental que forman parte de la regla de reconocimiento constitucional y resultan vigentes para la sociedad en su conjunto. 10

6. Derecho comparado.

Hay cuatro posturas respecto de la GS en el mundo:

- Países que no aceptan la GS: es el caso de Suiza, China, Francia, España, Alemania, Italia. Entre estos países algunos prevén sanciones penales para quienes intervienen en dichas prácticas de alquiler de vientre, como sucede en China, Alemania, Francia, Italia y Suiza.
- Países que no tienen una ley específica sobre GS: es el caso de nuestro país; también podemos incluir a Brasil. Australia, Bélgica, Canadá, República Checa, Irlanda, Japón, México, Venezuela. Algunos de ellos tienen guías médicas, como el caso de Brasil y

⁹ GIL DOMINGUEZ, Andrés, FAMA, María Victoria y HERRERA, Marisa, *Derecho Constitucional de Familia* Tomo I, Buenos Aires, Ed. Ediar, 2006. P. 523.

¹⁰ Idem, p. 3-4 v 21.

Japón. Canadá e Irlanda aplican sanciones cuando se trata de arreglos comerciales de maternidad subrogada. En estos países prevalece la regla del Derecho Romano "mater sempercertaest" y en algunos de estos países se buscó la filiación por medio de la adopción.

- Países que reglamentaron la GS: Australia, Canadá, Grecia, Israel, África del Sur, Reino Unido. Alguno de estos Estados requieren aprobación previa; otros, posterior. Algunos Estados permiten la GS solo altruista y otros permiten compensaciones racionales. Por otra parte, se requiere, en algunos países que sean los gametos de matrimonio que intenta subrogar, no siento permitida la donación de gametos, Hong Kong, o que el gameto del padre sea utilizado, condición expresa, como en Israel. No es permitido que la mujer gestante, aporte su propio gameto y también suelen regularse, las edades de la mujer gestante, en Israel debe tener entre 22 y 38 años. Otros países tienen requisitos tales una razón médica para dicha opción, test psicológicos, entre otras condiciones.
- Países que aceptan la GS y los acuerdos económicos: tenemos un cuarto grupo de países que permite la maternidad subrogada y convenios económicos: Georgia, India, Uganda, Ucrania y, dentro de Estados Unidos: California, Maryland, Massachusetts, Ohio, Pensilvania, Carolina del Sur, Alabama, Arkansas, Illinois, Iowa, Nevada, Dakota del Norte, Oregon, Tennessee, Texas, Utah, Virginia, Florida. También se habrian hecho convenios en Armenia, Moldavia y Nepal. 11

6.1 El particular caso de Estados Unidos: el famoso "turismo reproductivo". Reconocidos artistas de nuestro país han optado por viajar a Estados Unidos para la realización de esta práctica ante la ausencia de legislación en nuestro país, que trae como consecuencia el exilio al exterior, veamos en mayor profundidad cuáles son sus características:

_

¹¹ GROSMAN Cecilia, LLOVERAS Nora, KEMELMAJER DE CARLUCCI Aída, HERRERA Marisa. Derecho de familia. *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia.* 89. Mayo, 2019.

En Estados Unidos cada estado determina la legislación correspondiente a la GS, ya que no existe una ley federal o reglamento que la contemple.

El estado de Arizona y el distrito de Columbia son ejemplos de territorios donde la GS se encuentra expresamente prohibida en todas sus formas. Y, en sentido más estricto, Michigan persigue criminalmente a quienes sean parte o faciliten un contrato de estas características, mientras que en Nueva York y Nebraska los convenios de gestación están prohibidos si media compensación.

Por otro lado, entre los estados que aceptan esta práctica, podemos mencionar a Texas, que exige la autorización judicial del acuerdo de GS y el cumplimiento de una serie de requisitos.

Una de las legislaciones más permisivas en materia de GS, si no la más permisiva, es la de Illinois, que protege a las parejas casadas, no casadas y a las personas solas. Cabe destacar que Illinois permite expresamente la GS comercial. Así, admite que se pague a la gestante no sólo gastos razonables, sino también una retribución razonable.

Ahora bien, además de estos estados, como se vio, existen otros que si bien no tienen ley, la gestación por sustitución comercial ha sido admitida jurisprudencialmente. Éstos son California, Carolina del Sur, Pensilvania, Massachusetts, y Ohio.

Sin embargo, aunque en Estados Unidos existen tres categorías de estados (los que tienen ley, los que admiten la GS por vía jurisprudencial y los que no dicen nada), cabe tener en cuenta que en todos los estados que se incluyen en cada una de estas tres categorías (incluidas los de legislación prohibitiva), la GS se está realizando con éxito y está contando con el visto bueno de los tribunales competentes en los casos en los que se solicita la determinación de la filiación y se cuenta con la cooperación y aprobación de todas las partes. Ésta es la situación de prácticamente todos los casos de GS en los Estados Unidos. Incluso en Nueva York y Michigan, donde se criminaliza la compensación, existen órdenes judiciales que declaran la filiación de los comitentes bajo la ley existente, siempre y cuando las partes estén de acuerdo.

7. La cuestión en nuestro derecho.

Previo a la sanción del CCyCse debatió esta cuestión en el Anteproyecto del mismo, en donde estaba incluida la figura de la GS. Es por ello que se explicitan las principales razones por las cuales se entendía que debía incorporarse.

Dentro del capítulo dedicado a las "Reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida" en el Título V sobre "Filiación", el art. 562 proyectado decía:

"El consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución debe ajustarse a lo previsto por este Código y la ley especial. La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial. El juez debe homologar sólo si, además de los requisitos que prevea la ley especial, se acredita que:

- a) se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer;
- b) la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica;
- c) al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos;
- d) el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término; e) la gestante no ha aportado sus gametos;
- f) la gestante no ha recibido retribución; g) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de dos (2) veces;
- h) la gestante ha dado a luz, al menos, un (1) hijo propio. Los centros de salud no pueden proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial. Si se

carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza." ¹²

Se trataba de la única práctica de reproducción asistida que necesitaba de manera previa, contar con la debida autorización judicial. Así, se establecía un proceso judicial especial en el que el juez con competencia en asuntos de familia debía analizar diferentes y variados elementos que rodean a una gestación por sustitución para autorizar o no dicha práctica. En otras palabas ningún centro especializado podría llevar adelante este tipo de práctica médica si no se contaba con la correspondiente autorización judicial, obtenida tras realizar un análisis integral e interdisciplinario de la situación, no sólo de la o los comitentes sino en particular, de la gestante a quien se pretendía también proteger.

A continuación expondremos una serie de argumentos a favor:

- a) Esta práctica al estar prohibida o al estar silenciada no evita que se realice igualmente, ya sea en los centros de salud o en las denominadas "prácticas caseras" en las cuales se vulneran numerosos derechos y hasta se pone en riesgo la vida de la persona gestante involucrada.
- b) Una buena regulación constituye un instrumento eficaz para impedir la existencia de un "mercado negro de vientres" en el que las mujeres —por lo general, de escasos recursos socioeconómicos— son objeto de explotación. El proyecto de ley además establece, una serie de requisitos para ser gestante, por ejemplo:
 - 1. Tener plena capacidad civil.
 - 2. Acreditar aptitud física y psíquica conforme a la evaluación del equipo multidisciplinario.
 - 3. No aportar sus gametos.

¹² Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. Mensaje del Poder Ejecutivo Nacional N° 884/2012. Editorial: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Agosto de 2012. <a href="http://www.saij.gob.ar/proyecto-codigo-civil-comercial-nacion-mensaje-poder-ejecutivo-nacional-884-2012-ministerio-justicia-derechos-humanos-nacion-ld00003-2012-08/123456789-0abc-defg-gh3-0000dlsorbil

- 4. No haberse sometido a un procedimiento de gestación por sustitución más de dos veces.
- 5. Haber dado a luz y tener un hijo propio.
- 6. Contar con el debido asesoramiento y evaluación psicosocial previa.
- 7. Contar con el debido asesoramiento legal independiente.
- c) La gestación por sustitución es una práctica que se realiza cada vez en mayor cantidad de países, número que va en aumento; por lo tanto, las personas que cuentan con recursos económicos viajan al exterior y se someten a estas técnicas fuera de las fronteras nacionales. En este contexto, podría sostenerse que las prohibiciones legales podrían ser tildadas de discriminatorias, en tanto se aplican esencialmente a las parejas (de igual o diferente sexo) que no pueden afrontar los gastos que insume una práctica compleja como la gestación por sustitución; en cambio, quienes tienen recursos económicos sí pueden ver satisfecho su derecho a formar una familia a través de esta práctica.
- d) En países que reconocen el matrimonio entre personas del mismo sexo como la Argentina, la gestación por sustitución es la única opción que tiene una pareja compuesta por dos varones de tener un hijo genéticamente propio (aunque de uno solo de ellos); conforme el principio de igualdad (el mismo que constituyó el pilar del reconocimiento legal de dichas uniones), si un matrimonio de lesbianas puede generar vínculos filiatorios a través de las TRHA, ese derecho también debe ser conferido a una pareja de varones.

En definitiva, como bien se ha sostenido:

"la disyuntiva a la cual se enfrentaban los redactores del Anteproyecto y el equipo de trabajo que colaboró consistía en: prohibir, silenciar o regular. Se decidió por la última: regular, al entender que éste es el mejor modo de controlar y resguardar el interés de todos los intervinientes en este proceso especialísimo que implica que una mujer geste para otro/s. Las otras dos opciones, el silencio de la ley o la prohibición expresa, claramente no pueden evitar que ello suceda, y esta realidad se la observa fácilmente con los casos ya sintetizados y algunos otros que están tramitando ante la justicia (...) En definitiva, el Anteproyecto si de algo

no pecaba, era de ser hipócrita o negar la realidad. El gestar para otro sucede acá y en el exterior. ¿Qué hacer ante ello? El Anteproyecto se animaba, entonces, a proponer un modo de regular un conflicto que, no se duda encierra un alto grado de complejidad y sensibilidad. Claramente, hubiera sido más sencillo no decir nada al respecto, pero se asumió el desafío de ensayar una respuesta legal posible y junto a ello, el debate que ello generó pero pareciera que aún no estaban dadas las condiciones de madurez social para hacerse/hacernos cargo de esta situación". 13

El dinamismo propio de las relaciones de familia y en especial, de temáticas que se relacionan de manera directa con el avance de la ciencia y el estudio e implicancias en la sociedad desde otras disciplinas, dan cuenta de que el debate sigue abierto.

Tras exponer la regulación que se proponía, de dicha conducta legislativa que quedó trunca en la discusión parlamentaria pero cuyo debate aún continúa abierto.

8. Derechos en juego

8.1. Derecho a formar una familia. El Art.16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948 recepta la protección de la familia, tanto para hombres como para mujeres, y hace mención de la institución como un "elemento natural y fundamental de la sociedad que tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado" en su inciso 3ro.

En el ámbito nacional encontramos que la Constitución Nacional, tanto en su texto originario como en las sucesivas reformas de 1860, 1866 y 1898, nada expresaba respecto de la familia. Fue en 1957 cuando se incorpora el artículo 14 bis, elevándose los derechos sociales y económicos a rango constitucional. En cuanto a

¹³ HERRERA, Marisa. La lógica del Código Civil y Comercial de La Nación en materia de familia. Reformar para transformar. 29 de Diciembre de 2014. http://www.saij.gob.ar/marisa-herrera-logica-codigo-civil-comercial-nacion-materia-familia-reformar-para-transformar-dacf140902-2014-12-29/123456789-0abc-defg2090-41fcanirtcod

la protección de la familia, el artículo estipula que la ley establecerá (...) la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna.

En el mismo sentido, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales lo acoge, en su art. 10: Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que: se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo (...).

Podríamos seguir enumerando Instrumentos Internacionales que recepten este derecho, pero lo que nos interesa es determinar qué es el derecho a formar una familia, en qué consiste y quiénes son los sujetos amparados por el mismo. Comenzaremos por decir, tal como se menciona ut supra en el presente trabajo, no existe un concepto universal de "familia", existen diversas formas y modalidades. En primer lugar puede que sea una persona (hombre o mujer) soltera, quien decida formar una familia o una pareja hetero u homosexual. Por otro lado, la familia existe con, o sin hijos, pero en caso de querer tenerlos, además de la filiación biológica, también ocurre la filiación por adopción o por técnicas de reproducción humana asistida, y acá es donde entra a jugar la gestación por sustitución. Por último, los sujetos protegidos son todas aquellas personas que deseen vivir en familia o que ya lo hagan, bajo la forma que sea.

8.2. Derecho a procrear. Este «derecho a la reproducción» ha sido interpretado en el sentido de que una pareja o un individuo tiene derecho a reproducirse no sólo de forma natural, sino también mediante las nuevas tecnologías reproductivas. Esto ha sido recientemente confirmado en el caso "Artavia Murillo y otros contra Costa Rica" del 28/11/2012, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en el que se ha sostenido de manera genérica que hay un derecho a procrear, y de hacerlo a través de las TRA. La CIDH considera que «la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye, en el presente caso, la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico».

El derecho a procrear está íntimamente relacionado con el derecho a formar una familia, aunque el primero guarda más relación con la libertad sexual y la intimidad de cada persona, (dentro de los derechos personalísimos), en otras palabras, no está condicionado al resultado positivo, pero sí existe un derecho a intentar procrear, sea como derecho autónomo inherente al derecho a la salud sexual y a la procreación responsable, sea como derecho derivado del ejercicio de la libertad de intimidad, del derecho a formar una familia o incluso del más laxo derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico (siempre entendido este último como medio para garantizar el ejercicio de otros derechos). El reconocimiento de este derecho determina la contraprestación o deber del Estado de garantizar el acceso en igualdad de condiciones a todos los medios científicos y tecnológicos tendientes a facilitar y favorecer la procreación.

8.3. Derecho a la igualdad y no discriminación. El CCyC incorpora definitivamente la legislación que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo (previa sanción de la Ley 26.618 de matrimonio igualitario en 2010) y expresamente indica que ninguna norma puede ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad de derechos y obligaciones de los integrantes del matrimonio, y los efectos que éste produce, sea constituido por dos personas de distinto o igual sexo. (art. 402 CCyC).

Ello supone el acceso para las personas del mismo sexo, a los beneficios asociados al matrimonio: de asistencia, alimentos, solidaridad, beneficios sucesorios, a la vivienda familiar, en la toma de decisiones médicas, etc. Pero cuando el matrimonio está compuesto por dos hombres sus derechos a la progenitura está circunscripto a la adopción, lo cual restringe por discriminación indirecta, esto es por un comportamiento legal aparentemente neutro pero con resultado desfavorable en comparación con los derechos contemplados en la Constitución y tratados internacionales de Derechos Humanos respecto del matrimonio unisexual de dos mujeres.

Por eso es importante la incorporación de esta práctica ya que es la única forma de que una pareja homosexual pueda tener

hijos con el material genético de uno de ellos sin recurrir a la adopción.

8.4. Derecho a la autonomía de la persona gestante y a la salud del propio cuerpo. Esta especialísima decisión de la persona gestante (no nos referimos específicamente a "mujer gestante", ya que podríamos encontrarnos en un caso de identidad autopercibida, pero tenemos en claro que la figura de la mujer como sujeto de derechos ha sido protegida en su forma integral), forma parte del ámbito de protección que tiene su vida privada en términos amplios de acuerdo a los fundamentos de tribunales internacionales de derechos humanos, al señalar que va más allá del derecho a la privacidad y en el caso no permitir a la persona gestante someterse a ésta técnica vulnera el desarrollo de su personalidad.

Podemos observar que en el caso del proyecto de ley, la gestante que se ofrece desinteresadamente y en una forma totalmente altruista, posee varios requisitos para ser admitida en esa calidad, a saber: tener plena capacidad civil, acreditar aptitud física, tener cinco (5) años de residencia ininterrumpida en el país excepto se trate de personas de nacionalidad argentina o naturalizadas en el país, contar con el debido asesoramiento y evaluación psicosocial, no aportar sus gametos, no haberse sometido a un procedimiento de gestación por sustitución más de dos (2) veces para lo cual debe crearse un registro en el ámbito de la autoridad de aplicación prevista por la ley 26.862, haber dado a luz y tener un (1) hijo propio.

Sin ir más lejos, el principal requisito que es la voluntad procreacional manifestada a través de un consentimiento previo, informado y libre, prestado de conformidad con el Código y la ley especial.

8.5 Interés superior del niño/a nacido/a. En nuestra opinión, la gestación por sustitución no perjudica ni viola el principio del interés superior del niño/a; por el contrario, lo satisface. Los niños nacidos como resultado de la gestación por sustitución son extremadamente queridos y, consecuentemente, son criados por progenitores muy comprometidos y amorosos, forjándose así también la identidad dinámica además de la estática si es que el embrión fue conformado con material de uno o ambos

miembros de la pareja o de la persona si se trata de una familia monoparental.

Con este punto de vista, el interés superior del niño puede ser analizado a priori y a posteriori. A priori, ese interés exige contar con un marco legal que brinde seguridad jurídica al niño y, de este modo, lo proteja.

Examinado a posteriori del nacimiento, es en su interés superior que las personas que realmente quisieron asumir el papel de progenitores puedan serlo. Por el contrario, la prohibición o criminalización de la gestación por sustitución puede ser causa de un daño sustancial para un niño, que ha nacido y no está con quienes quisieron asumir el rol de progenitores desde antes que él existiera.

Ahora bien, el interés superior del niño no sólo justifica la regulación de la gestación por sustitución, sino que debe ser uno de los principales aspectos a tener en cuenta al incorporarse el instituto ya que el interés superior del niño debe triunfar sobre cualquier otra consideración.

9. Conclusión.

Desde el día en que nos planteamos estudiar la GS y realizar este trabajo, nos hicimos las siguientes preguntas: ¿Qué es la GS y cómo se trata en nuestro país?; ¿Existe en otros lugares del mundo? En primer lugar, nos llamó poderosamente la atención que la legislación argentina no la contemple, ya que contamos con un CCyC moderno, el cual incorpora muchas cuestiones actualizadas en materia del Derecho de las Familias y una fuerte perspectiva de Derechos Humanos. También pensamos que estaría respondiendo a una necesidad social por parte de la población que desea realizar dicha práctica y se ve impedida por la ausencia legal de la que ya hablamos.

Es de público y hasta a veces mediático conocimiento que dicha práctica se realiza independientemente de este vacío legal, así es que como consecuencia se convierte en un negocio, al momento que, se paga un precio por "alquilar" un vientre o se "compran gametos". Lo mismo sucede con sus consecuencias inciertas, desprovistas de una protección jurídica ante eventuales conflictos

que puedan suscitarse. Por ejemplo, qué sucedería si, ¿la madre gestante se niega a entregar al bebé? o, ¿si los progenitores que se comprometen a abonar una cantidad de dinero no lo hacen? y otros interrogantes que no vienen al caso mencionar, pero que serían subsanados en el marco jurídico adecuado.

Es ante estas circunstancias que propiciamos la sanción de una normativa que abarque esta práctica para que, quien opte por la GS, lo haga de manera segura y libre.

ANÁLISIS DE LA NUEVA LEY DE ALQUILERES 27.751.

Florencia Tamborini *

1. Introducción.

El 11 de Junio de 2020 luego de una puja sobre la materia legislativa que sería tratada en el marco de las "Sesiones especiales por Covid 19", se logró incluir la reforma del Código Civil y Comercial en materia de locaciones urbanas entre los temas a tratar, lográndose su aprobación. Seguidamente el día 30 de Junio de 2020 fue publicada en el Boletín Oficial bajo el Nº 27551 entrando en vigencia al día siguiente de su publicación, esto es el 1 de Julio de 2020. Es de destacar que el citado régimen convive con las disposiciones del Decreto de necesidad de Urgencia Nº 320/2020 cuya vigencia, por ahora, si es que no existe prórroga, es hasta el 30 de Septiembre de 2020.

Entre los artículos que tomaron mayor trascendencia de la flamante legislación, ya sea a través de comentarios de la prensa o de la opinión las Cámaras de Inquilinos y Martilleros de distintas provincias se destacan: el impacto del intervencionismo estatal en la fijación de precios, la regulación de las garantías, la modificación del plazo de duración contractual, la prohibición de la firma de pagarés o cualquier otro documento que no forme parte del contrato original; la obligación de la registración de los contratos ante la AFIP; el reintegro del mes de garantía que se debe realizar al valor del último mes de alquiler, los cambios en el régimen de mejoras y la posibilidad de compensación legal.

^{*} Abogada egresada de la Universidad Nacional de Córdoba, Escribana egresada de la Universidad de La Pampa, Diplomada en Derecho de los Contratos en la Universidad Nacional del Comahue.

2. Contratos de locación: normativa vigente en la materia.

Todos los contratos de locación en curso se rigen por el Código Civil y Comercial de la Nación (arts. 1187/1226), el DNU 320/2020 publicado el 29/03/2020 y con vigencia transitoria por ahora hasta el 30/09/2020.

Los contratos que se celebren a partir del 1 de Julio se rigen por el Código Civil y Comercial de la Nación (art. 1187/1226) pero con las modificaciones a los artículos 1196, 1198, 1199, 1201, 1203, 1209, 1211, 1221, 1222 y los flamantes agregados arts. 1204 bis, 1221 bis. Por otra parte la ley es complementaria del CCyC. O sea que si celebrásemos un contrato de locación a partir del 1 de julio de 2020 este se regiría por los art. 1187/1226 con las modificaciones y artículos incorporados y por la ley 27551 que rige como ley complementaria del CCyC.

3. Metodología y objeto de la ley

La ley en análisis introduce reformas a la parte general del CCyC mediante la modificación del artículo 75 del CCyC en lo referente al domicilio contractual. Por otra parte, produce cambios en cuanto a la regulación de las locaciones del CCyC mediante la modificación de artículos y creación de nuevos artículos.

Al tratarse de una ley nacional será de aplicación en todo el país, en cuanto a los contratos a los que aplica vale aclarar que la ley contiene disposiciones que aplican a las locaciones en general sea de inmuebles o de muebles y que contiene normas que son destinadas exclusivamente para los contratos de locación de inmueble con destino a viviendas (art. 1196, art. 1221 inc.a segundo párrafo, art. 1221 bis, art. 1222 y los arts. 13, 14 segundo párrafo). En cambio hay normas que son de aplicación a la locación de inmueble cualquiera sea su destino como el art. 1198, 1199, art 1221 inc. a primer párrafo art 14 primer párrafo, art. 15, art. 16).

Contiene, además, una modificación que afecta al contrato de corretaje mediante la modificación del articulo 1351.

Por último crea un programa nacional de alquiler social que será materia de implementación y reglamentación por parte del Poder Ejecutivo Nacional y regula la aplicación de los métodos alternativos de resolución de conflictos para dirimir cuestiones que la ley suscite.

4. Principales modificaciones al Código Civil y Comercial de la Nación.

4.1. Una modificación general: domicilio especial electrónico. La primera modificación establecida por la ley es la posibilidad de constituir un domicilio electrónico en el cual se tendrán por válidas y vinculantes las notificaciones que se cursen, siendo plenamente eficaces todos los emplazamientos y/ o comunicaciones que allí se practiquen.

La inclusión de la posibilidad que los contratantes puedan optar por constituir un domicilio electrónico con la eficacia para emplazar y/ o comunicar vicisitudes del contrato era una cuestión pendiente en el Código Civil y Comercial, el aislamiento preventivo, social y obligatorio dispuesto por el DNU 297/2020 vino a acelerar este cambio que era necesario.

Esta reforma viene a completar el desembarco del domicilio electrónico en nuestro ordenamiento jurídico, constituyendo un paso más en el avance de la digitalización del Derecho. Dicho adelanto ya se venía manifestando en el funcionamiento de distintos organismos estatales, ejemplo de ello son la Acordada Nº 38/12 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que dentro del proceso de cambio y modernización en la prestación del servicio de justicia, estableció la obligatoriedad del sistema de constitución de domicilios electrónicos y la habilitación del sistema notificaciones electrónicas para todo el Poder Judicial de la Nación. En igual sentido mediante la Resolución General de AFIP Nº 4280/2019 se dispuso la obligación de los contribuyentes de constituir un domicilio fiscal electrónico donde son válidas y eficaces notificaciones, emplazamientos plenamente las comunicaciones del procedimiento ante AFIP.

A partir de la ley 27751 el domicilio electrónico, será un domicilio especial facultativo para utilizar en cualquier negocio jurídico. El hecho de que sea facultativo protege los derechos de sectores vulnerables que por distintas cuestiones no tiene acceso al uso de la tecnología1.

4.2. Modificación del artículo 1196 CCyC La primera reforma que se estable rige para las locaciones con destino habitacional únicamente. El nuevo artículo 1196 CCyC establece que

"... si el destino de la vivienda es habitacional no podrán requerise: a) el pago de alquileres anticipados por períodos mayores a un mes; b) depósitos de garantía o exigencias asimilables, por cantidad mayor del importe equivalente al primer mes de alquiler. El depósito de garantía será devuelto mediante la entrega de una suma equivalente al precio del último mes de la locación, o la parte proporcional en caso de haberse acordado un depósito inferior a un mes de alquiler. El reintegro deberá hacerse efectivo en el momento de la restitución de la tenencia del inmueble. En el caso de existir alguna deuda por servicios públicos domiciliarios o expensas, correspondientes al período contractual y que al momento de la entrega del inmueble no hubiese sido facturada, podrá acordarse su pago tomando al efecto los valores del último servicio o expensas abonado, o bien el locador podrá retener una suma equivalente a dichos montos como garantía de pago. En este último caso, una vez que el locatario abone las facturas remanentes, presentará las constancias al locador, quien deberá restituir de manera inmediata las sumas retenidas; c) el pago de valor llave o equivalentes; y d) la firma de pagarés o cualquier otro documento que no forme parte del contrato original".

Con respecto a esta norma lo primero a destacar es que solo será aplicable para los contratos de locación con destino a vivienda,

¹ Según un informe del Observatorio Argentinos por la Educación, en nuestro país 37 de cada 100 hogares no tienen acceso a internet fijo.

por lo tanto los alquileres cuyo destino no sea el habitacional no contarán con la protección que la misma contiene.

Trasciende entonces que al ser una norma de orden público las partes no podrán disponer de su contenido.

En relación a este artículo se mantiene la prohibición del pago de alquileres anticipados por períodos mayores a un mes, lo que ya estaba incluido en la redacción anterior y la prohibición del pago de valor llave, lo que además no es de uso habitual en el uso habitacional ya que dicha figura es utilizada en los contratos con destino comercial que quedan expresamente excluidos de esta prohibición, por lo tanto no hay innovación en este sentido.

En cuanto a la regulación del depósito de garantía, esta norma viene a desnaturalizar la figura legal del depósito convirtiéndolo más en una especie de plazo fijo en favor del inquilino y colocando al locador en la posición de una entidad financiera. De esta forma aun en el caso que el locador colocase ese dinero en plazo fijo para así afrontar con los intereses la actualización con la que deberá devolver el dinero, debería correr con los gastos impositivos que la figura conlleva.

Por otro lado, ese monto que por imperio legal no se le puede exigir al locatario que lo actualice anualmente (como si se le exige al locador hacerlo a la finalización del contrato) sufre una desvalorización afectando la garantía de cobro ante el caso de eventuales incumplimientos por parte del locatario.

En conclusión, estamos ante una norma de orden público y con claro tinte protector al locatario.

Por último, la incorporación de la prohibición de firmar pagarés y/u otro documento que no formen parte del contrato original busca evitar los incrementos de precio por fuera del contrato, pero en la práctica será difícil erradicar ya que nada impide que un tercero ajeno a la relación locativa suscriba contratos de mutuos garantizados con pagarés e inclusive que los mismo sean exigidos al locador ya que la esencia de dicho titulo cartular es su abstracción por lo que no será difícil burlar la legislación.

4.3 Modificación del plazo mínimo. Se incrementó a 3 años el plazo mínimo del contrato, aplicándose a todo destino ya sea comercial o de habitación.

Dicha modificación resulta beneficiosa al garantizar mayor estabilidad al inquilino, que para ingresar a un inmueble debe enfrentar numerosos gastos: depósito, mes de alquiler, comisión, gastos de mudanza, cambio de titularidad de los servicios.

De todas maneras, el aumento del plazo mínimo conlleva un aumento en los costos a pagar ya que la comisión inmobiliaria, los sellados de intervención de la Dirección General de Rentas se calculan sobre los montos en los tres años.

4.4 Obligaciones del locador: conservación de la cosa para el uso convenido. Cambios en materia de reparaciones y mantenimiento. El artículo 1201 introduce significativas modificaciones en el régimen de mejoras, unas de carácter disponibles y otras de orden público.

El artículo en su redacción anterior ya era meridianamente claro al establecer la obligación de conservación al indicar que el locador deberá "efectuar a su cargo la reparación que exija el deterioro originado en su calidad o defecto, en su propia culpa, o en la de sus dependientes o en hechos de terceros o caso fortuito". La nueva redacción torna más amplia la obligación de conservación, se suprime el detalle de las causas que pueden originar las necesidades de reparación – calidad o defecto de la cosa, culpa del locador, culpa de sus dependientes, hechos de terceros y caso fortuito – simplificándose con la fórmula «no imputable al locatario».

El dispositivo legal incorporó plazos y procedimientos de actuación ante el supuesto de la realización de mejoras y reparaciones urgentes, que el anterior artículo no preveía. En ambos casos se exige la debida notificación y otorga 24 horas o 10 días corridos a partir de la notificación para que el locador realice las reparaciones según se trate de reparaciones urgentes (24 horas) o no (10 días).

Emerge de ésta última disposición que frente a la necesidad de reparaciones, debe distinguirse entre urgentes y las que no lo son a los fines del plazo a otorgar al locador para que las realice; siendo pertinente señalar que se encuentran excluidas aquellas que son de mero mantenimiento en el caso de locación de bien inmueble pues, por mandato del artículo 1.207 del Código Civil y Comercial, ellas se encuentran a cargo del locatario.

Será materia de discusión que se considera urgente y que no. Es importante destacar que de acuerdo a la redacción del artículo, la obligación establecida en esta norma no es de orden público por lo tanto puede ser renunciada por el locatario, ello dependerá de las condiciones estipuladas por las partes.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que si el objeto del contrato es un bien inmueble sometido al régimen de propiedad horizontal, el inquilino tiene la obligación de respetar las disposiciones del reglamento de consorcio por lo que si las reparaciones urgentes fueren de las partes comunes solo estaría autorizados a realizarlas los propietarios (conforme al art 2043 C.C.). Es muy común en el régimen de propiedad horizontal que sucedan filtraciones de cañerías, perdidas de fluidos que afectan a la unidad individual pero que exigen la reparación , aun cuando fuere urgente, de partes de uso común, lo que continuara exigiendo la conformidad de los propietarios según el régimen de propiedad horizontal.

Para concluir, la nueva norma reza que en todos los casos, la notificación remitida al domicilio denunciado por el locador en el contrato se tendrá por válida, aun si el locador se negara a recibirla o no pudiese perfeccionarse por motivos imputables al mismo. Disposición que se reitera también para los distintos supuestos en los que es necesaria la comunicación fehaciente entre partes.

Por último, la nueva redacción dejo de lado la facultad contenida en el modificado artículo que daba la posibilidad al locatario de solicitar la reducción temporal del valor locativo en caso de que se viera privado en el uso y goce de la cosa por motivo de las reparaciones u mejoras, lo que constituye la pérdida de una facultad que resultaba beneficiosa para el inquilino. De todas maneras, como veremos más adelante dicha posibilidad emerge de la reforma introducida al artículo 1.203 que analizaremos seguidamente.

4.5 Frustración del uso o goce de la cosa (art. 1203C.C.C.N). Aquí nuevamente la modificación es con respecto a los motivos que dieren lugar la frustración del uso o goce de la cosa,

el artículo anterior hacía alusión al caso fortuito o fuerza mayor, la nueva redacción torna más amplia los motivos que pueden dar lugar a la frustración en el uso o goce de la cosa haciéndola extensiva a todos aquellos motivos no imputables al locatario.

Vemos que dentro de ésta norma encuadrarían entonces los casos que anteriormente preveía el último párrafo del artículo 1.201.

Esta norma no resulta de orden público por lo que las partes podrán convenir en tal sentido.

4.6 Compensaciones: incorporación del artículo 1204 bis CCyC Esta nueva incorporación otorga al inquilino la faculta de compensar obligaciones mutuas con el locador, para ello exige la notificación fehaciente.

"Artículo 1204 bis.- Compensación. Los gastos y acreencias que se encuentran a cargo del locador conforme las disposiciones de esta Sección, podrán ser compensados de pleno derecho por el locatario con los cánones locativos, previa notificación fehaciente al locador del detalle de los mismos."

Estamos ante la presencia de una norma que no es de orden público, por lo tanto para el ejercicio de la facultad conferida al inquilino habrá que estar a lo convenido entre las partes, con la premisa del principio de buena fe como rector del ordenamiento jurídico. De otra forma podría darse el caso de que el locatario con la intención de sustraerse de abonar total o parcialmente los alquileres, recurra a esta vía, poniendo en cabeza del locador reparaciones que no le corresponden.

4.7: Modificación del artículo 1209 C.C.C.N: expensas ordinarias y extraordinarias. La transformación de este artículo viene a aclarar un tema que ya fue sentado por numerosa

jurisprudencia², pero que la reforma del código civil no reflejó, que es que las expensas comunes extraordinarias corresponde pagarlas al locador toda vez que ellas comprendan gastos que no son del mero mantenimiento o conservación del edificio conjunto inmobiliario donde se encuentre el inmueble.

Esta incorporación al artículo se ve deslucida por una redacción confusa al referir a "... expensas que deriven de gastos habituales, entendiendo por tales aquellos que se vinculan a los servicios normales y permanentes a disposición del locatario, independientemente de que sean considerados como gastos comunes ordinarios o extraordinarios".

Ello llevara a que los inquilinos se vean en la tarea de desglosar cada uno de los gastos de expensas, será necesario entonces que el inquilino exija, al momento de la liquidación de expensas comunes ordinarias, el detalle de su composición para así desagregar aquellos que exceden su obligación. Entiendo además que las liquidaciones de expensas siempre deberían ser pormenorizadas, ello en virtud de lo que ha establecido el artículo 4 de la Ley de Defensa del Consumidor, normativa que es aplicable a en las relaciones emergentes del régimen Propiedad Horizontal y que exige el suministro de información «clara y detallada».

Se agrega en este artículo la prohibición de que el inquilino soporte el pago de las cargas y contribuciones que graven la cosa, la redacción anterior establecía que no estaban a cargo del inquilino pero permitía la posibilidad de pactar en contrario. Con la nueva redacción esto queda prohibido.

4.8 Resolución Anticipada: Modificación Del Art. 1221 CCyC Se estableció en un mes el plazo para anoticiar al locador la

 $^2\,$ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Capital Federal, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala K, 7 de febrero de 1989 "Alesrequi Oscar Elías c/ Eralnesej S.A. s/ Consignación "SAIJ: FA89022010

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Capital Federal, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala K, 10 de mayo de 1995 "ENCABO, Matilde c/ DE FRANCESCO, Roberto y Otro s/ DAÑOS Y PERJUICIOS". SAIJ: FA95020389

intención del inquilino de resolver anticipadamente el contrato. Como innovación se incorporó la posibilidad que transcurridos los 6 primeros meses del contrato si el inquilino notifica su intención de resolver con tres meses de anticipación no deberá indemnización alguna.

La norma otorga una protección hacia el inquilino evitándole pagar la indemnización por resolución anticipada si cumple con la carga de dar aviso con antelación estipulada. De esta forma se tiende a propiciar un marco equilibrado entre las partes, ya que al otorgar un plazo de aviso de tres meses concede al propietario el tiempo suficiente para publicitar y ofertar el bien en arrendamiento y por otra parte al locatario que cumple la responsabilidad de avisar con tanta antelación lo premia evitándole pagar la indemnización legal.

Dicha norma es de orden público por lo tanto no puede ser susceptible de pacto en contrario y solamente será de aplicación en los contratos de locación de inmueble con destino a vivienda.

4.9. Incorporación de la figura de renovación y/o renegociación contractual. Mediante la anexión del artículo 1221 bis se establece una novedosa figura, la de renovación y/ renegociación del contrato, este artículo es de aplicación a los contratos de inmuebles con destino a vivienda.

Prevee la posibilidad que dentro de los tres últimos meses de la relación locativa, cualquiera de las partes podrá convocar a la otra, notificándola en forma fehaciente, a efectos de acordar la renovación del contrato, en un plazo no mayor a quince (15) días corridos.

En caso de silencio del locador o frente a su negativa de llegar a un acuerdo, estando debidamente notificado, el locatario puede resolver el contrato de manera anticipada sin pagar la indemnización correspondiente

Se trata de una norma que no es de orden público, por lo que habrá que estar a lo convenido por las partes.

4.10. Intimación de pago y desalojo de viviendas. El artículo 1.222 se ve incrementado en tres párrafos que refieren

pormenorizadamente al desalojo por falta de pago de alquileres (inciso c del artículo 1219) en el caso de locaciones con destino habitacional. En tal sentido se dispone que la notificación, intimando el pago, remitida al domicilio denunciado en el contrato por el locatario se tiene por válida, aun si éste se negara a recibirla o no pudiese perfeccionarse por motivos imputables al mismo.

Se trata de una norma de orden público que rige solo para los alquileres con destino habitacional, el silencio respecto de los alquileres con otros destino indica que la intimación de pago de alquileres adeudados y demás obligaciones no requiere de un plazo mínimo.

Dispone que la acción judicial de desalojo debe sustanciarse por el proceso previsto al efecto en cada jurisdicción y en caso de no prever un procedimiento especial, el más abreviado que establezcan sus leyes procesales o especiales.

Se prohíbe al locador la negativa a recibir las llaves del inmueble o condicionar la misma, dejando a salvo la reserva por obligaciones pendientes. El incumplimiento de esta obligación legal acarrea una severa sanción para el locatario como lo es correr con las costas del proceso en caso de que el inquilino tenga que instar al pago por consignación judicial.

De esta manera se intenta frenar el abuso por parte de los propietarios que en algunas ocasiones utilizaban la negativa a recibir las llaves injustificadamente generaban una fuente de ingresos.

La legislación no hizo más que poner en letra de la ley lo que un sector de la jurisprudencia del país ya venia proclamando al establecer que el locador no puede rehusar la recepción de las llaves amparándose en que existe algún incumplimiento por parte del locatario; en ese caso, el arrendador podrá canalizar sus reclamos por las vías pertinentes, sin obstaculizar aquella entrega que, a la postre, termina incluso beneficiándolo.³

_

³ Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza "Figueroa Emilio Neri c/ Domínguez Guillermo Martin s/ consignación de llaves " 9-abr-2019 Cita: MJ-JU-M-118204-AR | MJJ118204 | MJJ118204

Cualquier otra causa que el arrendador considere como incumplimiento del contrato no lo autoriza a negarse a recibir la cosa, sino a dejar constancia de la situación fáctica y hacer valer sus derechos en otro proceso. En sentido concordante, se ha expedido la jurisprudencia afirmando que "...si el locatario pretende la devolución de la cosa, aun cuando puedan quedar pendientes conflictos entre las partes respecto del acabado cumplimiento del contrato, el locador no puede negarse a la devolución de la cosa, teniendo solo derecho a dejar constancia de su disconformidad a fin de reclamar por vía independiente sus derechos⁴

Para el caso de negativa o silencio frente al requerimiento por parte del inquilino a efectos de que se le reciba la llave del inmueble, éste puede realizar la consignación judicial de las mismas, siendo los gastos y costas a cargo del locador. Se precisa que en ningún caso se adeudarán alquileres ni ningún tipo de obligación accesoria a partir del día de la notificación fehaciente realizada al locador a efectos de que reciba las llaves del inmueble, siempre que el locatario efectúe la consignación judicial dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la misma, o desde que le fuera notificado al locador el depósito judicial de la llave si la consignación se hubiese iniciado después del vencimiento de dicho plazo. Señalo que si bien éste último párrafo ha sido incorporado al artículo referido al desalojo por falta de pago; pareciera ser aplicable a todo supuesto de extinción del alquiler; pues tal parecer emerge de la expresión «en ningún caso» con la que comienza la disposición en cuestión.

5. Legislación complementaria de las locaciones.

En el título segundo se incorporan los artículos que complementan el contrato de locación, regulando en este acápite los siguientes temas: garantías, ajuste de precios, consignación judicial, intervención de la AFIP, el Programa Nacional de Alquiler Social y los métodos alternativos de resolución de conflictos.

118

⁴ CÁMARA APEL CIV. Y COM 1A (Córdoba) "Cooperadora de la Escuela Italo Argentina Dante Alighieri de Intercambio Cultural Argentino Italiano c. Briñón, Ana María", 06/05/2008, LLC 2008 (agosto), 765

5.1. Regulación de las garantías: El artículo 13 establece que en las locaciones habitacionales, en el caso de requerirse una garantía el locatario propondrá al locador al menos dos de las siguientes garantías: a) Título de propiedad inmueble; b) Aval Bancario; c) Seguro de caución; d) Garantía de fianza; o fiador solidario; o e) Garantía personal del locatario, que se documenta con recibo de sueldo, certificado de ingresos o cualquier otro medio fehaciente. En caso de ser más de un locatario, deben sumarse los ingresos de cada uno de ellos a los efectos de este artículo.

El locador no puede requerir una garantía que supere el equivalente a cinco veces el valor mensual de la locación; salvo que se tratase del supuesto previsto en el inc e) en el cual podrá elevarse dicho valor hasta un máximo de diez veces. Bajo tales condiciones, el locador debe aceptar una de las garantías propuestas por el locatario.

En los supuestos de los incisos b, c y d, la reglamentación debe establecer los requisitos que deben cumplir las personas que otorguen estas garantías así como las características y condiciones de las mismas. La fianza bancaria no esta reglamentada, pero si la personal.

Las garantías a las que se alude en el presente, entiendo deberán ser analizadas en cada caso en concreto, pues si bien es cierto que podría darse ofrecerse como tal una propiedad; es posible que la misma se encuentre embargada con anterioridad o hipotecada; o bien que el fiador solidario carezca de bienes suficientes o solvencia; o que la compañía aseguradora, en el caso de caución, ostente una mala reputación por su comportamiento en el mercado; entre otras vicisitudes. Dado ese panorama, se aprecia que la norma bajo análisis y con esta redacción generará serias controversias; ya que se aprecia que la negativa del locador podría estar debidamente fundada, hipótesis que no se ha previsto expresamente.

El artículo cierra estableciendo que el locador debe aceptar una de las garantías que se le proponen, respecto de lo cual opino, sin perjuicio de lo dicho en el párrafo anterior; que no necesariamente el locador está obligado a celebrar el contrato por ésta disposición (ello se presentaría como francamente violatorio de la libertad de contratación y el derecho de propiedad) y que, en todo caso, si, a pesar de ofrecerse tales avales, el locador decide no

contratar, eventualmente podría generarse responsabilidad precontractual (artículo 991 del C.C.C.).

Si bien esta norma es una norma de orden público, se estima que perderá eficacia por cuanto resulta rídiculo y sumamente intromisorio en la libertad contratactual de las partes fijar límites a los montos que puede exigir como garantía el propietario y por si fuera poco imponer el deber de aceptar alguna de las garantías que ofrece el locatario.

5.2 Variables de ajustes en el precio. El artículo 14 fue quizás el que mayor repercusión tuvo, ya que la intromisión del estado en la fijación de precios siempre ha sido un tema candente.

La norma establece que los contratos de locación, cualquiera sea su destino, están exceptuados de lo dispuesto en los artículos 7 y 10 de la ley 23.929 y sus modificatorias.

En los contratos de locación de inmuebles destinados a uso habitacional, el precio del alquiler debe fijarse como valor único y por períodos mensuales, sobre el cual pueden realizarse ajustes anuales. En ningún caso se pueden establecer bonificaciones ni otras metodologías que induzcan al error al locatario.

A los fines dispuestos en el párrafo anterior, los ajustes deben efectuarse utilizando un índice conformado por partes iguales por las variaciones mensuales de índice de precios al consumidor (IPC) y la remuneración imponible promedio de los trabajadores estables (RIPTE), que debe ser elaborado y publicado mensualmente por el Banco Central de la República Argentina (BCRA)

Nos encontramos frente a una norma de orden público, que vino a traer una verdadera novedad, permitiendo la posibilidad de reajustar los valores de los alquileres por medio de la utilización de índices.

Lamentablemente, esta norma no se dio como era de esperarse en un contexto donde la libertad de mercado rige la oferta y la demanda, sino que para las locaciones habitacionales se utiliza el mecanismo de los índices para establecer topes a los reajustes de los cánones. Esto es así porque la reforma impone como único mecanismo de ajuste anual de los precios la aplicación de un "índice conformado por partes iguales por las variaciones mensuales del

índice de precios al consumidor (IPC) y la remuneración imponible promedio de los trabajadores estables (RIPTE), que debe ser elaborado y publicado mensualmente por el Banco Central de la República Argentina (BCRA)".

Es decir, los alquileres de viviendas solo podrán reajustarse una vez al año y de acuerdo al índice que establece la ley, el cuales, por lo demás deben ser elaborado por el Banco Central de la República Argentina, cuyo objeto no es elaborar índices, sino el desarrollo de las políticas monetaria, financiera, crediticia y cambiaria del país.

Destaco que parte en la doctrina nacional autores de la talle de Moeresman⁵, Lorenzzetti ⁶ y alguna jurisprudencia⁷ entendían que el mecanismo de alquileres escalonados no infringía la prohibición derivada de la Ley N° 23.928; pero no obstante ello, tal modalidad contractual ha quedado vedada por la reforma operada.

Consecuentemente, la actualización de los precios quedará en manos del Ejecutivo, quien entrometiéndose en las relaciones entre particulares, dictará el ritmo de los aumentos en los alquileres. No hace falta decir que esto resulta totalmente violatorio de la libertad contractual (art. 958 CCyC)

Otra suerte corrieron las locaciones para restantes destinos (comerciales, profesionales, oficinas, industriales), que se vieron beneficiadas, por cuanto también se ven alcanzadas del levantamiento de la prohibición de indexar, con la ventaja de que no

⁵ Dicho autor, que se muestra contrario a la prohibición de actualización de los alquileres, entiende que el precio escalonado o progresivo es un mecanismo válido para mantener el sinalagma funcional. (Confrontar MOEREMANS, Daniel: «EL CONTRATO DE LOCACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN» en Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2017-1 – «Contratos. Parte especial – I», RUBINZAL CULZONI EDITORES, pág. 101).

⁶ Dicho autor sujetaba la validez de los alquileres progresivos a lo siguiente: a) Que no tengan por causa una actualización contra la inflación y b) Que no sea abusivo. (Confrontar LORENZETTI, Ricardo Luís; «TRATADO DE LOS CONTRATOS», Tomo II, RUBINZAL CULZONI EDITORES, págs. 354/7).

⁷ CNCiv., sala A, 19-12-95, «Virrey del Carmen SA c/Díaz Montero, María Inés y otro», L.L. 1996-E-649 (39.012-S); CNCiv. sala M, 10-7-95, «Sacsa C.I. c/Barberi», D.J. 1995-2-1074; entre otros.

se aplicó restricción alguna en el modo de fijar sus precios ni se impuso la aplicación de índice alguno, por lo que a los mecanismos ya existentes de reajuste del precio (alquiler escalonado; determinación del precio por terceros –inmobiliarias-; fijación del precio en relación al valor de uno o más productos –canon cuotativo-; moneda extranjera –canon cuotativo-; precio mínimo y porcentaje de ventas, etc), debe sumarse la aplicación de índices.

5.3 Consignación. Este artículo viene a regular el procedimiento de consignación judicial de los alquileres, establece que si el locador se rehusare a cobrar el canon locativo el locatario debe intimarlo a que lo reciba dentro de las 48 hs siguientes a la notificación. En caso de silencio o negativa del locador, el locatario, dentro de los tres días hábiles siguientes al vencimiento del plazo estipulado en la notificación, deberá proceder a la consignación judicial del monto adeudado, o mediante cheque cancelatorio, estando los gastos y costas correspondientes a cargo del locador.

Es una solución para el caso que el locador se niegue a recibir los alquileres, protegiendo los derechos del inquilino. Así se evitará la mora del locatario que ofrece pagar.

Viene a complementar y cerrar la protección al inquilino ante los abusos de los locatarios al negarse a recibir alquileres para colocar en mora y generar intereses completando la protección que establece el art. 1222 C.C. que prohíbe al locador negarse a recibir las llaves del inmueble.

5.4: Registración ante la AFIP. El artículo 16 de la Ley bajo estudio generará más de una polémica, ya que además de establecer que los contratos de locación de inmuebles deben ser declarados por el locador ante la Administración Federal de Ingresos Públicos de la Nación (AFIP), dentro del plazo, en la forma y con los alcances que dicho organismo disponga⁸; establece que cuando se inicien acciones

122

⁸ Oportunamente A.F.I.P. dictó la Resolución General Nº 2820/2010 (que amplía los alcances de la Resolución General Nº 2168/2006 de creación del Registro de Operaciones Inmobiliarias – R.O.I.) por la que instituye la obligación de inscripción en el R.O.I. de todas las personas físicas, sucesiones indivisas y demás sujetos que realicen o intervengan en operaciones económicas vinculadas con

judiciales a causa de la ejecución de un contrato de locación, previo a correr traslado de la demanda, el juez debe informar a la Administración Federal de Ingresos Públicos de la Nación (AFIP) sobre la existencia del contrato, a los fines de que tome la intervención que corresponda.

Se aprecia aquí entonces el dictado de una norma procesal por parte del Congreso Nacional, ya que, de modo previo a correrse traslado de la demanda por la que se invoque el contrato (sea desalojo, ejecución de alquileres), el Juzgado debe informar a la A.F.I.P. la existencia del mismo con el propósito que ésta tome intervención.

Respecto del dictado de normas procesales por parte del Congreso Nacional, la CSJN en Doctrina ya centenaria iniciada con los casos "Bernabé Correa" (Fallos 138:157), "Netto" (Fallos 141:254), "Real de Maciel" (Fallos 151:315), "Perelló" (Fallos 247:524) ha sostenido que si bien las Provincias tienen facultad para darse sus propias instituciones locales y, por ende, para legislar sobre procedimientos, ello es sin perjuicio de las disposiciones reglamentarias que dicte el Congreso cuando considere del caso prescribir formalidades especiales para el ejercicio de determinados derechos establecidos en los Códigos fundamentales que le incumbe dictar.9

Entiendo que podría cuestionarse la constitucionalidad de ésta disposición procesal, pues no se advierte la debida justificación en las injerencias provinciales cuando es evidente que el Fisco Nacional cuenta ya con innumerables recursos (inspecciones in situ, cruzamiento de información con entes recaudadores provinciales, denuncias, entre otros) que le permiten cumplir acabadamente con su tarea.

Esta norma viene a complementar la gran cantidad de normas y la operatoria del Ejecutivo que hace años viene implementando de obtener información certera respecto de los verdaderos ingresos de los contribuyentes. Más allá de la

bienes inmuebles situados en el país; incluyéndose expresamente entre esas operaciones la locación de inmuebles cuyo importe mensual se igual o superior a los \$ 8.000 mensuales.

⁹ CUELLO, Ramiro y MARINO, Tomás: «LAS NORMAS PROCESALES EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL», SJA 2014/11/26-3; J.A. 2014-IV.

implicancias impositivas que ello pueda aparejar a los locadores que no quieran declarar el contrato, la realidad es que el verdadero problema radica en dos cuestiones: una es que el Poder Judicial se transforma en un organismo de información de un órgano del Ejecutivo, y por el otro lado, ello redundará en un elongamiento innecesario de los procesos.

5.5. Programa Nacional de alquiler Social y Métodos alternativos de Resolución de Conflictos. Por último la ley contiene al implementación de un programa de destinado a facilitar el acceso –principalmente de personas o familias en situación de vulnerabilidad- a viviendas dignas mediante una contratación formal. Su reglamentación y puesta en marcha estará a cargo del Ministerio del Interior, Obras Públicas y Viviendas.

Con respecto a la implementación de los Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos se fomenta su implementación para la resolución de conflictos derivados de la relación locativa, la reglamentación de la normativa estará a cargo del Poder Ejecutivo.

Tanto el programa nacional de alquiler social como la implementación de métodos alternativos de resolución de conflictos, se encuentran pendientes de reglamentación y será tema de la agenda política a implementar.

124

PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN EL PROCESO PENAL

Mónica Ferré

1. Introducción.

En el derecho penal el bien jurídico posee una función de garantía, pues limita el ius puniendi estatal, y simultáneamente, es empleado en la interpretación de los tipos penales, de tal manera que la materia de prohibición estará demarcada en la finalidad y sentido que se le dé. Es decir, el bien jurídico es un concepto que vincula el derecho penal y la política criminal. Ello es así, por cuanto, el estado de Derecho gira en torno racionalizar la coerción penal y el monopolio estatal. Sumado a ello. los nuevos constitucionales permiten la inserción de la política criminal como un gran elemento valorativo dentro del ámbito de la cuestión penal, tendiente a moderar la potestad punitiva.¹

Esta política criminal es fijada por el Estado, el cual a través del Poder Legislativo la regula impulsando y sancionando las leyes que establecen el norte. A su vez el Estado persigue su aplicación mediante la intervención que le es conferida en el proceso penal, por medio de un órgano independiente como lo es el Ministerio Fiscal.

En razón de lo expuesto, podemos afirmar que no obstante ser el bien jurídico un concepto normativo "no es estático, sino que dentro del marco de las finalidades constitucionales, está abierto al cambio social y a los progresos del conocimiento científico".²

¹ Zaffaroni, Eugenio, En busca de las penas perdidas, Ediar, 2009. pp. 227.

² Roxin, Claus, Derecho penal, Civitas, Madrid, 2006, pp. 57-58

Roxin define los bienes jurídicos como "circunstancias dadas a finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de una concepción de los fines y para el funcionamiento del propio sistema".³

Por su parte, el doctrinario Zaffaroni enseña que el bien jurídico está antepuesto a la ley y al tipo. Sólo cuando el legislador lo hace objeto de interés jurídico nace el Bien Jurídico Penal, como una relación de disponibilidad entre un sujeto con el objeto. Vale decir, al derecho penal no le interesa fomentar la ética social ni fortalecer la moral, sino sólo asegurar el normal desarrollo de la convivencia social, mediante la protección de aquellos bienes jurídicos que resultan indispensables a ese objetivo y que conforman el paradigma básico de seguridad. ⁴

La materia de este trabajo será, entonces, establecer aquellos casos en que el comportamiento del individuo no logra afectar al bien jurídico suficientemente para sustentar la persecución penal, pese a la adecuación de la conducta a la descripción abstracta de la ley.

Ello, con base en las cuestiones de orden político criminal y al amparo del principio de oportunidad, sin desconocer el debido resguardo de la autonomía de la persona y su dignidad.

1.1. Los principios de legalidad y oportunidad

Comprobada la afección de un bien jurídico penalmente protegido, aparece la reacción del Estado a través de órganos preestablecidos, quienes frente a la comisión de un hecho delictivo (de acción pública) lo investigan, reclamando el juzgamiento ante los órganos jurisdiccionales, y posteriormente si corresponde el castigo del delito cometido que se ha probado. Este es el *principio de legalidad*, que enmarcado en el art. 71 del Código Penal (como regla general) rige en nuestro sistema penal argentino vigente. Por su parte, el art. 274 del Código Penal establece que "El funcionario"

³ Ibid. 8

⁴ Roxin, Claus, *Iniciación al derecho penal de hoy*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1981, pp. 58

público que, faltando a la obligación de su cargo, dejare de promover la persecución y represión de los delincuentes, será reprimido con inhabilitación absoluta de seis meses a dos años, a menos que pruebe que su omisión provino de un inconveniente insuperable". Al decir de concepciones estrictamente positivistas, todo delito de acción pública debe ser ineludiblemente investigado, juzgado, y de comprobarse su materialidad, autoría y responsabilidad, penado.

En razón de ello, los principios de legalidad y acusatorio, en una primera aproximación, obturan la posibilidad de aplicar el principio de oportunidad por las legislaciones provinciales, siendo este último el que apunta, en pocas palabras, a colocar en mejor situación al imputado, por un lado, y a posibilitar un mayor protagonismo a la víctima, por el otro, así como a descomprimir la congestión judicial⁵.

No obstante lo cual, la admisibilidad del principio de oportunidad ha sido expresamente reconocida mediante la reforma legislativa bajo la Ley 27.147 modifica el art. 59 del Código Penal (15 de junio de 2015) incorporándose a las causales de extinción de la acción penal el principio de oportunidad, de conformidad a las normas procesales vigentes. Precisa que "... La acción penal se

_

⁵Del análisis histórico podemos afirmar que la actualidad la rigidez del sistema argentino en relación al principio de legalidad, comenzó a atenuarse en el ámbito penal con la admisión del legislador nacional de institutos alternativos de la suspensión de juicio a prueba y el juicio abreviado, que operaron en tal sentido. En ese orden, de los debates parlamentarios del instituto de suspensión de juicio a prueba, parecen avalar esta postura. Así es que el Diputado por la provincia de Córdoba, Dr. Antonio Hernández, en un momento de su exposición sostuvo contestando su propio interrogante retórico "... ¿en qué consiste la suspensión del juicio a prueba? En que, en determinados casos, cuando se trata de delitos de acción pública que no tienen una pena mayor de tres años, con acuerdo del imputado y del fiscal, el Juez puede resolver...". Por su parte, el Diputado Víctor Sodero Nievas, mediante una "inserción" solicitada afirmó que "... también nos pareció esencial que para que fuera procedente hubiera conformidad del agente fiscal. Significa esto que no basta el cumplimiento de condiciones objetivas para ser merecedor de ese beneficio. Se requiere además una valoración subjetiva que deberá hacer el agente fiscal, sin cuya aprobación no podrá, en ningún caso, concederse la suspensión del juicio...". Finalmente, el Senador por la provincia de Entre Ríos Augusto Alasino refiere, respecto del mismo tema, que "... además, el juez deberá también recurrir al consentimiento del fiscal, dado que la negativa de este último enerva la posibilidad de aplicar este instituto". (Ver Antecedentes Parlamentarios, La Ley, 1995).

extinguirá: 1) Por la muerte del imputado; 2) Por la amnistía; 3) Por la prescripción; 4) Por la renuncia del agraviado, respecto de los delitos de acción privada; 5) Por aplicación de un criterio de oportunidad, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes; 6) Por conciliación o reparación integral del perjuicio, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes; 7) Por el cumplimiento de las condiciones establecidas para la suspensión del proceso a prueba, de conformidad con lo previsto en este Código y las leyes procesales correspondientes".

En el proyecto de ley elevado por los legisladores que propulsaron la reforma indicada al art. 59 del Código Penal, se puede leer que se tuvo como fundamento la armonización de las prescripciones del Código de fondo con las reformas introducidas en el Código Procesal Penal de la Nación, el que a su vez guarda correspondencia con los cuerpos normativos procesales provinciales de la última década relativos a la incorporación de institutos procesales hasta entonces inexistentes como la conciliación y los criterios de oportunidad. Se precisa entre los fundamentos que la presentación de la ley es a fin de evitar cualquier tipo de controversia innecesaria entre el Código Penal y lo regulado por las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, otorgándole la flexibilidad y generalidad suficiente para dar a cada jurisdicción la facultad de que ejerza plenamente sus competencias legislativas en esta materia.

En razón de ello se promueve incorporar tres supuestos de extinción de la acción penal al artículo 59 del Código Penal, derivados de la aplicación de un criterio de oportunidad, como son la conciliación, reparación integral del perjuicio o el cumplimiento de las condiciones establecidas para la suspensión del proceso a prueba, de conformidad con lo que a su respecto establezcan las leyes procesales correspondiente y, en su caso, el propio Código de Fondo.

En dicho proyecto, se establece que el principio de oficiosidad de la acción penal previsto en el art. 71 del Código Penal deberá interpretarse sin perjuicio de las reglas de disponibilidad de la acción penal previstas en la legislación procesal, ello a fin de consolidar tanto los procesos de reforma procesal penal a nivel nacional y

federal como los desarrollados en las provincias y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. ⁶

1.2. ¿Cuál es la base de la reglamentación en las competencias provinciales?

Por su parte, del art. 5 de la Constitución Nacional, se infiere que la aplicabilidad del principio de oportunidad es competencia provincial: "Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; <u>y que asegure su administración de justicia</u>, su régimen municipal y la educación primaria. Bajo de estas condiciones el Gobierno federal, garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones"

Explica Angelica Gelli que la obligación de las provincias de asegurar su administración de justicia comprende la creación y establecimiento de tribunales, la asignación a éstos de competencias y el dictado de los códigos procesales respectivos. Aplicando la doctrina de la Corte Suprema en "Perez de Smith Ana" corresponde también a las provincias evitar el eventual bloqueo de justicia en términos de disponer respuestas jurisdiccionales hábiles para las demandas interpuestas por los habitantes de las entidades locales. Del mismo modo, los entes locales están obligados a proveer la *tutela judicial efectiva*, por imperio de la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos en especial, el art. 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos⁸.

En ese sentido, la Corte Suprema de Justicia Nacional resolvió que "... a las provincias le compete en forma exclusiva, autónoma y soberana la adopción y reglamentación de sus propias instituciones y que en su caso es atribución de esta Corte juzgar si aquellas al hacerlo han violado los principios que el art. 5 las obliga a respetar. Pero al

⁶ Proyecto de Ley S. 1152/15 presentado por los legisladores Rodolfo Urtubey, Pablo Gonzalez, Marcelo Fuentes Sigrid Kunath, Pedro Guastavino.

⁷ CSJN, "Perez de Smith Ana M y otros", Fallos 300:1282 (1978)

 $^{^8\,}$ Gelli, María Angélica, Constitución de la Nación Argentina, 4 Edición, Ed. La Ley Tomo II p. 581

ejercer esta misión, el Tribunal se ve precisado a recalcar que las constituciones provinciales no deben ser una copia carbónica de la nacional. La forma en que cada estado Federal regule sus instituciones debe ser respetada, porque lo contrario significaría que por arte de interpretaciones artificiosas, el principio de la supremacía constitucional destruiría el sistema federal, de tal suerte que se violaría una de la reglas tradicionales de interpretación constitucional antes recordada que parte de la base cierta de que la Constitución es un todo armónico" En iguales términos sostiene que "el art. 5 de la Constitución Nacional declara la unidad de los argentinos en torno del ideal republicano. Pero no se trata de una unidad particular. Es la unidad en la diversidad. Diversidad proveniente, precisamente, del ideal federalista abrazado con parejo fervor que el republicano. El federalismo encierra un reconocimiento y respeto hacia las identidades de cada provincia; empero, dicha identidad no encuentra su campo de realización solamente dentro del ámbito comprendido por los poderes no delegados al gobierno federal, sino también en el de la adecuación de sus instituciones a los requerimientos del ar.t 5 citado. Esto último, asimismo, configura la fuente vitalidad para la república, en la medida en que posibilita una pluralidad de ensayos y búsquedas por las diferentes provincias de caminos propios para diseñar, mantener y perfeccionar los sistemas republicanos locales"10

En definitiva, si bien, como se ha expresado, en primera instancia pudo pensarse que la implementación de un sistema de resolución alternativa de conflictos en materia procesal penal provincial, podría tener inconvenientes normativos con los principios de legalidad y oficialidad previstos en nuestra legislación de fondo, circunstancia que constituiría un obstáculo para su instalación, con asiento en la armonización referenciada propugnada por el Máximo Tribunal, así como la reciente recepción del principio de oportunidad en el Código de fondo, se concluye en un correlato posible de los Códigos Procesales Penales, así como con la Ley de Ministerio Público, en cuanto insten a la aplicación del criterio de oportunidad.

En ese orden, en la Provincia de Buenos Aires, con la sanción de la Ley 13.183 de reforma al Código Procesal Penal, se refuerza

⁹ CSJN, Fallos 317:1195

¹⁰ CSJN, Fallos 317:1195

esta tendencia al incorporar los llamados criterios de oportunidad reglados en los artículos 56 y 56 bis. En igual sentido, los artículos 86 y 87 del C.P.P.B.A utilizan los términos "reparación voluntaria del daño", "solución o morigeración del conflicto", al referirse a la situación de la víctima. Así, el art. 38 de la Ley Provincia Buenos Aires n. 14.442 establece que el Ministerio Público: "propiciará y promoverá la utilización de todos los mecanismos de mediación y conciliación que permita la solución pacífica de conflictos", mientras que el artículo 37 de la misma ley faculta al Ministerio Público a la utilización de un "principio de oportunidad", para determinados casos.

De esta forma, se ha demostrado que sin desconocer la existencia del principio de legalidad, se admite la vigencia – como facultad no delegada y en determinados casos- del principio de oportunidad que tienen bajo su órbita las provincias.¹¹

1.3. ¿Cuál es la finalidad del principio de oportunidad?

Examinar correctamente la finalidad consiste en analizar las circunstancias fácticas y jurídicas extrínsecas e intrínsecas, es decir los hechos que motivan la medida, los antecedentes y las fuentes jurídicas.

Para esto, se deberá tener en cuenta las finalidades mediatas e inmediatas de la norma. La finalidad inmediata es la primera que surge de la propia ley, las mediatas son aquellas que se logran a partir de esa finalidad y se puede llegar a un ordenamiento jurídico superior.

_

¹¹ Fernando Toller, "Los derechos in concert. Metodologías para tomar decisiones armonizadoras en casos entre derechos y bienes constitucionales", en Cianciardo, J. (Coord.), Constitución, neoconstitucionalismo y derechos. Teoría y aplicaciones en la interpretación de los derechos constitucionales, Ed. Porrua, Mexico 2012, pp. 134: "En vista de lo anterior, surge la conveniencia de entender que, en rigor, los derechos fundamentales son más bien como un neumático de un automóvil, o como un bloque de resina altamente viscosa: tienen una estructura, una conformación, una forma inteligible, pero, a la vez, poseen cierta flexibilidad, cierta moldeabilidad según circunstancias y decisiones autoritativas de distintos Derechos Nacionales"

En ello, el principio de oportunidad en lo inmediato lo que busca es liberar al individuo del poder penal, evitando una persecución inútil. Precisa Eduardo Jauchen al respecto que "No descubrimos nada, si reiteramos que el principio de legalidad y la realidad hablan idiomas diferentes, y que la selección se oculta, o se disfraza por el peso de la legalidad". 12

En ese orden, nos distanciamos de criterios retribucionistas, en la que sólo la seguridad social – asentados en el principio de legalidad estricta- parecería lograrse con la reacción estatal frente al delito. Eduardo Jauchen precisa que en el proceso penal actual, con una tendencia hacia las teorías preventivas, el criterio retribucionista fue perdiendo en parte, su base primitiva. Sus excepciones, en particular, resultan del principio constitucional de proporcionalidad, según el cual en el caso concreto se puede renunciar a la aplicación de la pena, cuando los motivos de prevención no la exigen. Por caso, existen excepciones a la obligación de acusar tanto en el ámbito de la criminalidad más leve como también en el mediano. En síntesis, la oportunidad se legitima en caso donde:

- a) El reproche por el hecho es insignificante y no existe interés público en la persecución
- b) Cuando el interés en la persecución penal puede ser satisfecho de otro modo;
- c) Cuando el ofendido puede llevar adelante por sí mismo la persecución penal¹³

En ese orden, y mediante el principio de proporcionalidad se busca alcanzar la finalidad mediata, perseguida, "necesaria", aquella medida menos restrictiva de la esfera de libertad de los ciudadanos (es decir, por ser el medio más suave y moderado de entre todos los posibles – ley del mínimo intervencionismo-) y "proporcional" en sentido estricto, es decir, "ponderada" o equilibrada por derivarse de aquella más beneficios o ventajas para el interés general que

 $^{^{\}rm 12}$ Jauchen, Eduardo, Tratado de Derecho Procesal Penal, T.I. Ed. Rubinzal Culzoni, 2012 pp. 417.

 $^{^{\}rm 13}$ Jauchen, Eduardo, Código Procesal Penal Comentado, Ed. Rubinzal Culzoni. 2012. pp 420.

perjuicios sobre otros bienes, valores o bienes en conflicto, en particular sobre los derechos y libertades. ¹⁴

1.3 ¿Es socialmente relevante la aplicabilidad del principio de oportunidad?

En ese orden, me interesa reflexionar respecto de si la finalidad de la norma ha sido la de atender al concepto de justicia y bien común.

Así, entre los fundamentos que dieron lugar a la ley que incorpora el principio de oportunidad en el ámbito procesal penal de BA - Ley 13.183- se esgrime la alta conflictividad de las grandes concentraciones urbanas bonaerenses, que produce el anegamiento de un esquema de enjuiciamiento criminal que carecía de mecanismos racionales de selección de casos, es decir, evidenciaba la falta de criterios de oportunidad con jerarquía legal, como así mismo dispositivos idóneos para resolver rápidamente los litigios poco complejos¹⁵.

Para ello, se relevaron los problemas que presentaba el funcionamiento de la organización en la inteligencia que la seguridad, la lucha contra el delito y la eficacia del sistema de justicia representan materias comunes al conjunto de la sociedad, motivo por el cual las necesarias innovaciones debieron ser atendidas con base en el principio de igualdad. Es decir, se procuró dotar al sistema de coherencia interna y de los instrumentos que permitan orientar la actividad estatal hacia dichos objetivos 16.

Las reformas procesales, buscan, por un lado, dar mayor celeridad al proceso penal ordinario, sin merma de las garantías individuales; y por el otro, adoptar sistemas que permiten la

¹⁴ Barnes, Javier, Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario, Revista de Administración Pública n. 135, 1994, pp.500

¹⁵ Fundamentos Ley 13.183

¹⁶ idem

resolución rápida de conflictos, otorgando una mayor eficacia a las intervenciones estatales. 17

La forma tradicional que el sistema judicial administra los litigios, tiende a formalizar las diligencias para cuidar el rito seguido por el plexo formal, sin arribar en muchos de los casos a una solución específica para el tipo de conflicto que se trate. Se burocratiza la respuesta procesal al conflicto en detrimento de la especificidad de cada litigio, lo cual requiere de un abanico de soluciones aptas para la diversa casuística. En igual sentido, entre los fundamentos que dieron lugar a la Ley 13.433, denominada de "Mediación Penal para la Provincia de Buenos Aires" se referenció el gran debate que llevó a entender el delito como un conflicto y no como una mera infracción a una norma: a la víctima como un real protagonista en el proceso, dejar de ver al Estado como el dueño único del conflicto; y al Poder Judicial como parte esencial del Estado y sus actos como un verdadero servicio en la búsqueda de la paz social, el priorizar la prevención a la represión; son todas caras de una misma moneda¹⁸.

1.4 ¿Es adecuado el medio empleado de conformidad con los fines expresados?

La búsqueda del magistrado ya no es la sanción penal exclusivamente, sino que ahora se orientará hacia un fin de lograr relaciones justas entre los hombres: el logro de la justicia y el bien común.

Esta discrecionalidad que hoy se presenta ante el magistrado para decidir no es únicamente fruto de la relativa e inevitable indeterminación jurídica sino también del hecho de que los constituyentes y legisladores actuales en alguna medida la han considerado deseable. En este orden, el Dr. Rodolfo Vigo enseña que el magistrado se enfrenta ante un saber circunstanciado, que dilucida lo justo respecto a ciertos sujetos y a tenor de irrepetibles coordenadas históricas. La interpretación en un sentido estricto

¹⁷ idem

¹⁸ Fundamentos Ley 13.433 Prov. BA.

llevada a cabo se pronuncia en orden a un conflicto jurídico donde corresponde que defina y mande la conducta que satisfaga lo justo, o sea que respete o le restituya al otro lo que le corresponde. Continúa el doctrinario aleccionando que la definición prudencial de la conducta justa imperada por la norma singular, implica un enriquecimiento para el orden jurídico, dado que aparece un decir jurídico normativo novedoso e inédito¹⁹.

Así, al interrogante planteado al inicio, si el magistrado utiliza los medios otorgados, al tiempo que resguarda el respeto por los derechos fundamentales, los mismos resultarán adecuados a los fines planteados. Dicho de otra manera: <u>El derecho es un orden racional y será orden humano en la medida que sea razonable</u>"20

2. El órgano encargado de la instrumentación del principio de oportunidad

La Constitución Nacional en su artículo 120 hace imperativa la autonomía del Ministerio Público Fiscal, y a partir de allí, el debido proceso legal que regula el artículo 18.

El art. 120 de la Constitución Nacional establece "El Ministerio Público es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera, que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República..."

En este sentido, el doctrinario Sagués estima que los órganos extrapoderes son independientes, sin que ello signifique que sean soberanos e irresponsables²¹.

Por su parte, Gelli sostiene que el Ministerio Público constituye un "cuarto poder" del Estado. Precisa que al despegar al Ministerio Público de la tríada clásica de poderes, buscaba afianzar

¹⁹ Vigo, Rodolfo, Interpretación Constitucional, Ed. Abeledo Perrot. pp 228

 $^{^{20}}$ Juan Ciarciardo "El principio de razonabilidad" Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad, BA, Ed. Depalma, 2004, pp.115

²¹ Néstor Sagués, "Carrera Fiscal", El Derecho 106-982, Tomo 106, pág. 983.

los controles y garantizar mejor las libertades públicas. Este objetivo, propio de las democracias fuertes, se hace imperioso en sistemas políticos debilitados por las crisis institucionales y económicas.

En el ámbito de la última convención constituyente que incorporó la norma citada, la postura que se impuso fue la que caracterizó al Ministerio Público como órgano extrapoder – dictamen de la mayoría y opiniones coincidentes de quienes votaron por la afirmativa- y hubo convencionales que votaron por incluirlo en el ámbito del Poder Judicial.²²

Dicha autonomía da cuenta del grado de independencia que la Constitución Nacional le brinda al Ministerio Público Fiscal frente a los poderes constitucionales, toda vez que no sólo significa la prohibición de instrucciones por parte del Poder Ejecutivo, sino también la de los jueces hacia los fiscales.

A ello, debo agregar que rige el sistema acusatorio en el ordenamiento procesal y la inviolabilidad de la defensa en juicio, principios también derivados del art. 18 CN. Las legislaciones otorgan al Ministerio Fiscal independencia funcional, en aras del mantenimiento de una separación estricta entre las funciones de acusar y sentenciar, división inconmovible que viene a asegurar la imparcialidad y la defensa en juicio, y que se extiende, en lo sustancial, a todas las etapas del proceso penal.

Así las cosas, el Ministerio Público Fiscal no sólo cumple funciones, como auxiliar, en el ámbito del Poder Judicial, sino que también políticas, al fijar, por ejemplo, los lineamientos de la persecución penal. Corolario de lo dicho, puede afirmarse que es el Ministerio Público Fiscal quien lleva adelante o busca la concreción de la política criminal de un Estado. Finalmente, será el agente fiscal quien deberá promover y ejercer la acción pública penal e interponer los recursos de ley contra las resoluciones y sentencias de los Juzgados y Tribunales ante los que actúe, cuando lo estime pertinente. Es éste último quien, frente al caso concreto, debe poner en práctica los lineamientos de sus superiores en pos de ejecutar la política criminal, siendo de su exclusiva incumbencia el confronte de

_

²² Gelli María Angélica Constitución de la Nación Argentina, 4 Edicion, Ed. La Ley Tomo II p. 581

tales preceptos en el asunto que en particular le corresponda intervenir, meritando las alternativas que el mismo presenta y la mejor representación de los intereses que le son confiados en razón de su función²³.

Es decir, el agente fiscal resulta ser una figura esencial, siendo el encargado del inicio, trámite y hasta la clausura del proceso que vincula a un procesado con un hecho delictual. De allí la necesidad de reflexionar acerca de en qué medida el proceso penal puede bajo la vigencia del principio de legalidad, seleccionar procesos y llevarlos hacia el régimen de la oportunidad.

En ese orden, de considerar la aplicación del principio de oportunidad, aparece como más apropiado orientar la actividad fiscal a intervenir en los procesos penales desde un paradigma prudencial-retórico, que promueva al derecho penal como última *ratio* al establecer responsabilidades y a partir de allí conexionarlo con la paz social y la de la víctima. En ese orden, la aplicabilidad del derecho no tiene por objeto la contemplación, sino que su finalidad es dirigir o valorar, con mayor o menor precisión y rectitud, a la conducta humana en la que aparece comprometida la justicia²⁴

No obstante lo cual, dichas facultades no deberán ser utilizadas *a su libre arbitrio*, sino únicamente dirigidas a lograr la satisfacción de necesidades orientadas a reconstruir los vínculos sociales dañados.

En igual sentido, las Directrices sobre la función de los fiscales otorgadas en el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) el 27 de septiembre de 1990 ONU precisa con el título "Alternativas del enjuiciamiento, que "De conformidad con la legislación nacional, los fiscales considerarán debidamente la posibilidad de renunciar al enjuiciamiento, interrumpirlo condicional o incondicionalmente o procurar que el caso penal no sea considerado por el sistema judicial, respetando plenamente los derechos del sospechoso y de la víctima. A estos efectos, los Estados deben explorar plenamente la posibilidad de adoptar sistemas para reducir el número de casos que pasan la vía judicial no solamente para aliviar la carga excesiva de los

 24 Vigo Rodolfo, "Interpretación Constitucional" Ed. Abeledo Perrot, pp. 227

 $^{^{23}}$ Casación Penal, Causa 57.218 Sentencia del 13 de junio de 2013.

tribunales, sino también para evitar el estigma que significan la prisión preventiva, la acusación y la condena, así como los posibles efectos adversos de la prisión"²⁵

Siguiendo la recomendación internacional, lo cierto es que se ha embestido al agente fiscal de facultades adscriptas al nivel prudencial; ya en este punto, actuar de manera contraria quebrantaría el principio de razonabilidad derivado del art. 28 de la Constitución Nacional.²⁶

3. Criterios o juicios concretos para la aplicación del principio de oportunidad

La tarea del magistrado es ardua. En este sentido, deberá establecer para la procedencia del principio de oportunidad las condiciones de aplicabilidad fácticas, regulatorias, de control lógico, axiológico y lingüístico.

Nuestra Corte de Justicia ha señalado reiteradamente que la sentencia constituye una unidad lógica jurídica, y requiere que ella "ostente una sustancial coincidencia en los fundamentos" y que "las sentencias de los Tribunales Colegiados no pueden concebirse como una colección o sumatoria de opiniones individuales y aisladas de sus integrantes, sino como un producto de un intercambio racional de ideas entre ellos"²⁷

En el orden lingüístico el discurso jurídico en cuanto orientado a dirigir conductas, requiere un lenguaje con la mayor claridad y coherencia posible, capaz de generar cumplimientos espontáneos.

²⁵ Directrices sobre la función de los fiscales otorgadas en el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) el 27 de septiembre de 1990 ONU A/Conf. 144/28/rev.1p.189 (1990)

²⁶ Art. 28: Constitución Nacional: "Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio"

²⁷ CSJN, Fallos 312:1:1502

En concreto, se advierte que el lenguaje jurídico, en tanto lenguaje humano, posee núcleos de significado claro – casos claros y paradigmáticos- en los que existe un acuerdo general sobre la aplicabilidad de un término, y zonas de penumbra en las que se experimentan los límites de la orientación que el lenguaje general puede proporcionar. Por esto, sin importar la técnica legislativa que se utilice para comunicar los criterios generales de conducta, y por más que en muchos casos dichas pautas operen sin dificultades, algún punto de su aplicación será dudoso y, por lo tanto, indeterminado.²⁸

En ese orden de cosas, no se podrá desandar el principio de oportunidad, sin haber encontrado la noción actual de los conceptos de lesión y consentimiento, aplicados a él.

Eugenio Raúl Zaffaroni en su "Manual de Derecho Penal" con meridiana claridad explica que el principio de *lesividad*, emanado del art. 19 de la Constitución Nacional, constituye una barrera infranqueable al estado en general, y al poder punitivo en particular y que dicha norma constitucional exige acciones que "perjudiquen", lo que está demandando la definición de un *criterio de imputación racional*. Agrega luego, que la lesividad se comprueba constatando la afectación (por daño o por peligro cierto) del bien jurídico en forma significativa.

Derivado del concepto se desprende el de *insignificancia*. En el ámbito jurídico, el denominado principio de insignificancia encuentra su base en principios constitucionales (arts.18, 28, 31 y 75 inc. 22 de la CN), entendiendo a aquel como el que permite excluir del ámbito de la prohibición a aquellas conductas que solo producen una lesión mínima al bien jurídico protegido por la norma, estableciendo límites al poder punitivo estatal y proscribiendo, en consecuencia, el castigo de aquellas conductas.

Explica Zaffaroni que "las afectaciones exigidas por la tipicidad penal siempre requieren una cierta entidad, es decir, alguna gravedad, puesto que no toda afectación mínima al bien jurídico es capaz de configurar la afectación mínima que requiere la tipicidad. La insignificancia de la afectación excluye la tipicidad, lo que nos revela que las conductas que, pese a adecuarse a la individualización del tipo

139

 $^{^{28}}$ Etcheverry, J. B., "Discrecionalidad Judicial. Causas , naturaleza y límites" , pp 5

legal, pasan de ser una afectación insignificante del bien jurídico, tampoco son típicas".²⁹

En ello, los actos de gobierno deben ser racionales, con lo cual obliga a que los actos del poder judicial entiendan a los tipos penales en forma tal que no abarquen conductas que, aunque a la letra textual entre en su descripción, no presenten un mínimo racionalmente exigible de entidad de peligro o lesión. ³⁰

En este sentido debemos tener presente que la nimiedad del daño no tiene ninguna relevancia en lo que hace a la tipicidad del delito. Es decir, lo insignificante no son los delitos, sino los hechos mismos, y la aplicación de una sanción en el caso concreto, deberá analizarse si atenta contra los principios de proporcionalidad mínima, última ratio, humanidad, lesividad y razonabilidad.

La Sala Segunda del Tribunal de Casación Provincia BA en igual sentido, ha establecido que el grado de *ofensividad* de una conducta puede establecerse en función de varios tópicos, como ser: la importancia intrínseca del bien jurídico protegido, el grado de potencialidad ínsita en la acción y el modo concreto en que es desplegada, incluyendo la subjetividad del agente; el marco situacional en que la misma se desarrolla; y el grado de vulnerabilidad en que se encuentra el bien jurídico protegido en razón de la conducta precedente de su titular. ³¹/³²

²⁹ Zaffaroni, Eugenio Algia, Slokar, Derecho Penal Parte General. Ediar, 2da Ed., 2002. pp 435

 $^{^{30}}$ Cit. 20/03/2009 G., E.E.Ar/jur/14425/2009 Cámara de Apelación en los penal de Instrucción Sala Ünica Sentencia 5/2/2013 s/hurto

³¹ Trib. Casacion Penal BA, Causa 40.584: "... IX) No puede atenderse la argüida vigencia en el caso del principio de insignificancia o de bagatela, puesto que, contrariamente a lo alegado por la defensa, la acción delictiva cometida por el imputado ha sido suficientemente lesiva del bien jurídico protegido por la norma punitiva que la prevé y reprime. En cuanto a ello concierne, la afectación al bien jurídico verificada en el caso –la cual es ciertamente relevante-, no se relaciona exclusivamente con el valor económico de la cosa robada, sino también con las concretas características de la conducta desplegada para lograr su desapoderamiento, especialmente teniendo en cuenta el ejercicio de una clara intimidación respecto de la víctima con el objeto de alcanzar dicho cometido, y los concretos términos con los cuales esa intimidación fue llevada a cabo, según fue establecido en la instancia de origen.

Por su parte, la palabra *consentimiento* proviene del latín *consentire* y, en su acepción originaria, expresa la concordancia entre las partes o la uniformidad de opinión. En el derecho penal, sigue siendo discutido sus límites frente a determinados bienes jurídicos, así como su ubicación dentro de la estructura del delito. Las teorías modernas lo ubican en el tipo, en consecuencia para estas, la aquiescencia de la víctima deriva en la consecuente atipicidad. Así, se ha sostenido que la pretendida tutela de un bien jurídico más allá de la voluntad de su titular es un pretexto para penar un pragma conflictivo y, por ende, es violatoria del art. 19 constitucional.³³

En el orden lógico, precisa Kalinows, que si se quiere que los enunciados que forman el sistema de derecho sean precisos, claros, unívocos, que el sistema del derecho sea coherente, es necesario, entre otras cosas, tomar conciencia de la estructura, de los elementos y reglas del lenguaje de derecho. Entre esas reglas jurídicas existen relaciones lógicas. ³⁴

La subsunción de los elementos fácticos recolectados, en la norma aplicable al caso, que sustenten la calificación en el caso en particular, nos remite a un silogismo judicial que consiste en la

No hay aquí entonces ninguna vulneración al principio de ofensividad, ya que tales circunstancias determinan, insisto, la presencia de una afectación suficiente al bien jurídico, que justifica con creces la aplicación de la norma punitiva que cuestiona la defensa a través de este agravio.

Cabe en este punto recordar que esta Sala ya tiene dicho que el grado de ofensividad de una determinada conducta puede establecerse en función de varios tópicos, como ser: la importancia intrínseca del bien jurídico protegido; el grado de potencialidad ínsita en la acción, y el modo concreto en que es desplegada, incluyendo la subjetividad del agente; el marco situacional en que la misma se desarrolla; y el grado de vulnerabilidad en que se encuentra el bien jurídico protegido en razón de la conducta precedente de su titular (conf. causas N°19.956, "J., H. D. s/recurso de casación", rta. 27/12/2005; N°22.475, caratulada "B., R. E. s/recurso de casación", rta. 4/12/2008)..."

³² Casación Penal BA, Causa 19.956 J H D. s/ recurso de casación rta 27/12/2005 N. 22.475 caratulada B, R.E s/recurso de casación, rta 4/12/2008.

³³ Zaffaroni Eugenio, Alagia, Alejandro y Slokar Alejandro, *Derecho Penal parte General*, BS.Ediar, 2da. Ed. 2005 pp. 500/501.

³⁴ Kalinowski, Georges "Introduccion a la lógica jurídica" Ed. Eudeba Editorial Universitaria de Buenos Aires . pp. 15.

subsunción del supuesto de hecho concreto en el supuesto abstracto de la norma.

La solución del caso que se alcance de aplicar el criterio de oportunidad, entonces, impone sacrificar el rigor lógico que supone la aplicación de una sanción ante la comprobación de un delito. De ello se sigue –o debería seguirse- el beneficio de dar una solución eficaz – quizá más ajustada- al caso concreta, donde ya no opera la norma sustancial penal teniendo en cuenta *exclusivamente* lo que ésta dice.

Por consiguiente, se ha avanzado desde una validez lógica a una validez práctica. Y este es el concepto novedoso en el ámbito penal, en cuanto la regla hoy supone tomar por el Agente Fiscal el peso e importancia del proceso a resolver. En lugar de presentarse como una materia inerte, objeto meramente pasivo de la aplicación de reglas, como un caso concreto a encuadrar en el supuesto de hecho normativo previsto en la regla – como razona el positivismo jurídico- la realidad iluminada por los principios aparece revestida de cualidades jurídicas propias. El valor se incorpora al hecho e impone la adopción de una toma de posición jurídica.

Se presenta, en conclusión, una solución de peso o importancia que admite diferentes grados de cumplimiento, por ello, puede ser que se presenten ante el magistrado diferentes alternativas posibles de realización del principio de oportunidad, que tendrá que elegir discrecionalmente.

Se elaborará así, una peculiar integración entre la premisa mayor –norma en general- y la premisa menor – caso individual, en la que posee suma gravitación la experiencia jurídica que coordine con sus respectivos argumentos el contexto normativo sustancial y ritual.³⁵

_

³⁵ Juan Luis Madero (cita a Dworkin), "Principios jurídicos", 1978, 24.27 pp. 140 "...Reglas y principios se diferenciarían, según Dworkin, por lo siguiente: Ambos conjuntos de pautas apuntan a determinadas decisiones sobre la obligación jurídica en circunstancias determinadas, pero unos y otros difieren en la orientación que dan. Las reglas son aplicables a la manera del todo-o-nada. Si se dan los hechos que estipula una regla, entonces o bien la regla es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, en cuyo caso no contribuye en nada a la decisión... pero no es de esta manera como operan los principios... ni siquiera aquellos que se parecen más a las reglas establecen consecuencias jurídicas que se sigan

En el plano fáctico, las normas jurídicas deben ser "aplicadas" a sucesos fácticos, a un hecho acaecido. El hecho en cuanto enunciado no está "dado" de antemano al que enjuicia, sino que tiene que ser primero formado por él, por un lado, atendiendo a los hechos que ha llegado a conocer, y por otro lado, atendiendo a su posible significación jurídica. En ese orden, el hecho acaecido tiene, en cierto modo un "núcleo" que da motivo a plantear en torno a él una cuestión jurídica³⁶.

El proceso de selección de normas jurídicas aplicables requiere, entonces, determinar las premisas fácticas que envuelven los posibles casos. Lo expuesto encuentra su sentido en que la aplicación del derecho consiste en la determinación de consecuencias jurídicas para unos hechos dados. "Los enunciados existenciales en forma de decisiones de evidencia son elementos necesarios para una justificación de la decisión jurídica... los problemas de los hechos en el derecho son altamente relevantes para cualquier consideración acerca de la aplicación del derecho y de la toma de decisión jurídica"³⁷

Se debe tener presente que no podrá exigirse para la aplicación del Principio de Oportunidad el mismo grado de convicción que el requerido para una resolución final que dé certeza definitiva, como sería la condena.

Ahora bien, la resolución penal mediante la aplicación del principio de oportunidad, se aboca a la afección de determinados bienes jurídicos en los que se podría incluir delitos patrimoniales o delitos de menor cuantía, no así ilícitos que vulneren bienes jurídicos de mayor entidad como la vida, la salud, la integridad física, etc.

Se consideran casos especialmente susceptibles de sometimiento: **a)** Causas vinculadas con hechos suscitados por motivos de familia, convivencia o vecindad. **b)** Causas cuyo conflicto es de contenido patrimonial.

automáticamente cuando las condiciones previstas están satisfechas.... Los principios tienen una dimensión que las reglas no tienen: la dimensión de peso o importancia. Cuando hay una interferencia entre principios... quien ha de resolver el conflicto ha de tomar en cuenta el peso relativo de cada uno... Las reglas no tienen esa dimensión"

³⁶ Larenz Karl, "Metodología de la Ciencia del Derecho", Ed. Ariel SA. Pg. 274, 275

³⁷ Wroblewski Jerzy. *Sentido y hecho en el Derecho*. Doctrina Jurídica Contemporanea. Distribuciones Fontamara SA. Primera Impresión pagg. 261

Podemos, entonces, señalar en una primera aproximación que el principio de oportunidad se encuentra especialmente dirigido para los delitos reprimidos con penas de libertad condicional, o bien para los casos de pena privativas de la libertad de corta duración, que permitan evitar el encierro cuando su aplicación efectiva pueda resultar inconveniente por razones de prevención especial.

Dicho de otro modo, no todos los casos son susceptibles de su aplicación. Quedan descartados en su trámite aquellas causas penales que los imputados sean funcionarios públicos, siempre que los hechos denunciados hayan sido cometidos en ejercicio o en ocasión de la función pública. Así, también se desechan su aplicación en aquellos delitos comprendidos en el Título 10, delitos contra los Poderes Públicos y el orden constitucional.

En ese orden, las Directrices sobre la función de los fiscales otorgadas en el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) el 27 de septiembre de 1990 ONU ³⁸ fijan como pauta de desempeño que "Los fiscales prestarán la debida atención al enjuiciamiento de los funcionarios públicos que hayan cometido delitos, especialmente en los casos de corrupción, abuso de poder, violaciones graves de derechos humanos y otros delitos reconocidos por el derecho internacional y, cuando lo autoricen las leyes o se ajuste a la práctica local, a la investigación de esos delitos"

Quedan descartados en los delitos dolosos relativas a delitos previstos en el Libro Segundo del Código Penal, Título 1 (Capítulo 1 – Delitos contra la vida)

En la figura del homicidio el bien jurídico protegido es la vida, y su tutela está dirigida al resguardo de la persona física frente a conductas que puedan afectarla en su vida. Vale decir, protege la vida de la persona desde su concepción y hasta su muerte, cualquiera sea su conformación sus deficiencias orgánicas y fisiológicas, o su viabilidad, debiendo entenderse que existe vida

.

³⁸ Directrices sobre la función de los fiscales otorgadas en el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) el 27 de septiembre de 1990 ONU A/Conf. 144/28/rev.1p.189 (1990)

humana siempre que natural o artificialmente la persona mantenga su funcionamiento orgánico.³⁹

En este sentido, conforme nuestro derecho la vida no es un bien jurídico disponible, ni aún en el excepcional supuesto, como lo es la muerte digna. 40 Así afirma Roxin que "Totalmente ineficaz es el consentimiento en el caso del bien jurídico individual vida humana... el consentimiento en la propia muerte no suprime la punibilidad del hecho, sino que, a lo sumo, la atenúa. Para ello existen buenos motivos... un consentimiento precipitado o influido por alteraciones psíquicas desconocidas puede causar daños irreparables, de modo que la víctima debe ser protegida también de sí misma; y la creación de tabúes respecto de cualquier muerte de un tercero no justificada por legítima defensa consolidad el respeto por la vida humana y sin duda alguna contribuye con ello a la protección de este supremo bien jurídico"⁴¹

Igualmente queda descartados en todos aquellos que comprometan los Derechos Humanos. La condescendencia al principio de oportunidad, -expresada en el párrafo anteriorencuentra su límite en las violaciones a los Derechos Humanos, también letra viva de nuestra Constitución Nacional y Tratados internacionales incorporados a ella (art. 75 inc. 22 CN) toda vez que será impensable pensar el sometimiento a criterios de oportunidad que eximan de la aplicabilidad de la pena, cuando la afectación a bienes jurídicos encuadre en la materia advertida.

El artículo 1.1 de la CADH establece las obligaciones de respetar y garantizar los derechos humanos, aspectos que constituyen verdaderos ejes transversales del Sistema Interamericano. De esta forma, se plantea que "de la obligación general de garantizar los derechos humanos consagrados en la Convención, contenida en el artículo 1.1 de la misma, deriva la

³⁹ Villanueva, Horacio, *Codigo Penal de la Nacion Anotado*, Ed. Lexis Nexis. 2006. pp. 281.

⁴⁰ Maurach "No son disponibles para sus titulares los denominados bienes jurídicos irrenunciables. Entes éstos se cuenta la vida humana" Derecho penal Parte General.

⁴¹ Roxin Claus. *Derecho Penal Parte General*, T. 1 n. 2 pp. 52 Citado por Otero Martin "La Eficacia eximente del consentimiento en la eutanasia" Revista de Derecho Penal. Infojus A. 1 2/2012: 199-214.

obligación de investigar los casos de violaciones del derecho sustantivo que debe ser amparado, protegido o garantizado".⁴²

Dicha obligación de respetar y garantizar es entendida en el Derecho internacional de los derechos Humanos como una obligación positiva, en tanto que demanda la realización o adopción de ciertas medidas que hagan efectiva el cumplimiento del convenio que la contiene. Esta obligación implica el deber de los Estados partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar públicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. La obligación de garantizar no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. 43

Es decir, la obligación de investigar los hechos, juzgar y en su caso, sancionar a los responsables de un delito que constituye una violación de derechos humanos, es un compromiso que emana de la Convención Americana y la responsabilidad penal debe ser determinada por las autoridades judiciales competentes siguiendo estrictamente las normas del debido proceso establecidas en el art. 8 de la Convención Americana.

Igualmente se descarta en los casos de violencia de género. Argentina firmó y ratificó la "Convención sobre Eliminación de todo tipo de Discriminación contra la mujer" que promueve la igualdad entre la mujer y los varones. En igual sentido, la *Convención de Belem Do Pará o Convención Interamericana para prevenir, Sancionar y erradicar la violencia contra la mujer*, adoptada por la Asamblea General de Organización de los Estados Americanos, convertida en Ley Nacional 24.632.

Esta última convención reconoce el tipo de relaciones en las que las mujeres pueden padecer violencia, definiéndose como

146

-

 $^{^{42}}$ CIDH " Caso Heliodoro Portugal vs. Panama. Excepciones preliminares, Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 12 de agosto de 2008, párrafo 115.

⁴³ CIDH. Caso Velazquez Rodriguez vs. Honduras. Fondo. Sentencia del 29 de julio de 1988, párrafo 166

cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado. Por su parte, la Corte Suprema de la Justicia Nacional en oportunidad de dictar sentencia en el caso "Góngora" entendió que en el caso en que se encuentre vinculado hechos de violencia de género resultaba improcedente la adopción de alternativas distintas a la definición del caso, toda vez que la Convención referida prescribe la necesidad de establecer "un procedimiento legal, justo y eficaz para la mujer" que incluya un "juicio oportuno", lo que en definitiva fue interpretado por el Máximo Tribunal como la exigencia de realización de un debate oral y público. 44

En el orden regulatorio, con el nuevo paradigma buscado en la reforma procesal, en lo que concierne al fiscal – en el marco de este plano regulatorio- éste analizará los presupuestos jurídicos de las diversas posibilidades de aplicación del principio de oportunidad, debiendo atender, no solo la normativa legal, sino también el desarrollo doctrinario y jurisprudencial, pero, por sobre todo a la Constitución como fuente ineludible del análisis y a los principios generales del derecho.⁴⁵

En este orden, el derecho judicial –también derecho positivoha evolucionado desde el reconocimiento del valor interpretativo que tiene nuestra Constitución Nacional – en ocasiones limitado- en sus cláusulas hasta la aceptación de su valor legal, otorgando a sus objetivos – en especial el de *afianzar la justicia*- plena operatividad.⁴⁶

Ya no se trata de una aplicación mecánica de la ley. Por el contrario el centro de gravedad va desplazándose lentamente desde

⁴⁴ CSJN, "Gongora Gabriel Arnaldo s/causa 14.092", 23/4/2013, Fallos 336:392...

⁴⁵ "El principio enuncia una razón que discurre en una sola dirección, pero no exige una decisión en particular, pues los principios tienen una dimensión que falta en las normas, la dimensión del peso o importancia. Los principios tienen una tendencia mayor que las normas en general. Ellos requieren para su total inteligibilidad y vigencia efectiva, de normas que históricamente los van proyectando en un orden particular de conductas" Vigo, Rodolfo, *Interpretación Jurídica*", Rubinzal Culzoni, pp.293.

⁴⁶ Gelli, Maria Angelica, Constitución de la Nación Argentina Comentada, ed. La Ley 2006, pp. 7

el sistema codificado a una casuística judicial orientada según principios⁴⁷. En este sentido, cuando un fiscal se enfrenta al caso analizará su relevancia jurídica, las posibilidades de elección en la determinación de las distintas decisiones y su justificación o fundamentación.

Por último, en cuanto a lo axiológico, podemos afirmar que la respuesta que se otorgue al caso particular no debe atender a la aislada correspondencia de la materialidad con la norma penal. Antes bien, el análisis axiológico excede el ámbito de lo filosófico e invade a todos los operadores que interpretan al Derecho en cada una de sus resoluciones, en las que la persona constituye el eje central de la valoración en un contexto de realidad social, siendo que esta última no es estática ni intemporal, ni tampoco de elección arbitraria para el Agente Fiscal. "La hermenéutica de la ley debe integrarse a su espíritu, a sus fines, al conjunto armónico del ordenamiento jurídico, y a los principios fundamentales del derecho en el grado y jerarquía en que éstos son valorados por el todo normativo, cuando la inteligencia de un precepto, basada exclusivamente en la literalidad de uno de sus textos conduzca a resultados concretos que no armonicen con los principios axiológicos, enunciados precedentemente, arribe a conclusiones reñidas con las circunstancias singulares del caso o a consecuencias notoriamente disvaliosas. De lo contrario, aplicar la lev se convertiría en una tarea mecánica incompatible con la naturaleza misma del derecho y con la función específica de los magistrados que les exige siempre conjugar los principios contenido en la ley con los elementos fácticos del caso, pues el consciente desconocimiento de unos u otros no se compadece con la misión de administrar justicia".48

Es decir, no se trata de mezclar el derecho penal con la moral, pues aquél no se ocupa de la virtud de la justicia, sino de garantizar exterior y objetivamente lo suyo de cada uno en orden al bien jurídico⁴⁹. De lo contrario, el derecho penal queda reducido solamente a coerción o sanción, avalorado, o bien, aproximado al

 $^{^{\}rm 47}$ Anuario de Filosofía Jurídica Social. Ed. Abeledo Perrot . 1993. pp.124.

⁴⁸ CSJN, Caso Saguir y Dib, Fallos 302:1284

⁴⁹ Vigo, Rodolfo Luis, *Interpretación jurídica (del modelo iuspositivisa legalista decimonónico a las nuevas perspectivas)*, Rubinzal Culzoni, 1999, pp.298.

concepto de injusticia cuando no puede resolver los casos que se presentan ante su jurisdicción.

En ese orden el art. 32 de la CADH indica que "Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática". El bien común al que alude el art. 32 es el de una "sociedad democrática", es decir, el de un Estado limitado, respetuoso de los derechos humanos y del ámbito de actuación de los grupos sociales, y en el que los ciudadanos tienen pleno derecho a participar en la adopción de las decisiones políticas y a compartir los beneficios de los logros comunes. ⁵⁰

Quizá el nudo gordiano tenga su centro con un *nuevo juicio de legalidad reinterpretada*, en el que el precepto constitucional actúa sobre la norma legal, dándole un contenido interpretativo diverso al que anteriormente tenía o al que mantenía la jurisdicción ordinaria, es decir, conservando el mismo texto legal, recibe un sentido diferente. ⁵¹

Ha expresado el Dr. Alfonso Santiago, y lo sostengo como conclusión final: "Sostenemos claramente que el principio de la igual e inviolable dignidad de la persona humana es el que fundamenta, orienta y limita todo el proceso democrático. La persona humana con su igual y eminente dignidad se sienta en la mesa de deliberación y negociaciones que caracteriza al sistema democrático no desde una posición débil y sumisa, sino desde una postura firme y exigente... Si la dignidad es el punto de partida, el bien común es el norte o meta hacia la que se dirige... el bien común es la natural consecuencia que se deriva de afirmar simultáneamente la dignidad y la sociabilidad de la persona humana" 52

⁵⁰ Alexy R. "Sistema jurídico. Principios jurídicos y razón práctica" Doxa 5, citado en Santiago Alfonso, *En las fronteras entre el dercho constitucional y la filosofía del derecho*, Mariel Pons. Barcelona. 2010, pp 102.

⁵¹ De Asis Roig, Rafael, Jueces y Normas. La decisión judicial desde el ordenamiento. Edit. Jurídicas SA. Madrid, 1995, pp 239

⁵² Santiago, Alfonso, En las fronteras entre el derecho constitucional y la filosofía del derecho, Marcial Pons. 2010, pp. 91

ADOPCIÓN MONOPARENTAL POST MORTEM Y CONCEPTO CONVENCIONAL DE FAMILIA

Emilce Noelia Moreno*

1. Introducción.

En el presente ensayo se pretende abordar lo referente al vínculo filial derivado de la adopción plena monoparental otorgada luego del fallecimiento de la adoptante, que surgió mediante un fallo dictado en la ciudad de Rosario en diciembre del 2019. Para ello, primeramente veremos un antecedente de similar plataforma fáctica resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Luego, analizaremos el concepto constitucional y convencional de familia y la protección integral que de ella manda efectuar tanto la Constitución Nacional como los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional. Veremos de qué manera se encuentra regulada dicha garantía en esos instrumentos y la interpretación que efectuó la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Finalmente, nos referiremos a la regulación legislativa contenida en el Código Civil y Comercial y a la laguna jurídica que se presenta en los supuestos de adopción monoparental post mortem. Concluiremos con una propuesta de reforma del artículo 605 de ese cuerpo legal, dando los fundamentos de su necesidad.

Por último, consideramos pertinente efectuar la aclaración respecto de que en la redacción del presente trabajo utilizaremos el masculino genérico para referirnos tanto a varones como a mujeres o a cualquier otro género autopercibido.

^{*} Abogada UNLPam. Especialista en Derecho Procesal de la Universidad Nacional General San Martín

1, El caso rosarino

El caso que motiva el presente trabajo es una sentencia dictada en diciembre de 2019 por la Jueza de Familia de la ciudad de Rosario, Valeria Vittori, en la que se otorga la adopción plena de una niña a una mujer soltera que había fallecido tres años antes.

La plataforma fáctica del caso puede resumirse diciendo que la adoptante era una mujer soltera que tenía una hija producto de una adopción anterior. En diciembre del año 2009, inició los trámites de adopción de la niña nacida en Oberá -Misiones- cuando esta tenía pocos meses de vida y la acogió en guarda provisoria. Desde ese momento, las tres mujeres formaron una familia y generaron un vínculo socio afectivo muy fuerte.

En marzo de 2016 se le otorgó la guarda preadoptiva, por lo que estaba muy cerca de lograr la adopción definitiva de su segunda hija. Sin embargo, en septiembre de ese mismo año, la mujer falleció inesperadamente sin poder culminar los trámites adoptivos.

No obstante ello, la magistrada decidió otorgar la adopción plena en favor de la causante. De esta manera, dispuso que la niña era hija legítima de la fallecida, por lo que llevaría su apellido, tendría vocación hereditaria y que ella y su hermana, quien estaba próxima a alcanzar la mayoría de edad, se quedarían al cuidado de una familia solidaria de la Subsecretaría de Niñez, Adolescencia y Familia de la provincia de Santa Fe.

Para así resolver, la Jueza consideró que la decisión era la mejor alternativa para garantizar el derecho a ser oída de la niña, su derecho a la identidad, su derecho hereditario y su derecho a vivir en familia. Además, tuvo en cuenta los informes del equipo interdisciplinario que certificaban del vínculo afectivo forjado entre la niña y la causante, a quien llamaba mamá, y entre aquella y su hermana, al punto de que la niña la consideraba un referente emocional luego del fallecimiento de su madre.

La importancia del fallo radica en que resuelve un típico caso de laguna legal, pues el Código Civil y Comercial no contempla esta situación, es decir, nada dice respecto de qué sucede si una vez otorgada la guarda preadoptiva o iniciado el trámite de adopción por un solo progenitor, este falleciera. El códex se limita a regular la

adopción post mortem cuando es articulada por dos personas y uno de la pareja fallece, reconociendo como adoptante al sobreviviente.

2. Antecedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

El precedente rosarino es el primero dictado en vigencia del Código Civil y Comercial, sin embargo con anterioridad existió un caso de igual plataforma fáctica iniciado en la provincia de Ente Ríos.

El precedente rosarino es el primero dictado en vigencia del Código Civil y Comercial, sin embargo con anterioridad existió un caso de igual plataforma fáctica iniciado en la provincia de Ente Ríos.

En efecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo oportunidad de expresarse respecto de la adopción monoparental post mortem en los autos "M. D. S., R. y otra s/ ordinario s/ nulidad de sentencia e impugnación declaratoria de herederos" 1, en fecha 26 de septiembre de 2012. El expediente llegó a conocimiento de la Corte en el marco de un proceso sucesorio, cuando los ascendientes de la causante impugnaron la declaratoria de herederos del hijo adoptivo de aquella que eliminaba su vocación hereditaria, con fundamento en que la adopción fue decretada con posterioridad al fallecimiento de la mujer.

Los hechos del caso se remontan al año 2005, cuando se otorgó a la causante la guarda preadoptiva de un niño de tan sólo ocho meses de vida, quien quedó a su cuidado y recibió el trato de hijo desde los primeros días de septiembre de 2003. Ello en virtud de que la solicitante había demostrado su solvencia e idoneidad moral, espiritual, afectiva, económica y material, y que en el hogar se había generado una realidad afectiva producto de una arraigada y consolidada estabilidad familiar.

Luego de aceptar el cargo de guardadora preadoptante en 2006, la mujer falleció como consecuencia de un accidente automovilístico, sin haber promovido el correspondiente juicio de adopción. Ante ello, y en virtud del vínculo que se había generado

_

¹ CSJN, "M. D. S., R. y otra s/ ordinario s/ nulidad de sentencia e impugnación declaratoria de herederos", fallo del 26 de septiembre de 2012, publicado en Fallos: 335: 1838.

entre la guardadora y el niño, quienes habían convivido por más de dos años y medio, la Defensora de Pobres y Menores N° 1 de Gualeguaychú, provincia de Entre Ríos, en ejercicio de la representación promiscua de este, solicitó como medida autosatisfactiva que se lo declare como hijo adoptivo de su guardadora fallecida por ser la solución que mejor contemplaba el interés superior del niño.

La pretensión fue admitida en primera instancia, concediéndose la adopción plena y ordenándose su anotación con el nombre que le había dado la causante desde su temprana edad y por el cual era pública y familiarmente conocido, designándosele como tutora legal a una hermana de la causante pues así lo había decidido aquella en su testamento ológrafo. De manera concomitante, los padres de la mujer promovieron la sucesión ab intestato de su hija, en la que el niño fue declarado único heredero en el año 2007.

Por su parte, la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral de Entre Ríos confirmó la sentencia que designó tutora del niño a la hermana, con fundamento en la disposición de última voluntad.

Los padres de la mujer adoptante iniciaron una acción autónoma de revisión de cosa juzgada a fin de obtener la nulidad de la sentencia que hizo lugar a la adopción y declaró heredero al niño, alegando que este los desplazaba de la línea sucesoria. El Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Entre Ríos hizo lugar a la acción, casó la sentencia de cámara y declaró la nulidad de las citadas resoluciones. Ante ello, el Defensor General de esa Provincia interpuso recurso extraordinario federal, que al ser rechazado motivó la queja.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación dejó sin efecto la sentencia recurrida. Conforme lo expuesto, la decisión de la Corte consistió en anular la sentencia recurrida, considerando válida la adopción y, por consiguiente, la declaración como heredero del niño.

En lo que aquí concierne, luego de remitir a los argumentos expuestos por la Procuradora Fiscal, recordó lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el precedente "Fornerón", en el cual se dijo que "toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho de un niño o niña, debe tomar en cuenta el interés superior del niño y

ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia". Agregó que para el organismo internacional, dicho interés "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", por lo que en todos los procesos donde esté en juego su cuidado y custodia la decisión debe "partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso".²

Por otro lado, destacó que cuando se trata de resguardar el interés superior del niño los jueces están compelidos a buscar soluciones que se correspondan con la urgencia de la naturaleza de las pretensiones y a encauzar los trámites por vías expeditivas, a fin de evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de los derechos que cuentan con particular tutela constitucional. Además, resu1ta tota1mente desvirtuada 1a misión de los tribuna1es especia1izados en temas de familia si estos se 1imitan a decidir problemas humanos mediante la aplicación de una suerte de fórmulas modelos prefijados, desentendiéndose de las circunstancias del caso que la ley les manda concretamente valorar.

Asimismo, aseguró que el interés superior del niño proporciona un parámetro objetivo que permite hacer prevalecer por sobre todos los intereses en juego, el del sujeto más vulnerable y necesitado de protección. Por ello, los tribunales deben ser sumamente cautos en modificar situaciones de hecho respecto de personas menores de edad.

Finalmente, concluyó que lo resuelto por el máximo tribunal provincial importó la desvinculación del menor de la persona que lo cuidó en los primeros años de su existencia y generó 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 su hijo en uno de sus testamentos ológrafos.

3. Concepto constitucional y convencional de familia

² CSJN, "M. D. S., R. y otra s/ ordinario s/ nulidad de sentencia e impugnación declaratoria de herederos", fallo del 26 de septiembre de 2012, publicado en Fallos: 335: 1838.

Volviendo al caso que nos ocupa, debemos hacer algunas aclaraciones respecto al concepto constitucional y convencional de familia. Ello se vuelve necesario para poder entender la enorme responsabilidad social que tenía la jueza de familia en dictar el fallo en cuestión y la repercusión jurídica y social que conlleva.

Es sabido que en nuestra República nos rige el bloque de constitucionalidad compuesto por la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional originaria del art. 75 inc. 22 de la CN, los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional derivada, las Opiniones Consultivas y las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En todos estos niveles existe una protección amplia de la familia.

4. Un repaso por la regulación constitucional y convencional

En el texto constitucional propiamente dicho encontramos que la Carta Magna impone como obligación estatal la protección integral de la familia en el artículo 14 bis. Al respecto, María Angélica Gelli sostiene que la norma reconoce como sujeto de protección a la familia, aun cuando tal tutela se lleve a cabo mediante la tramitación de acciones administrativas o judiciales de sus miembros. Indica, además, que dicha tutela comprende la defensa del bien de familia, extrayendo de la garantía de los acreedores a la vivienda familiar; la compensación económica familiar, consistente en la asignación salarial que se adiciona a la remuneración del trabajador; y el acceso a la vivienda digna, en interpretación sistémica con el inc. 19 del art. 75 de la Constitución Nacional.³

Además, y como parte integrante y complementaria de los derechos y garantías comprendido en el cuerpo de la Constitución Nacional, tenemos diferentes Tratados Internacionales que establecen igual protección. Así, podemos citar la Declaración Universal de Derechos Humanos que reconoce a la familia como el elemento natural y fundamental de la sociedad que tiene derecho a la

³ GELLI, María Angélica. Constitución de la Nación Argentina: Comentada y Concordada. 2ª Edición. Buenos Aires, La Ley, 2004, pág. 129.

protección por parte de esta y del Estado (art. 16.3). También dispone la inviolabilidad de la vida familiar repudiando las injerencias arbitrarias en la misma (art. 12); el derecho de todo hombre y mujer, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a fundar una familia (art. 16); el derecho del trabajador de cobrar una remuneración equitativa y satisfactoria que le asegure la subsistencia propia y de su familia (art. 23.3); y el derecho a un nivel de vida adecuado que asegure al individuo y a su familia la salud, bienestar, alimentación, vestimenta, vivienda, asistencia médica y servicios sociales necesarios (art. 25).

Por otro lado, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece que toda persona tiene derecho a constituir una familia y a recibir protección para ella, a la cual reconoce como elemento fundamental de la sociedad (art. VI). Asimismo, impone la protección de la ley contra los ataques abusivos a la vida familiar (art. V) y la remuneración justa que asegure un nivel de vida conveniente para el trabajador y su familia (art. XIV).

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos concede a la familia el lugar de elemento natural y fundamental de la sociedad, debiendo ser protegida por esta y por el Estado (art. 17.1). Reconoce el derecho del hombre y la mujer a fundar una familia (art. 17.2) y a no ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida familiar (art. 11). Por otro lado, expresamente establece que los ciudadanos de los Estados Partes tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad, pues los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática (art. 32).

Finalmente, si bien la Convención prevé supuestos de suspensión de las obligaciones contraídas (art. 27.1), expresamente excluye de esa posibilidad a la protección de la familia y las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos (art. 27.2).

En el mismo orden de ideas, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales también se refieren a la protección de la familia. Siguen la línea de los instrumentos antes mencionados y la declaran como elemento natural y fundamental de la sociedad, con derecho a la protección por parte de esta y del Estado (art. 23.1

PIDCP y art. 10.1 PIDESC). Agregan un punto interesante en este aspecto, pues el segundo de los citados instrumentos indica que los Estados Partes reconocen que se debe conceder a la familia la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo (art. 10.1 PIDESC).

Respecto de los derechos individuales de las personas establecen la protección contra las injerencias arbitrarias en la vida familiar (art. 17.1 PIDCP), el derecho a fundar una familia (art. 23.2 PIDCP) y a tener condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que aseguren al trabajador una remuneración que le proporcione una existencia digna para él y su familia (art. 7, a.ii PIDESC). Además, consagran el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y para su familia, incluida la alimentación, vestimenta y vivienda adecuados y a una mejora continua de las condiciones de existencia (art. 11.1 PIDESC).

También la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer reconoce el derecho de las mujeres a que se respete la dignidad inherente a su persona y que se proteja a su familia (art. 4, inc e).

Por último, resta recordar lo dispuesto por la Convención de los Derechos del Niño. Allí, se impone la obligación de los Estados Partes de respetar el derecho del niño a preservar su identidad, dentro de la cual se incluye la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley, sin injerencias ilícitas (art. 8.1). Además, establece que ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada y en su familia, y que las leyes deben protegerlo de tales actos (art. 16).

4.1. Protección de la familia en Argentina. Conforme la normativa expuesta, podemos afirmar que el concepto constitucional y convencional de familia que rige en nuestro ordenamiento jurídico es amplio, abarcativo de todo tipo de construcción social que esté amalgamada por vínculos socioafectivos que puedan identificarse como filiales y/o fraternales.

Ello por cuanto, tanto la Constitución Nacional como los diferentes Tratados citados hablan de la protección integral de la

familia de manera genérica, sin especificar que debe entenderse por tal, ni mucho menos adoptar un modelo tipo de familia.

En el Sistema Americano de Protección de los Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos coloca a la familia en el lugar de elemento natural y fundamental de la sociedad, sin indicar a qué modelo de familia se refiere. Por ello, debemos entender que impone una protección general para todas las familias sin detenernos a evaluar cómo están conformadas. Pues si el texto del Tratado no especifica, tampoco corresponde que lo hagan sus intérpretes, por lo menos no en el sentido de limitar sus alcances.

Cabe aclarar, además, que si bien en la mayoría de los pactos mencionados se hace referencia al derecho a fundar una familia y a la igualdad de derechos para ambos cónyuges en caso de matrimonio en la misma oración, se trata de dos cuestiones distintas que pueden o no convergir. Es decir, al regular lo concerniente a la vida familiar de las personas, lo hacen sobre la base de dos pilares fundamentales, el derecho a fundar o constituir una familia y el derecho a contraer un matrimonio libre y consentido con igualdad jurídica entre los cónyuges.

En ese orden de ideas, "el derecho a la constitución y a la protección de la familia constituye un derecho complejo, estrechamente relacionado con otros asuntos esenciales de derechos humanos y vinculado estrechamente con el derecho a la igualdad y a la no discriminación".⁴

4.2. Estándares del sistema interamericano. Resulta casi forzosa la referencia al precedente "Fornerón e hija vs. Argentina" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pues se pueden extraer diferentes estándares que resultan de aplicación a nuestro caso.

En efecto, la Corte IDH indicó que el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia, opción que debe ser excepcional y temporal. Además, señaló

⁴ BADILLA, Ana Elena. "El derecho a constitución y la protección de la familia en la normativa y la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos". Publicado en http://www.corteidh.or.cr/tablas/a22086.pdf

que en casos de cuidado y custodia de menores de edad la determinación del interés superior del niño se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo de aquel, basándose en los daños o riesgos reales, probados y no especulativos o imaginarios, para su bienestar.

Por lo expuesto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia, pues en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo de esta.

También indicó que "el derecho de protección a la familia, reconocido en el artículo 17 de la Convención Americana conlleva, entre otras obligaciones, a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. Asimismo, como ha sido indicado en la Opinión Consultiva OC-17, una de las interferencias estatales más graves es la que tiene por resultado la división de una familia".⁵

Los estándares expuestos fueron replicados por la Corte Interamericana en un reciente precedente sobre adopción internacional, cual es el caso "Ramírez Escobar y Otros vs. Guatemala" del 9 de marzo de 2018.6

El análisis de la interpretación dada por la Corte IDH no es en vano, pues la propia Convención Americana prevé expresamente la obligatoriedad de sus decisiones. Así, en su artículo 68 dispone que los Estados se comprometen a cumplir las resoluciones adoptadas por ese órgano en todos aquellos casos en que sean partes.

En ese orden de ideas, los artículos primero y segundo de ese Tratado contienen la obligación de cumplir y ejecutar las decisiones adoptadas por aquella, al establecer que los Estados Partes se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos por la

160

_

⁵ Corte IDH, "Fornerón e hija vs. Argentina", considerando 116, fallo del 27 de abril de 2012, accedido en http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec 242 esp.pdf.

⁶ Corte IDH, Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de marzo de. 2018. Serie C No. 351

Convención Americana de Derechos Humanos, y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción. A fin de poder lograr su plena vigencia, disponen que si el ejercicio de tales derechos y libertades no estuviere ya garantizado por el ordenamiento jurídico interno de los Estados, estos tienen el deber de adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacerlos efectivos.

Por otro lado, en el plano interno la Corte Suprema de Justicia de la Nación se expidió en favor de la obligación del Estado Argentino de cumplir con las decisiones del Tribunal Interamericano, pues de no ser así se vería comprometida su responsabilidad internacional. De este modo sus sentencias deben ser cumplidas por los órganos estatales en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, son obligatorias para la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación.⁷

En conclusión, por la normativa interna e internacional citada y la interpretación que de ella hace la Corte IDH, en Argentina el concepto de familia debe ser entendido en un sentido amplio, no limitado por modelos sesgados o estereotipados, comprensible de todas aquellas relaciones generadas entre personas humanas unidas por vínculos socioafectivos que puedan ser calificados como filiales y/o fraternales. Es dable aclarar que dicha calificación debe efectuarse bajo el prisma del sentido común, de las máximas de la experiencia y de la sana crítica, más allá de la calificación jurídica o legal que revista formalmente la situación.

5. Adopción monoparental post mortem. Necesidad de una reforma legislativa

Establecido así el alcance amplio de la protección a la familia en el ordenamiento jurídico argentino, resta conocer cómo se regula específicamente la adopción monoparental y la adopción post mortem en el Código Civil y Comercial.

Comienza el códex definiendo a la adopción como la institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de niños,

161

 $^{^7}$ CSJN, expediente N°4499/13, Resolución N° 477/15 del 25 de marzo de 2015.

niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando éstos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen (art. 594 CCC). Como es evidente, la adopción no responde a un hecho biológico, por lo tanto sólo puede ser otorgada por sentencia judicial, la cual emplaza al adoptado en el estado de hijo.

Esta institución debe regirse por una serie de principios estatuidos en el mismo cuerpo normativo, entre los que encontramos el interés superior del niño; el respeto por el derecho a la identidad; el agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada; la preservación de los vínculos fraternos, priorizándose la adopción de grupos de hermanos en la misma familia adoptiva o, en su defecto, el mantenimiento de vínculos jurídicos entre los hermanos, excepto razones debidamente fundadas; el derecho a conocer los orígenes; 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, siendo obligatorio requerir su consentimiento a partir de los diez años (art. 595 CCC). La enumeración efectuada es meramente enunciativa y tiende a servir de pauta interpretativa o guía en la decisión que deben adoptar los magistrados, pues existen numerosos derechos y principios relacionados con la adopción y la protección de la familia que no han sido receptados por el artículo.

En lo que aquí concierne, pueden ser declarados como adoptantes los cónyuges en un matrimonio, ambos integrantes de una unión convivencial o una única persona (art. 599 CCC). Al establecer la norma que "una única persona" puede ser adoptante, modificó el régimen jurídico imperante hasta ese momento y autorizó la adopción monoparental, es decir, la iniciada por una sola persona sin necesidad de acreditar que se encuentra unida en matrimonio o integrando una unión convivencial.

De esta manera, el estado civil del solicitante interesa sólo a los fines de la adopción conjunta por personas casadas o convivientes. En efecto, esa es la regla que impone el artículo 602 del Código Civil y Comercial, la cual sólo se flexibiliza en caso de que el cónyuge o conviviente haya sido declarado incapaz o de capacidad restringida y la sentencia le impide prestar consentimiento válido, o cuando los cónyuges están separados de hecho, casos en los que se

autoriza la adopción unipersonal por personas casadas o en unión convivencial (art. 603 CCC).

Sobre la posibilidad de instituir como adoptante a una persona fallecida, la legislación la recepta únicamente en caso de adopción conjunta y fallecimiento de uno de los guardadores. Esto ocurre cuando la guarda con fines de adopción se otorgó durante el matrimonio o unión convivencial y el período legal se completa después del fallecimiento de uno de los cónyuges o convivientes, en cuyo caso el magistrado se encuentra facultado para otorgar la adopción al sobreviviente y generar vínculos jurídicos de filiación con ambos integrantes de la pareja (art. 605 CCC).

Ahora bien, dada la normativa expuesta, encontramos que el derecho privado nacional recepta la facultad de otorgar la adopción unipersonal o monoparental cuando sea solicitada por una persona que acredite que cumple con los requisitos que se fijan al efecto (vg. edad, diferencia de edad con el adoptado, no ser ascendiente ni hermano del adoptado, etc). Además, se regula expresamente la posibilidad de decretar la adopción post mortem respecto del guardador fallecido sólo cuando el trámite de guarda preadoptiva fue iniciado por una pareja, acreditando su vínculo de cónyuges o convivientes inscriptos (art. 605 del CCC).

No obstante, sobre la combinación de ambas situaciones jurídicas no hay nada previsto legalmente, es decir, existe una laguna normativa respecto a la posibilidad de otorgar la adopción monoparental luego del fallecimiento de la persona que obtuvo la guarda preadoptiva. Y es aquí donde entra en juego el fallo que motivó este trabajo.

Esto no es una cuestión menor, pues se trata de un supuesto que es sumamente factible, toda persona está sujeta a los avatares de la vida y puede suceder que luego de obtener la guarda preadoptiva de un niño, fallezca. Por otro lado, llama la atención el hecho de que a la fecha de sanción del Código Civil y Comercial ya existía un precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el que, a consecuencia de dejar sin efecto la resolución recurrida, se tiene como válida jurídicamente la adopción otorgada a una persona soltera fallecida con posterioridad a obtener la guarda preadoptiva pero antes de iniciar el trámite adoptivo propiamente dicho.

El agregado propuesto se fundamenta en el concepto vasto de familia y en el alcance amplio del deber de protección de esta por parte del Estado y la sociedad. Tal como se dijo anteriormente, tanto la Constitución Argentina como los Tratados de Derechos Humanos que la complementan (art. 75, inc22 CN), receptan y propugnan una protección ardua y extensa de la familia, sin adoptar modelos ni tipos específicos, comprendiendo todas las relaciones interpersonales que generen vínculos socioafectivos que puedan asimilare a los filiales y/o fraternales.

En esas condiciones, se torna necesaria la reforma legislativa del art. 605 del Código Civil y Comercial mediante la incorporación de un tercer párrafo y la consecuente adecuación del resto de las disposiciones que sean pertinentes. Proponemos que la norma quede redactada de la siguiente manera:

Artículo 605. Adopción y fallecimiento del guardador. 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.

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.

Cuando la guarda con fines de adopción del niño, niña o adolescente se hubiese otorgado a una única persona y el período legal se completa después de su fallecimiento, el juez puede otorgar la adopción y generar vínculos jurídicos de filiación entre el niño, niña o adolescente y el guardador fallecido.

El agregado propuesto se fundamenta en el concepto vasto de familia y en el alcance amplio del deber de protección de esta por parte del Estado y la sociedad. Tal como se dijo anteriormente, tanto la Constitución Argentina como los Tratados de Derechos Humanos que la complementan (art. 75, inc22 CN), receptan y propugnan una

protección ardua y extensa de la familia, sin adoptar modelos ni tipos específicos, comprendiendo todas las relaciones interpersonales que generen vínculos socioafectivos que puedan asimilare a los filiales y/o fraternales.

En consecuencia, los magistrados no pueden desentenderse en un caso de adopción monoparental post mortem alegando la falta de regulación interna, pues están compelidos a fallar conforme la normativa convencional y constitucional, abogando por una adecuada protección de la familia. Caso contrario, se vería comprometida la responsabilidad internacional de Argentina en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

efecto, la Convención Americana sobre Derechos expresamente prevé que los Estados Humanos Partes comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a todo ser humano que esté sujeto a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social (art. 1 CADH). Para poder garantizar esa tutela, la Convención los obliga a adoptar disposiciones en su ordenamiento jurídico interno cuando el ejercicio de esos derechos y libertades no estuviere ya garantizado, en cuyo caso los Estados Partes se comprometen a adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades (art. 2 CADH).

En ese entendimiento, el Tratado prohíbe que sus disposiciones puedan ser interpretada en el sentido de permitir a los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos o limitarlos en mayor medida que la prevista; o de excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática y representativa de gobierno (art. 29 CADH). A este respecto, debemos recordar lo establecido por la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, que impone la obligación de los Estados Partes en los acuerdos transnacionales de cumplir con lo pactado, pues estos se celebran para ser ejecutados de buena fe, incluso cuando contravenga una norma interna cualquiera sea la jerarquía de la misma (art. 26). Tal es así, que los Estados no podrán invocar las

disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado (art. 27).⁸

En el plano interno también encontramos argumentos a favor de la incorporación legislativa de la adopción monoparental post mortem.

En primer lugar, es dable resaltar que si bien la guarda preadoptiva puede no llegar a la adopción, lo cierto es que el Código Civil y Comercial regula a ambas como tramos del mismo proceso adoptivo, retrotrayendo los efectos de la sentencia que otorga la adopción a la fecha de otorgamiento de la guarda (art. 618 CCC). Ergo, el emplazamiento filial se remonta a la fecha en que el niño, niña o adolescente comienza la convivencia con el guardador, pues se presume que es en ese momento que empiezan a generarse los lazos socioafectivos que los unirán en lo sucesivo.

En segundo lugar, parecería que la solución propuesta por el código de fondo para el supuesto en análisis es una nueva declaración de adoptabilidad del niño, niña o adolescentes, pues estatuye que en caso de muerte del o de los adoptantes se puede otorgar una nueva adopción sobre la persona menor de edad (art. 599 CCC). Consideramos que esta opción es poco viable en supuestos de similar plataforma fáctica que el caso rosarino, ya que cuando el niño, niña o adolescente presenta posesión de estado filial durante un tiempo prolongado y cuenta con la edad y grado de madurez suficiente como para comprender que será otorgado a otra familia, sin considerar el dolor que padece por el fallecimiento de quien fuera su padre o madre, resulta sumamente perjudicial para su integridad psicofísica.

En tercer lugar, en el código referenciado se instituyó el deber de prevención del daño, mediante el cual toda persona tiene la obligación, en cuanto de ella dependa, de evitar causar un daño no justificado; de adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; y de no agravar el daño, si ya se produjo (art. 1710 CCC). Si bien se encuentra ubicado dentro de la regulación de la

_

 $^{^8}$ Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, adoptada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el derecho de los tratados en el año 1969, fecha en que fue suscripta por la República Argentina, y ratificada por Ley Nº 19865.

función preventiva de la responsabilidad civil, lo cierto es que se trata de un principio general del derecho que es de aplicación transversal en todo el ordenamiento jurídico, pues posee rango constitucional. En esas condiciones se expresó la Corte Suprema de Justicia de la Nación indicando que la adecuada protección del derecho a la vida y a la integridad psicofísica de las personas exige que se confiera al *principio alterum non laedere* toda la amplitud que éste amerita, así como evitar la fijación de limitaciones en la medida en que impliquen alterar los derechos reconocidos por la Constitución Nacional.⁹

Así las cosas, la modificación legislativa planteada se formula siempre desde la óptica del interés superior del niño y como una facultad o prerrogativa del magistrado, que puede o no utilizar conforme las circunstancias de hecho de la causa con la finalidad de prevenir posibles daños futuros en el niño, niña o adolescente. Lo primero deviene obligatorio por la Convención sobre los Derechos del Niño y el art. 595 del Código Civil y Comercial, lo segundo se infiere de la redacción del párrafo propuesto en cuanto dispone que el juez *podrá* otorgar la adopción.

En efecto, la mencionada Convención dispone que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen los tribunales se debe adoptar como consideración primordial el interés superior del niño (art. 3.1 CDN). Mismo criterio replica al tratar la adopción, pues establece que los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción deberán garantizar que el interés superior del niño sea la consideración primordial (art. 21 CDN). Además, impone la obligación de estos de adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole que sean necesarias para dar efectividad a los derechos reconocidos en la Convención (art. 4 CDN).

Para esclarecer lo expuesto, en la Observación General Nº 5 el Comité de los Derechos del Niño entendió que los tribunales han de implementar el principio del mejor interés del niño analizando sistemáticamente cómo los derechos y las conveniencias de este se verán afectados por las decisiones que habrán de asumir. También indicó que ello no se limita exclusivamente a los beneficios en el

167

_

⁹ CSJN, "Rodríguez Pereyra Jorge Luis y otra c. Ejército Argentino s/ daños y perjuicios", del 27/11/2012, Fallos 335:2333.

plano económico o social, sino que impone ponderar las implicancias que la sentencia pueda tener sobre la personalidad en desarrollo¹⁰.

Por último, en concordancia con el art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el Código Civil y Comercial dispone que el niño, niña o adolescente es parte en el juicio de adopción, lo que implica que debe comparecer con asistencia letrada si tiene edad v grado de madurez suficiente y que el juez está compelido a oír personalmente al pretenso adoptado y tener en cuenta su opinión según su edad y grado de madurez (art. 617 CCC). Además, la norma preceptúa que el pretenso adoptado mayor de diez años debe prestar consentimiento expreso, por lo que en un proceso en el que se deba dilucidar el otorgamiento de la adopción monoparental post mortem o declarar un nuevo estado de adoptabilidad del niño, niña o adolescente, el magistrado no sólo debe entrevistarlo y escuchar su opinión sino que debe requerir su consentimiento expreso en uno u otro sentido. Ese consentimiento no es meramente formal, es un elemento de peso en la decisión judicial, debiendo el magistrado reforzar el fundamento de su resolución en caso de apartarse de él.

6. Compatibilidad con el régimen sucesorio

Analizado lo que antecede, resta evaluar si existe alguna norma en el microsistema del derecho sucesorio que prohíba o limite la capacidad para suceder del adoptado en el supuesto de que se declare la adopción monoparental luego del fallecimiento de quien ostentaba la guarda preadoptiva.

En primer término, debemos tener presente que el Código Civil y Comercial prevé que la muerte real o presunta de una persona causa la apertura de su sucesión y la transmisión de su herencia a las personas llamadas a sucederle (art. 2277 CCC). Es decir, la muerte, la apertura de la sucesión y la transmisión de la herencia operan en el mismo instante, por lo que "es ese el momento que hay que tener en cuenta para la determinación del caudal relicto y de los herederos que actualizan su vocación", y para la verificación

168

 $^{^{10}}$ Comité de los Derechos del Niño. Observación General Nº 5, "Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (articulos 4 y 42 y parág. 6 del artículo 44)".

del requisito de la existencia del sucesor (art. 2424 CCC) y la determinación de su habilidad para suceder al causante (art. 2279 CCC).¹¹

En lo que aquí concierne, el citado código establece que pueden suceder al causante las personas humanas existentes al momento de su muerte, sin efectuar calificación especial respecto de estas (art. 2279 CCC), y que las sucesiones intestadas se defieren a los descendientes del causante (art. 2424 CCC). Además, el adoptado tiene los mismos derechos hereditarios que el hijo por naturaleza y mediante técnicas de reproducción humana asistida (art. 2430 CCC).

En consecuencia, el adoptado póstumamente tiene capacidad para suceder al adoptante, pues es una persona física existente al momento de la muerte (art. 2279 CCC), que, a su vez, reviste el carácter de descendiente del causante en los mismos términos que los hijos por naturaleza (arts. 2424 y 2430 CCC). Ello por cuanto, donde la ley no efectúa calificación especial ni prohíbe, no corresponde que lo haga el juzgador (art. 19 CN). A este respecto, efectuando una interpretación sistémica del código, debemos recordar que la sentencia que otorga la adopción tiene efecto retroactivo a la fecha de otorgamiento de la guarda preadoptiva, por lo que el emplazamiento filial se remonta a la fecha en que el niño, niña o adolescente comenzó la convivencia con el guardador (art. 618 CCC).

Así las cosas, entendemos que en el microsistema del derecho sucesorio no existe ninguna regulación que limite la capacidad para suceder del hijo cuya adopción se decretó luego del fallecimiento del adoptante. No obsta a lo expuesto el hecho de que el heredero debe existir y poseer vocación hereditaria al ocurrir la transmisión de la herencia en el instante exacto de la muerte, pues ese principio reviste excepciones que el mismo Código establece, a saber: las personas físicas nacidas después de la muerte del causante mediante técnicas de reproducción humana asistida, en los términos del art. 561 CCC, y las fundaciones creadas por el causante en su testamento (art. 2279 CCC). En ese entendimiento, y respecto de las primeras, autorizada doctrina indicó que la regulación "no obsta a la acción que

169

_

¹¹ LLOVERAS, Nora; ORLANDI, Olga y FARAONI, Fabián. *Derecho de Sucesiones. Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.944.* Tomo I. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2018, pag. 56-57.

corresponda a los nacidos, sin el cumplimiento de tales requisitos, por invocación de normas de jerarquía superior que no admitan tal discriminación".¹²

A su vez, compartimos el criterio sostenido por parte de la doctrina en cuanto a que existe otro supuesto de excepción, contemplado en el art. 605 CCC, cuando la guarda con fines de adopción se otorgó durante el matrimonio o unión convivencial y el período legal se completa después del fallecimiento de uno de los cónyuges o convivientes. En este caso, el juez se encuentra facultado para otorgar la adopción al sobreviviente y generar vínculos jurídicos de filiación con ambos integrantes de la pareja. Ergo, en el derecho patrio se recepta legislativamente la posibilidad de decretar la adopción luego del fallecimiento de la persona a quien el adoptado heredará, pues se lo emplaza en el estado de hijo (art. 2430 CCC). 13

7. Conclusión

En conclusión, luego de analizar la normativa constitucional propiamente dicha y los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos con jerarquía constitucional, así como la legislación nacional, podemos afirmar que deviene sumamente necesaria la reforma legislativa del art. 605 del Código Civil y Comercial, con la consecuente adecuación de las demás normas que sean pertinentes. En efecto, proponemos la incorporación de un tercer párrafo en el que se recepte la posibilidad de otorgar la adopción monoparental o unipersonal al guardador fallecido luego de obtener la guarda preadoptiva pero con anterioridad a iniciar o concluir el juicio de adopción.

Ello responde, en primer término, a ponderar al interés superior del niño, niña o adolescente involucrado en la cuestión, quién forjó lazos familiares con su guardador y constituyó un vínculo socioafectivo que puede asemejarse a una relación filial. En

¹² LORENZETTI, Ricardo Luis. Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado. Tomo X. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni. 2015, pág. 401.

¹³ CLUSELLAS, Eduardo Gabriel. *Código Civil y Comercial. Comentado, anotado y concordado.* Tomo 7. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Astrea. 2015, pág. 868.

segundo lugar, resulta apremiante adecuar la legislación interna a la normativa convencional impuesta por los diferentes instrumentos analizados, en los que la protección de la familia resulta un pilar fundamental de las obligaciones asumidas por el Estado Argentino y posee un alcance amplio, sin adherir a ningún modelo estereotipado de aquella.

A este respecto, la Corte Interamericana interpretó que la adecuación de la normativa interna a los parámetros establecidos en la Convención implica la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. También indicó que "el derecho de protección a la familia, reconocido en el artículo 17 de la Convención Americana conlleva, entre otras obligaciones, a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. Asimismo, como ha sido indicado en la Opinión Consultiva OC-17, una de las interferencias estatales más graves es la que tiene por resultado la división de una familia". 14

En consecuencia, la adopción monoparental post mortem no está regulada legislativamente en Argentina, pero resulta procedente por la aplicación e interpretación sistémica y armoniosa del texto constitucional y de todos los instrumentos de derechos humanos con jerarquía constitucional. No obstante lo cual, creemos conveniente que se elimine la laguna legal existente al respecto y se instituya expresamente esta posibilidad, con la finalidad de evitar sentencias contradictorias al respecto con las correspondiente repercusiones en las vidas de los niños, niñas o adolescentes que se encuentren involucrados.

¹⁴ Corte IDH, Caso Fornerón e hija Vs. Argentina. Fondo,. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 242

REDEFINIENDO EL CONCEPTO DE FAMILIA.

LAS UNIONES CONVIVENCIALES Y LA VIVIENDA.

Diego José Mayordomo*

1. Introducción.

Como nos indican los fundamentos del anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCyC) el progresivo incremento del número de personas que optan por organizar su vida familiar a partir de una unión convivencial constituye una constante en todos los sectores sociales y ámbitos geográficos.

Las familias de hecho se han convertido en la actualidad de Argentina, en la regla y no ya en la excepción. La ley ha acudido a proteger estas situaciones que no estaban reglamentadas y procedió a regular opciones de vidas propias de una sociedad pluralista, en la que conviven diferentes visiones que el legislador no puede desatender. Como siempre la norma va detrás de los hechos, y así ha sucedido con el instituto de las Uniones Convivenciales.

El CCyC las ha reglamentado, desde el año 2015, a partir del artículo 509, estableciendo la forma de constitución y prueba, los pactos de convivencia, sus efectos y el cese de la misma.

El presente código cambia la concepción de familia que teníamos con el código velezano, abriendo un sin número de situaciones que intentaremos analizar en este breve comentario a la legislación de las uniones convivenciales.

La posibilidad de autorregulación de los convivientes a través de la formalización de un pacto convivencial abre un abanico de

^{*} Procurador, Abogado y Escribano de la UNLPam. Titular de Registro Notarial Nº 4 Depto. Chapaleufú (LP). Docente Derechos Reales FCEyJ de la UNLPam.

oportunidades para los operadores del derecho en su conjunto, asumiendo una tarea fundamental en la elaboración de dichos pactos.

Todos los derechos consagrados en este capítulo del CCyC deben conjugarse y articularse de manera armonizada y coherente con el régimen matrimonial. En la tensión entre autonomía de la voluntad y orden público el CCyC reconoce efectos jurídicos a las uniones convivenciales pero de manera limitada.

2. Concepto y ámbito de aplicación.

El CCyC en su artículo 509 nos expresa que las disposiciones de este título se aplican a las uniones basadas en "relaciones afectivas" de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que conviven y comparten un proyecto de vida en común, sean del mismo sexo o no.

Por un lado cabe remarcar que necesariamente estas uniones deben ser relaciones afectivas para quedar encuadradas en esta regulación. La Real Academia Española entiende por "afectividad" el conjunto de sentimientos, emociones y pasiones hacia una persona. Por lo tanto para quedar protegido, por la normativa en estudio, necesariamente entre los convivientes debe haber una relación de afectividad, sin aclarar el artículo qué tipo de afectividad puede existir entre las personas. Pareciera, que no necesariamente, tiene que existir una relación de tipo "amorosa", sino que podrían llegar a ser dos amigos que tengan un grado de afectividad, primos o cualquier tipo de relación afectiva que pudiéramos llegar a imaginar, cumpliendo con los requisitos de los artículos 509 y 510.

El artículo también exige que la relación tenga carácter singular derivándose en consecuencia que no pueden coexistir dos o más uniones convivenciales en una persona. También debe ser pública, esto es, conocida por todos.

Debe ser *notoria*, o sea, clara y evidente, sabido por todos. Otro de los requisitos es que sea *estable*, la duración no puede ser inferior a dos años, tal como comentaremos en los párrafos subsiguientes. Y por último debe ser de carácter *permanente*, de lo que se desprende que no debe ser una relación afectiva transitoria.

El artículo expresamente aclara que solo dos personas, no pueden ser más, y solo pueden ser "personas", no estando protegida ninguna otro tipo de relación.

Necesariamente esas dos personas deben convivir, esto significa vivir ambos en una misma vivienda, en una misma morada. No quedan enmarcadas en esta normativa dos personas que tengan una relación afectiva y que no convivan en un mismo lugar. Por lo tanto es inescindible el requisito de la convivencia bajo un mismo techo.

A continuación el artículo agrega que las personas compartan un proyecto de vida en común, un término amplio, por el que entendemos que el espíritu del legislador significa que deben esencialmente compartir un camino de vida y tener proyectos a futuro juntos durante el tiempo de convivencia. Pensamos que el concepto de compartir un proyecto de vida en común es un concepto que es teñido de subjetividad y que dependerá de cada unión en particular qué entiende por dicho concepto.

Y finalmente el artículo realiza una aclaración superflua e innecesaria, luego de indicar que deben ser dos personas, agrega, sean del mismo o diferente sexo. Creemos que este último agregado sobreabunda, ya que el artículo expresamente dice dos personas, no siendo necesaria la aclaración de la última parte de la norma.

3. Requisitos.

Además de lo indicado en el artículo 509, en el artículo 510 se regulan los requisitos para que este tipo de relaciones afectivas generen determinados efectos jurídicos. El CCyC sigue la postura de varias legislaciones extranjeras y de leyes nacionales que otorgan ciertos efectos a las uniones convivenciales exigiendo un plazo de permanencia y estabilidad mínima de la unión.

Con la serie de requisitos que seguidamente detallaremos los legisladores buscaron resguardar la seguridad jurídica y evitar la arbitrariedad que podría derivarse de la indeterminación normativa.

El primero de los requisitos indica que los dos integrantes sean mayores de edad. Vuelve a señalar lo dicho en el artículo 509 con respecto a que solo sean dos los integrantes. Y a continuación dice que sean mayores de edad, lo que excluye su encuadre en la norma que prevé una relación afectiva donde ambos sean menores, o uno de ellos sea menor de edad. Expresamente queda establecido que los dos deben ser mayores de edad. Por lo tanto la norma nos dirige al artículo 25 del CCyC donde expresa la mayoría de edad a los 18 años, siendo exigencia para quedar amparados en la normativa que ambos integrantes de la relación afectiva tengan como mínimo la edad indicada.

El segundo de los requisitos nos dice que no estén unidos por vínculos de parentesco en línea recta en todos los grados, ni colateral hasta el segundo grado. Aquí nos debemos remitir al artículo 532 y siguientes donde nos indica que la línea recta es la que une a los ascendientes y descendientes, y la colateral la que une a los descendientes de un tronco común.

Por lo tanto no podría en ningún grado un ascendiente y un descendiente querer ampararse en la normativa de uniones convivenciales. Además la norma plantea que, en línea colateral no podrían ampararse en esta, dos personas en segundo grado de colateralidad, pero sí podrían tener una unión amparada en la normativa dos personas en tercer grado (tíos/as y sobrinos/as) o en cuarto grado (primos/as) o más grados.

También en relación al parentesco plantea que no estén unidos por vínculos de afinidad en línea recta. Dirigiéndonos la norma al artículo 536 del CCyC de donde se infiere que el parentesco por afinidad es aquel que existe entre la persona que contrajo amtrimonio y los parientes de su cónyuge el cual no crea vínculo jurídico alguno entre los parientes de uno de los cónyuges y los parientes del otro. Por lo tanto, no podrían acogerse en la normativa dos personas que tengan un vínculo por afinidad en línea recta como podrían ser suegra/o y yerno/nuera o esposo/a con hijo/a del cónyuge.

Nos parece redundante este último inciso ya que para darse lo establecido en él tiene que haber contraído matrimonio uno de los convivientes como nos indica el artículo 536. Consecuentemente, si contrajo matrimonio generando un vínculo de afinidad, no puede existir unión convivencial como nos indica el inciso d del artículo 523 del CCyC.

El artículo 509 en su inciso d) plantea que dicha relación no tenga un impedimento de ligamen, ni esté registrada otra convivencia de manera simultánea para producir los efectos jurídicos previstos por este título. Consiguientemente para quedar amparados no podrán tener un matrimonio que aún subsista, o registrada otra unión convivencial sin registrar su cese. En el supuesto de matrimonio previo de alguno de los convivientes debe realizar el divorcio e inscribirlo en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas y del mismo modo, sin necesidad de algún trámite judicial, deberán realizar aquellos que tengan una unión convivencial inscripta previamente a la actual. Debiendo en este último caso registrar el cese de la previa convivencia para que la nueva pueda surtir los efectos de las uniones convivenciales establecidos en el CCyC.

Por último, y uno de los requisitos más importantes, el CCyC establece que la convivencia debe tener una duración de un periodo no inferior a dos años. En este último inciso el CCyC nos transmite que el espíritu del legislador ha sido proteger estas relaciones afectivas pero exigiendo un plazo de permanencia y estabilidad mínima de la unión. Esta determinación de un periodo mínimo de convivencia, según se expresa en los fundamentos del CCyC, busca resguardar la seguridad jurídica y evitar la arbitrariedad que puede derivar de la indeterminación.

4. Registración de las uniones convivenciales.

Como nos indica el artículo 511 la registración de la existencia, su extinción y los pactos se inscribirán en los Registros Civiles solo a fines probatorios. Según la norma indicada la registración no es un requisito de la existencia de las uniones convivenciales, sino que solo es a los fines de facilitar su prueba y para oponibilidad a los terceros en algún caso.

No se podrá inscribir una nueva unión convivencial sin la previa cancelación de la preexistente, siendo necesario este requisito también, para quedar enmarcada aún no estando registrada en las condiciones del artículo 510 inciso d.

En cuanto a la registración de la existencia de la unión convivencial debe ser solicitada por ambos integrantes. Respecto al cese o extinción de la unión convivencial entendemos que cualquiera de los convivientes puede requerir su inscripción.

Por su parte los pactos de convivencia para producir efectos respecto de terceros deberán ser inscriptos tanto en los registros civiles como en los registros que correspondan a los bienes incluidos en estos pactos. Como nos dice Javier Moreyra "esta situación deberá obtener publicidad registral para su oponibilidad, anoticiando a terceros, registrándose en el caso de inmuebles en el rubro "B" de la matrícula del predio objeto del pacto". 1

4.1. Clasificación y efectos según su registración o no.

De acuerdo a lo explicado hasta aquí, tendremos dentro de las uniones convivenciales que cumplen con los requisitos tipificantes de los artículos 509 y 510, dos regímenes. Por un lado aquellas no registradas que gozarán de determinados efectos jurídicos y derechos consagrados en la legislación de fondo, esencialmente el conjunto de normas protectorias de los artículos 519, 520 y 521 en cuanto al deber de asistencia, la contribución a los gastos del hogar y la responsabilidad por las deudas frente a terceros.

Por otra parte tendremos a las uniones convivenciales que se han registrado, a las que además de los requisitos mencionados, se le añaden la plena prueba de su existencia, la posibilidad para celebrar pactos convivenciales que organicen su estructura personal y patrimonial con efectos frente a terceros y fundamentalmente la posibilidad de acceder al régimen general y especial de protección de la vivienda familiar del artículo 522 del CCyC.

5. Pactos de convivencia.

5.1. Autonomía de la voluntad. El CCyC prioriza la autonomía de la voluntad, y así expresamente en el artículo 513 dice

¹ MOREYRA, Javier- SALIERNO, Karina. El régimen jurídico de la convivencia. Trabajo presentado en las XXXIII Jornada Notarial Argentina. En la ciudad de San Carlos de Bariloche, Río Negro. 20,21 y 22 de septiembre de 2018.

que las disposiciones de este título son aplicables excepto pacto en contrario de los convivientes. Por lo tanto los convivientes pueden pactar libremente sin embargo, tenemos que tener en cuenta, que esta libertad no es absoluta ya que no pueden ser contrarios al orden público, ni conculcar el principio de igualdad entre los miembros de la pareja, ni afectar derechos fundamentales de cada uno de sus integrantes.

Los convivientes con estos pactos nunca podrán afectar el régimen primario de los artículos 519 a 522 considerados como los efectos principales de la reglamentación de las uniones convivenciales.²

5.2. Forma de los pactos. Los pactos de convivencia, deberán ser realizados por escrito, conforme dice expresamente la norma del artículo 513 del CCyC.³ Esto implica que podrán ser realizados por instrumento privado o público a requerimiento de las partes. Cabe recordar los beneficios de realizar dicho pacto por instrumento público, trabajando en conjunto abogados y escribanos en la redacción e instrumentación otorgándole fecha cierta y la matricidad al mismo.

5.3. Contenido de los pactos. Cabe resaltar que el artículo 514 establece lo que "pueden contener estos pactos entre otras cuestiones". Esto permite inferir que los acuerdos responden a la autonomía de la voluntad, teniendo como límites el deber de asistencia, la contribución a los gastos del hogar, la responsabilidad por las deudas frente a terceros y la protección a la vivienda. En ningún caso estos pactos pueden ser contrarios al orden público o al principio de igualdad de los convivientes, ni afectar derechos

²Se aplica el término de "Régimen Primario" por asimilación al régimen matrimonial primario que se conoce en la doctrina por influencia de la doctrina francesa.

³En las conclusiones del Tema 7 de la 39º Jornada Notarial Bonaerense del año 2015 se deja expreso que "En el caso que los pactos convivenciales tengan por objeto la adquisición, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles, deben ser celebrados por escritura pública (art. 1017, inc a, CCyCN, que solo de exime esta forma para el caso de ejecución judicial o administrativa). La falta de la forma impuesta hará al título observable.".

fundamentales de cualquiera de los integrantes de la unión convivencial.

En estos pactos se regulan las uniones convivenciales y pueden contener lo relativo a la contribución a las cargas del hogar durante la vida en común, la atribución del hogar y la división de los bienes obtenidos por el esfuerzo común en el caso de ruptura de la convivencia.⁴

En cuanto a la contribución a las cargas del hogar durante la vida en común se puede dejar establecido qué aportará cada uno, cómo se dividirán los gastos, quién se hará cargo de cada obligación, etcétera. Nace esto del principio de solidaridad familiar unido con el principio de autonomía de voluntad permitiendo pactar sobre dichos aspectos. Necesariamente a este inciso debemos relacionarlo con el artículo 520 que establece la obligación de contribuir a los gastos domésticos de los convivientes dirigiéndonos al artículo 455 del régimen de matrimonio.

La remisión al régimen del matrimonio implica que los convivientes deben contribuir a su propio sostenimiento, el del hogar y el de los hijos comunes en proporción a sus recursos. Extendiéndose esta obligación para los hijos menores de edad, con capacidad restringida o discapacidad de uno de los convivientes que conviva con ellos. La remisión amplía la carga que en principio resulta de la norma del artículo 520, pudiendo el conviviente que no cumple con esta obligación ser demandado judicialmente, debiéndose considerar que el trabajo en el hogar es computable como contribución a las cargas.

En cuanto a la atribución del hogar común en caso de ruptura puede ser pactado expresamente en estos pactos a quién se le va atribuir dicho inmueble en el caso de cese. Esto implicaría una adjudicación del inmueble teniendo como causa el pacto y la posterior ruptura de la unión convivencial. A este efecto es trascendental la inscripción del pacto en el Registro de la Propiedad Inmueble para la posterior inscripción de la adjudicación del

⁴ 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 generales relativos al enriquecimiento sin causa, la interposición de personas y otros que puedan corresponder, según establece el artículo 528 del CCyCN.

inmueble en el caso de atribución del mismo al conviviente no titular.

No debemos confundir este inciso b) del artículo 514 con la facultad judicial que más adelante comentaremos de atribuir el uso de la vivienda familiar establecida en el artículo 526 del CCyCN, ya que son dos entidades con naturaleza jurídica diferentes. La primera nace de la autonomía de la voluntad, la segunda de una decisión judicial.

Por último el artículo establece la posibilidad de pactar la división de bienes obtenidos por el esfuerzo común en caso de ruptura de la convivencia. Resulta de gran importancia dicho apartado ya que los convivientes podrán dejar pactado desde un comienzo cómo dividirán los bienes en el caso de ruptura. Este inciso faculta a los convivientes a establecer un régimen patrimonial para la convivencia, pudiendo incluso establecer un régimen similar al de ganancialidad del matrimonio.

Este inciso resulta uno de los más importantes de la normativa, ya que faculta a los convivientes mediante un pacto, a establecer todo el régimen patrimonial de la convivencia y dejar estatuida la resolución al momento del cese. Es aquí donde es de primordial importancia la actuación de los diferentes operadores del derecho con su asesoramiento al momento de realizar el pacto. Creemos trascendental esta facultad que se les da a los convivientes de crear todo un régimen patrimonial propio en cada caso en particular para determinar qué sucederá con sus bienes al momento del cese. Abre sin lugar a dudas un sin número de posibilidades de moldear en un documento la voluntad de los convivientes garantizando, dentro de la legalidad, el cumplimiento de su intención al momento de celebrarlo.

Nos permitimos plantearnos si en estos pactos podríamos regular ciertas cuestiones como "indemnización por traición amorosa", "Cuestiones religiosas y educación de los hijos" o "Métodos de reproducción", no encontrando impedimentos en las normas respecto a dichas temáticas.

Estos pactos, revisten, por la libertad en su contenido, una gran diferencia con las *convenciones matrimoniales* en las que los objetos pueden ser únicamente los regulados en el artículo 446 del

CCyC y no son solo enunciativos como el caso del artículo 514 del CCyC. 5

Por supuesto, ya que es una área regida por la autonomía de la voluntad, estos pactos pueden ser modificados y rescindidos por acuerdo de ambos convivientes. El cese de la convivencia extingue los pactos de pleno derecho hacia el futuro.

5.4. Inscripción de los pactos. Estos pactos para ser inscriptos requieren necesariamente de la previa inscripción de la unión convivencial. Por lo tanto esta es una de las diferencias entre las uniones convivenciales registradas y las que no lo están.

La inscripción del pacto, su modificación y su rescisión es a los fines de la oponibilidad a terceros, produciendo efectos desde la toma de razón. Pero cabe resaltar que estos pactos se inscribirán no solo en el registro civil y de capacidad de las personas sino que además se inscribirán en los registros que correspondan a los bienes incluidos en estos pactos, sean inmuebles, automotores, semovientes, etcétera.

En cuanto a los efectos extintivos del cese de la convivencia son oponibles a terceros desde que se inscribió en esos registros cualquier instrumento que constate la ruptura conforme indica el artículo 517. Consideramos poca precisa y vaga la alusión a "cualquier instrumento" que realiza el artículo, ya que dependerá de la normativa de cada registro qué documentos ingresan a inscribirse.

5.5. Función alitigiosa del pacto. Creemos fundamental, la función del pacto de evitar el conflicto y ser creador de paz social. El rol del operador del derecho aquí es asesorar e informar a los convivientes, indagando a los mismos -sin inmiscuirse- para lograr un pacto que sea completo ante el problema.

⁵ ARTICULO 446.- Objeto. Antes de la celebración del matrimonio los futuros cónyuges pueden hacer convenciones que tengan únicamente los objetos siguientes: a) la designación y avalúo de los bienes que cada uno lleva al matrimonio; b) la enunciación de las deudas; c) las donaciones que se hagan entre ellos; d) la opción que hagan por alguno de los regímenes patrimoniales previstos en este Código.

Cabe resaltar la importancia de la cuestión de género a la hora de asesorar e informar sobre la contractualización de las uniones convivenciales, la importancia de la igualdad de condiciones en igualdad de circunstancias de cada conviviente, para garantizar que ante el conflicto ninguno salga desprotegido y afectado de dicha relación afectiva.

Muchas veces demasiada reglamentación en el pacto tampoco sirve, o los conflictos giran en torno a otros temas que no se podían prever al momento de la celebración del mismo, aquí surge la importancia del juez analizando el mismo y la verdadera voluntad de los convivientes.

Por lo expuesto creemos importante insertar en los pactos fórmulas flexibles que permitan ante el conflicto -y siendo válido el pacto- una serie de opciones que cumplan acabadamente con lo estatuido.

En cuanto a cuestiones que estén en el pacto relativas a la educación de los hijos adolescentes, resulta importante la posibilidad de que comparezcan al mismo, por analogía con el artículo 655 último apartado que sugiere la participación de los hijos en el plan de parentalidad

Aquí nos preguntamos, ¿podrá un Juez declarar la nulidad de un pacto fundado en un vicio de la voluntad de alguno de los convivientes? Creemos sin dudar que sí, sí podrá ser declarado nulo un pacto por cualquier vicio del consentimiento que afecte la plena voluntad de cualquiera de los convivientes al momento de celebrar el pacto.

5.6. Jurisprudencia. Recientemente la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral de la ciudad de Curuzú Cuatiá, Corrientes, en uno de los primeros precedentes sobre el tema en análisis, nos marca la importancia de los pactos en las uniones convivenciales diciéndonos que "Si nada acordaron, la convivencia carece de relevancia, porque no puede haber distribución de lo que no es compartido, y por ello la propiedad de los bienes quedará en cabeza del conviviente que los ha adquirido. El CCyC no regula un régimen legal supletorio en materia de bienes, circunscribiendo todo régimen patrimonial a los supuestos de uniones matrimoniales. No existe en nuestro ordenamiento jurídico una acción de división de

bienes adquiridos durante la unión convivencial, sino que en cada caso corresponde alegar y acreditar los presupuestos de las acciones de derecho común que pudieran corresponder según la o las relaciones que vincularon a los convivientes en relación a los bienes adquiridos: enriquecimientos sin causa, interposición de personas, cotitularidad de bienes determinados, sociedad de hecho o irregular, etcétera." ⁶

6. Efectos de las uniones convivenciales durante la convivencia.

6.1. Relaciones patrimoniales. Específicamente el artículo 518 del CCyC establece que las relaciones económicas entre los integrantes de la unión se rigen por lo estipulado en el pacto de convivencia. A falta de pacto, cada integrante de la unión ejerce libremente las facultades de administración y disposición de los bienes de su titularidad.

Por lo tanto queda claro, que en el caso de no haber un pacto convivencial y no se haya establecido un régimen patrimonial específico para la convivencia, cada conviviente ejerce libremente la administración y disposición de los bienes de su titularidad.

Aquí, en este artículo, resulta evidente la importancia de la realización de los pactos para las uniones convivenciales. Será fundamental prever un régimen patrimonial entre los convivientes con respecto a los bienes que cada uno lleva a la convivencia como los que adquieran durante la misma.

Pensamos que en el pacto pueden prever un régimen similar al de ganancialidad del matrimonio, sin que exista ningún impedimento legal respecto a ello.

Podrían los convivientes establecer la posibilidad de requerir el asentimiento para disponer de todos los bienes que se adquieran durante la unión convivencial que sean de titularidad de uno de los

⁶ Camara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral de Corrientes. En autos "M.S.B. vs. G.M.R. s. División de bienes de la unión convivencial". CCL, Curuzú Cuatiá, Corrientes; 19/06/2019; Rubinzal Online; 15327/2017; RCJ 6853/19.

convivientes. En este caso necesariamente deberá ser inscripto dicho pacto en los registros respectivos de los bienes.

Creemos que el margen de la autorregulación de los convivientes es amplísimo, e incalculables las formas que podrían llegar a reglamentar cada régimen patrimonial teniendo en cuenta las particularidades de cada relación afectiva.

Por todo lo antedicho es fundamental el acompañamiento del operador del derecho ante la redacción de este instrumento que regirá la vida patrimonial de estas relaciones, y principalmente sus efectos al momento del cese de la misma. Resulta importante el asesoramiento con respecto a los efectos económicos de la unión convivencial y las potestades que tienen ambos de aclarar mediante un pacto que evite conflictos a futuro. Siendo esta última la esencia del pacto y por la que debemos velar en cada uno de nuestros actos como operadores del derecho.

6.2. Régimen primario. Este régimen primario, que como ya mencionamos, su nombre deriva del derecho francés, incluye los artículos 519, 520, 521 y 522. Son un conjunto de normas que no pueden ser dejadas sin efecto por la autonomía de la voluntad que faculta el artículo 513 del CCyC. El principio en el área contractual de la convivencia es la autonomía de la voluntad limitada por este conjunto de normas que forman el denominado "régimen primario".

En primer lugar encontramos este deber de asistencia, que como señala el artículo solo se deben asistencia mientras efectivamente dure la convivencia. Es similar al artículo 431 que establece el deber de asistencia mutua para los esposos.

Artículo seguido el CCyC establece la obligación de los convivientes de contribuir a los gastos domésticos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 455 del régimen del matrimonio. Siendo esta, otra similitud entre ambos regímenes, ya que tanto los convivientes como los esposos deben contribuir a su propio sostenimiento, el del hogar y el de los hijos comunes, en proporción a sus recursos.

La obligación de contribución se extiende a las necesidades de los hijos menores de edad, con capacidad restringida, o con discapacidad de uno de los cónyuges o convivientes siempre que convivan con ellos. El conviviente o el cónyuge que no cumpla con esta obligación podrá ser demandado por el otro para que lo haga, no obstante se debe considerar que el trabajo en el hogar es computable como contribución a las cargas.

En tercer lugar el CCyC establece en su artículo 521 la responsabilidad de forma solidaria de los convivientes por las deudas que uno de ellos hubiera contraído con terceros para solventar las necesidades ordinarias del hogar o el sostenimiento y la educación de los hijos, siendo en toda su extensión la responsabilidad en este punto igual a la del matrimonio. Fuera de estos casos, y excepto disposición en contrario, ninguno de los cónyuges, ni de los convivientes, responde por las obligaciones del otro. Remitiendo también a lo dispuesto en el artículo 455 del CCyC en cuanto a los deberes que cada conviviente y cónyuge tiene de contribuir.

Consecuentemente estos tres artículos (522, 520 y 521) marcan una gran similitud con el régimen del matrimonio en cuanto a los efectos de ambos institutos, respecto de la asistencia, la contribución a los gastos del hogar y la responsabilidad por las deudas frente a los terceros.

6.3. Necesidad del asentimiento ante la disposición de la vivienda familiar. Acción de nulidad relativa.

6.3.a. Asentimiento para disponer vivienda familiar. No obstante la autonomía de la voluntad del artículo 513, el mismo cuerpo normativo instituye una restricción para la protección de la vivienda familiar y los muebles indispensables en el artículo 522.

Si la unión convivencial ha sido inscripta, ninguno de los convivientes puede, sin el asentimiento del otro, disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, ni de los muebles indispensables de ésta, ni transportarlos fuera de la vivienda.

Un juez, excepcionalmente, podría autorizar la disposición del bien si es prescindible y el interés familiar no resulta comprometido.

De esta forma en el momento de realizar un acto jurídico de adquisición de un bien se deberá dejar constancia de la relación afectiva inscripta del requirente, incidiendo esto al momento de la disposición del bien en el caso de ser la vivienda familiar.

Por lo tanto si el bien que dispone no constituye la vivienda familiar el disponente deberá manifestarlo en el acto de disposición para no resultar observable el titulo en un futuro estudio de títulos.

6.3.b. Acción de nulidad. En el caso de no existir autorización judicial, y tampoco el asentimiento, se podría demandar la nulidad del acto dentro del plazo de 6 meses de conocido, siempre que continúe la convivencia, conforme lo preceptuado por el artículo 522.

Esta nulidad tiene carácter relativo y no puede ser declarada de oficio, únicamente funciona a petición de parte, pudiendo solo ser alegada por las personas en cuyo beneficio se establece.

El plazo de seis meses de la acción de nulidad sostenemos que debería contarse desde el cese de convivencia, que efectivamente es cuando el conviviente toma conocimiento del acto viciado de nulidad, no debiendo exigirse que continúe la convivencia para poder plantear la nulidad del acto.

De esta forma quedaría equiparado al régimen de matrimonio el cual prevé en el artículo 456 seis meses desde la toma de conocimiento, pero no más allá de los seis meses desde la extinción del matrimonio, no exigiendo la continuidad del matrimonio para poder plantear la nulidad.

6.4. Inejecutabilidad de la vivienda familiar. La norma en análisis establece también, que la vivienda familiar no puede ser ejecutada por deudas contraídas después de la inscripción de la unión convivencial, excepto que hayan sido contraídas por ambos convivientes o por uno de ellos con el asentimiento del otro.

El segundo párrafo del artículo 456 establece, de la misma forma para el matrimonio, que la vivienda familiar no puede ser ejecutada por deudas contraídas después de celebrado el matrimonio, excepto que hayan sido contraídas por ambos cónyuges o por uno de ellos con el asentimiento del otro. Se asimila en cuanto a la protección de la vivienda familiar el régimen matrimonial con el de la convivencia. Nos permitimos poner en tela de juicio el uso de esta protección en forma indebida, en aquellos casos que ante la ejecución se invoque la falta de asentimiento del conviviente o del cónyuge para proteger la vivienda familiar.

En el apartado siguiente realizaremos la comparación con el viejo instituto del bien de familia, pero en principio podemos decir que este artículo 522 establece una protección a la vivienda familiar en grado inferior que la del instituto de la protección de la vivienda del artículo 244 y siguientes del CCyC, por lo tanto se sugiere siempre la afectación a este último régimen.

7. Comparación con el régimen de protección de la vivienda (244 y sigs.).

Lo hasta aquí expuesto nos conduce necesariamente a establecer un parangón con el Régimen de Protección de la Vivienda de los artículos 244 y siguientes del CCyC.

Por un lado, la salvaguarda instituida en el artículo 522, solo protege a la vivienda de los convivientes -y la torna oponible a sus acreedores- en caso de que haya sido contraída la deuda luego de la inscripción de la unión convivencial y por solo uno de ellos sin el asentimiento del otro. Tal precepto, nos conduce inevitablemente a reflexionar sobre su aplicación práctica, el uso ('o abuso') que podría hacerse de este instituto protectorio y el criterio jurisprudencial que se adoptará.

Por otro lado, el artículo 244 y siguientes, establecen la oponibilidad de la afectación de la vivienda a los acreedores de causa posterior a la misma. Por lo tanto la vivienda no es susceptible de ejecución por deudas posteriores a su afectación, salvo las excepciones previstas.

El artículo 246 preceptúa quienes pueden ser beneficiarios de la afectación: el propietario constituyente, su cónyuge, su conviviente, etcétera. Consecuentemente esta protección resulta más amplia que la del artículo 522, que solo protege a la vivienda de los convivientes en el caso de que la deuda haya sido contraída por uno de ellos sin el asentimiento del otro.

Sin lugar a dudas, como operadores del derecho, la recomendación debe ser el régimen de protección de la vivienda de las artículos 244 y siguientes, ya que protege ante un campo más amplio de situaciones que se podrían generar ante una posible ejecución por acreedores.

Cabe analizar el hipotético caso en que el conviviente beneficiario no titular del bien, continúe viviendo en el inmueble luego del fallecimiento del conviviente titular y la posibilidad de impedimento de usar el bien a sus herederos, afectando de algún modo la legítima hereditaria y las compensaciones que esto podrá generar.

Se ha planteado con la antigua ley 14.394 que, por su calidad de beneficiario, un hijo pueda seguir habitando el inmueble frente a la pretensión de otros hijos no beneficiarios, no habiendo aún jurisprudencia que determine qué criterio se adoptará con las nuevas disposiciones del CCyC para el caso del conviviente beneficiario no titular del inmueble que habite el mismo luego del fallecimiento del conviviente titular.

8. Cese de la unión convivencial. Requisitos.

Ya hemos mencionado en el desarrollo del trabajo muchas de las causas del cese de las uniones convivenciales y por lo tanto los efectos que producirá, siendo en esto último en lo que hace énfasis el CCyC.

Como primer causal del cese tenemos la muerte de uno de los convivientes, quedando claro en el CCyC que tal situación no genera ningún tipo de derecho hereditario en el conviviente supérstite, a diferencia del matrimonio.

Ante este supuesto analizaremos más adelante el derecho real legal de habitación del conviviente supérstite y su comparación con el derecho real de habitación del cónyuge supérstite.

Este supuesto se probará con la partida de defunción del conviviente fallecido ante determinadas requerimientos y entendemos quedará de pleno derecho disuelta la unión convivencial.

En segundo lugar es causal de cese de la unión convivencial la sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento de uno de los convivientes. Queda despejado que no es la declaración simple de ausencia la que produce el fin de la unión convivencial, sino la sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento.

Para que se dé este supuesto, según indicación del artículo 85 y siguientes del CCyC debe haber ausencia de una persona de su domicilio sin que se tenga noticia de ella por el término de tres años, aunque haya dejado apoderado. En el proceso se debe nombrar defensor al ausente o dar intervención al defensor oficial, citando al mismo por edictos una vez por mes durante seis meses. Recién pasado todo este periodo podrá declararse el fallecimiento presunto si están acreditados los extremos legales fijando el día presuntivo de fallecimiento y disponer la inscripción de la sentencia según indicación del artículo 89 del CCyC.

En tercer lugar puede cesar por matrimonio o nueva unión convivencial de uno de sus miembros. Este caso necesariamente hace perder los requisitos indispensables de los artículos 509 y 510 del CCyC, por lo tanto no genera ningún efecto a partir del momento que se pruebe.

Igualmente según indicación del cuarto inciso cesan los efectos de la unión convivencial al momento que contraigan matrimonio los convivientes, generando a partir de dicho momento todos los efectos y regímenes patrimoniales del matrimonio acatando la convención matrimonial en el caso de haberse realizado.

Como quinto supuesto de cese se encuentra el caso de que, por común acuerdo, ambos convivientes decidan ponerle cese a la unión. En el caso de estar inscripta, deberá inscribir también la extinción según indicación del artículo 511. Por otro lado el artículo 517 nos dice que producirá efectos el cese y será oponible a terceros desde que se inscribe en los registros cualquier instrumento que constate la ruptura. Queda claro que no solo en el Registro Civil sino también en todos aquellos registros de bienes donde se hubieran inscriptos los pactos convivenciales. Sostenemos que la extinción la

puede inscribir cualquier de los convivientes, no siendo necesaria la comparecía de ambos.

A renglón seguido el sexto inciso del artículo 523 nos indica que también puede cesar por la voluntad unilateral de alguno de los convivientes notificada fehacientemente al otro. Esta es la tendencia en el derecho, cualquiera de los convivientes puede notificar al otro de un modo fehaciente que decide terminar la unión convivencial.

Entendemos por fehaciente aquello que hace fe en juicio, o sea lo que tiene todos los requisitos necesarios para que el juez pueda acceder a lo que pide la parte. Pensamos que podrá realizarse mediante carta documento, acta notarial de notificación y cualquier otro medio que fehacientemente notifique a la otra parte que ha decidido terminar con la relación afectiva.

Por último, el artículo nos indica que cesa por el fin de la convivencia mantenida, pero aclara que la interrupción de la convivencia no implica su cese si obedece a motivos laborales o similares, siempre que permanezca la voluntad de vida en común. Entendemos que este último párrafo abre un gran campo de efectos a relaciones afectivas que por motivos laborales u otras cuestiones no conviven en el mismo domicilio transitoriamente.

Este último apartado establece una excepción al requisito más importante del artículo 509 que es la convivencia de las dos personas. Queda claro que no implica que nunca hayan convivido, sino que convivieron e interrumpieron el curso de la convivencia por determinadas cuestiones laborales u otras que hacen que por determinado período transitorio no puedan convivir, pero que sí existe la voluntad de vida en común.

9. Compensación económica ante el cese de la convivencia.

El artículo 524 faculta a solicitar ante un juez una compensación al conviviente que sufre un desequilibrio manifiesto, que signifique un empeoramiento de su situación económica con causa adecuada en la convivencia y su ruptura.

Esta compensación puede consistir en una prestación única o en una renta por un tiempo determinado que no supere la duración

de la unión convivencial. Pudiendo pagarse, dicha compensación, con el usufructo de determinados bienes o de cualquier otro modo que acuerden las partes o en su defecto decida el juez.

En igual sintonía el artículo 441 del CCyC faculta al cónyuge, en la misma situación fáctica de desequilibrio económico y causada por la disolución del vínculo matrimonial a pedir una compensación, con la única diferencia en cuanto a la posibilidad de establecer una renta excepcionalmente por tiempo indeterminado. En cambio en las uniones convivenciales solo podrá ser por tiempo determinado y nunca ser mayor a la duración de la unión convivencial.

La procedencia y el monto de la compensación será establecida judicialmente en base a diversas circunstancias, determinadas algunas de ellas, en el artículo 525 del CCyC. Siendo, estas últimas, iguales a las circunstancias tenidas en cuenta para fijar una compensación para el caso de disolución del matrimonio del artículo 442 del CCyC.

Entre las diversas circunstancias que podrá tener en cuenta el Juez para fijar una compensación económica se citan el estado patrimonial de cada uno de los convivientes al inicio y finalización de la unión; la dedicación que cada conviviente brindó a la familia y a la crianza y educación de los hijos y la que deberá prestar con posterioridad al cese; la edad y el estado de salud de los convivientes y de los hijos; la capacitación laboral y la posibilidad de acceder a un empleo del conviviente que solicita la compensación; la colaboración prestada a las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro conviviente; la atribución de la vivienda familiar.

Esta acción para reclamar la compensación caduca a los seis meses de haberse producido cualquiera de las causas de cese de la convivencía, conforme lo dispuesto en el artículo 525 in fine. De la misma forma para el matrimonio también la caducidad se produce a los seis meses de haberse dictado la sentencia de divorcio.

10. Atribución del uso de la vivienda familiar.

En primer lugar, en cuanto a la atribución del uso de la vivienda familiar al momento de la ruptura de la relación afectiva, debemos tener presente el pacto y la facultad de los convivientes de

haber establecido en dicho instrumento qué iba a suceder al momento de la ruptura con la vivienda familiar conforme el artículo 514 inciso b.

Debemos ponderar la facultad del análisis del juez de estos pactos en cuanto a su validez, ante la posibilidad de haber sido celebrados bajo violencia física o psicológica o cualquier tipo de vicio del que podrían adolecer. Si el pacto nada dice, puede acaecer que el inmueble que fue sede de la unión convivencial se atribuya en uso a uno de los convivientes en el supuesto en que tenga a su cargo el cuidado de hijos menores de edad, con capacidad restringida o con discapacidad, o también si se acredita la extrema necesidad de una vivienda y la imposibilidad de procurársela en forma inmediata.

La doctrina debate en cuanto a la naturaleza jurídica de este derecho de uso de la vivienda familiar que se le puede atribuir a uno de los convivientes no titular del derecho de propiedad. Kemelmajer de Carlucci sostiene que "dicho derecho no tiene naturaleza real y coincidiendo con la doctrina española –quien sostiene la naturaleza jurídica de sui generis- dice que es un derecho específico y propio de las relaciones familiares, de tipo personal e intransmisible, oponible a terceros ante su registración, de tipo asistencial y condicionado por las circunstancias".⁷

El juez debe fijar el plazo de la atribución, el que no puede exceder de dos años a contarse desde el momento en que se produjo el cese de la convivencia.

Con referencia a este plazo, en el Congreso Internacional del Derecho de las Familias, Niñez y Adolescencia (Mendoza 2018) se ha expresado que el límite de dos años no rige cuando la vivienda se atribuye al ex conviviente que tiene a su cargo cuidado de los hijos menores de edad con capacidad restringida o con discapacidad. Reputándose inconstitucional dicho plazo por considerarlo discriminatorio respecto de los hijos matrimoniales frente a los cuales no se computan plazos conforme al artículo 443 del CCyC.8

⁸ AA.VV., Conclusiones del Congreso Internacional del Derecho de las Familias, Niñez y Adolescencia. Mendoza 2018, Comisión 5 "Protección de la vivienda. Afectación. Crisis familiares y vivienda. Niños adultos y mayores".

⁷ KEMELMAJER de CARLUCCI, Aida. *Protección jurídica de la vivienda familiar. Vías Procesales*- Buenos Aires. Hammurabi, 1995. Pág. 298-299.

Este plazo es la gran diferencia de la atribución de la vivienda para el caso de los matrimonios que se disuelven conforme al artículo 443, además de tener más supuestos en los que se podrían llegar a otorgar el uso de la vivienda familiar.

En cuanto a los efectos de la atribución del derecho en análisis, podemos sostener que son idénticos para el matrimonio (artículo 444) y la unión convivencial (artículo 526 tercer párrafo). El juez puede establecer una renta compensatoria a favor del conviviente que no se le atribuye la vivienda; que el inmueble no sea enajenado durante el plazo previsto sin el acuerdo expreso de ambos; que el inmueble en condominio de los convivientes no sea partido, ni liquidado.

Esta decisión judicial recién va producir efectos respecto de terceros a partir de la inscripción registral en los respectivos registros, tanto para el matrimonio como para la unión convivencial.

En el supuesto de que se trate de un inmueble alquilado, tanto para el matrimonio (artículo 444) y la unión convivencial (artículo 526 cuarto párrafo), el conviviente o cónyuge no locatario tiene derecho a continuar en la locación hasta el vencimiento del contrato, manteniéndose él obligado al pago y las garantías que primitivamente se constituyeron en el contrato.

En cuanto al cese de este derecho de uso, con características de las relaciones familiares, cesa también de igual forma en las relaciones matrimoniales que en las uniones convivenciales, remitiendo el último párrafo del artículo 526 al artículo 445 del régimen matrimonial.

11. Atribución de la vivienda en caso de muerte de uno de los convivientes.

Determinados derechos reales se adquieren por mero efecto de la ley, son denominados derechos reales de adquisición legal y en nuestro CCyC están previstos en el artículo 1.894. Este artículo prevé los supuestos del derecho real de habitación del cónyuge supérstite el cual fue referido en el artículo 2.383 y el derecho real de habitación del conviviente supérstite el cual está previsto en el artículo 527 de dicho cuerpo legal

En el caso de muerte de un conviviente, el conviviente supérstite que carece de vivienda propia habitable o de bienes suficientes que aseguren el acceso a ésta, puede invocar el derecho real de habitación gratuito por un plazo máximo de dos años sobre el inmueble de propiedad del causante que constituyó el último hogar familiar y que a la apertura de la sucesión no se encontraba en condominio con otras personas.

Conforme al artículo 527 podemos ver que este derecho debe ser invocado por el conviviente supérstite, o sea que en principio no nace de pleno derecho como en el caso del matrimonio respecto al cual el artículo 2.383 nos dice que es de pleno derecho.

En cuanto a la situación fáctica de carecer de vivienda propia habitable o de bienes suficientes que aseguren el acceso a ésta, es solo un requisito para el conviviente supérstite y no para el cónyuge supérstite.

El plazo es la gran diferencia con el régimen del matrimonio, ya que al conviviente supérstite se le otorga por un plazo máximo de dos años y en el caso del cónyuge supérstite se le otorga en forma vitalicia.

En ambos regímenes será de forma gratuita, recaerá sobre el último hogar familiar y que a la apertura de la sucesión no se encontrara en condominio con otras personas. Igualmente en ambos regímenes es inoponible a los acreedores del causante.

Se extingue este derecho real de habitación si el conviviente supérstite, constituye nueva unión convivencial, contrae matrimonio o adquiere una vivienda propia habitable o bienes suficientes para acceder a esta. Con respecto al derecho real de habitación del cónyuge supérstite no dice nada en cuanto a la forma de extinción. Creemos que igualmente se deberá extinguir en el caso de contraer nuevo matrimonio o que adquiera una vivienda propia habitable o tenga bienes suficientes para acceder a una vivienda.

12. Conclusiones.

El CCyC ha avanzado en la protección de las relaciones afectivas que no estaban reglamentadas. Sin lugar a dudas hay

muchas situaciones que aún faltan prever pero es meritorio el avance.

El campo de autonomía de la voluntad que rige el ámbito de las uniones convivenciales es amplio, y ahí debemos estar los profesionales del derecho acompañando a contractualizar y regularizar para proteger los derechos de ambos.

No podemos dejar de remarcar la importancia y finalidad de los pactos como modo de evitar conflictos y de judicializar contiendas. Por lo tanto, como operadores del derecho, resulta importante pensar en el asesoramiento como información, autocomposición de conflictos, las fórmulas flexibles, el derecho a ser oído de los hijos menores y las cuestiones de género.

Aún existen relaciones afectivas que no quedan encuadradas en los requisitos del CCyC, pero no vemos impedimentos para que igualmente contractualicen su relación estableciendo entre los convivientes su propio régimen.

Con lo expuesto dejamos marcado un fuerte cambio de paradigma en el derecho argentino en cuanto a las relaciones afectivas que no contraen matrimonio, inspirándose los legisladores en el principio de autonomía de la voluntad, el principio de solidaridad y el principio de igualdad de oportunidades.

Verdaderamente en materia de familia se dio un marco regulatorio a una serie de conductas sociales que no se podían seguir ignorando. No obstante los operadores del derecho debemos estar a la altura de los nuevos paradigmas familiares para ejercer correctamente nuestra función.

BASES PARA EL REORDENAMIENTO TRIBUTARIO MUNICIPAL. ESPECIAL REFERENCIA A SANTA ROSA, LA PAMPA.

Tobias Larregui*

1. Inconsistencias en el reconocimiento de la autonomía municipal.

Los vaivenes en torno a la naturaleza jurídica de los municipios, han pendulado entre la autonomía y la autarquía. Señalamos como de suma relevancia, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia «*Rivademar c/ Municipalidad de Rosario* » (Fallos: 312:326) de 1989 en la cual, el máximo tribunal se adscribe a la autonomía municipal.

No obstante, las discusiones continuaron, al menos hasta la reforma Constitucional de 1994, que desde el punto de vista normativo, ha venido a poner punto final a la disputa, en virtud del art. 123 que reconoce la autonomía municipal.

Vemos entonces que el constituyente se involucra en una cuestión de controvertida opinión.¹ Ahora bien, no puede perderse de vista que el art. 5, impone a cada provincia, asegurar el régimen municipal, como presupuesto de garantía de su propia autonomía, pero no obliga a seguir un cierto régimen organizativo, otorgando

 1 Cf. Álvarez Echagüe, J.M. (1999). Los municipios, su status jurídico y sus potestades financieras y tributarias en el marco de la constitución reformada. En *Impuestos, 1999-B, 2436*, Buenos Aires: Legis.

^{*} Abogado (UNC); Especialista en Derecho Tributario (UNC); Mgter en Gestión y Administración Publica (UCA España); Doctorando en Derecho (UCA España); Adscripto Derecho Tributario (UNC). Universidad Nacional de Córdoba – Universidad de Cádiz, España. larreguitobias@gmail.com

competencia a cada provincia para reglar el alcance y contenido de dicha autonomía.²

Surge claramente el carácter derivado de los poderes municipales, frente el originario de Nación y provincias, dentro de los cuales podemos encontrar los tributarios. Sin perjuicio de ello, esto no supone privarlos de autonomía, si no enmarcarlos dentro del Estado Federal, con las consiguientes relaciones de coordinación, subordinación y armonización.³

Ahora bien, el presupuesto financiero, es un aspecto clave dentro de la autonomía, tal como la entendemos, y es aquí donde dicha autonomía declarada normativamente encuentra sus mayores objeciones.

Debemos reconocer que de los art. 5, 123, 75 inc. 30 de la C.N. se desprende que los municipios tienen potestad tributaria, toda autonomía se volvería ilusoria sin la posibilidad de autodeterminarse tributariamente, de administrar sus propios recursos, contar con ingresos suficientes propios para hacer frente a las funciones propias y transferidas. Por lo tanto, la provincia, al reglar el alcance y contenido de la autonomía municipal, no podrá privarlos de potestades tributarias, de lo contrario estaría incumpliendo la Constitución Nacional.

En un correcto y preciso intento de explicar el concepto de «autonomía» en forma desmembrada, Rosatti señala las principales atribuciones necesarias para la existencia de autonomía: **a.**-Autonormatividad constituyente: capacidad de darse su propia norma fundamental. **b.**- Autocefalía: capacidad de elegir sus propias autoridades. **c.**- Autarcía: autosatisfacción económica y financiera, derivada de poseer recursos propios. **d.**- Materia propia: reconocimiento de facultades de legislación, ejecución y jurisdicción.

² Cf.. Bulit Goñi, E. G. (1996). Implicancias de la reforma constitucional de 1994 en materia de potestades tributarlas municipales, en *La Información. Impuestos. Sociedades. Laboral.* Previsional Número: 1996 73 (793 Ene). p.48).

³ Negar esa subordinación de los municipios a las provincias a las que pertenecen implicaría subvertir la autonomía de las provincias, cuyo fortalecimiento constituyó uno de los propósitos de la reforma constitucional, enunciados en la ley 24309. (Spisso, R.. *Derecho Constitucional Tributario*. Abeledo Perrot., 2012, p.56).

 ${\bf e.-}$ Autodeterminación política: reconocimiento de garantías frente a las presiones políticas. $<math display="inline">^4$

Existe el pensamiento erróneo de que los municipios solo pueden crear tasas, estando prohibido su poder de crear impuestos. El origen de este pensamiento parte del de la actual Ley de Coparticipación Nº 23.548, donde pese a las fervientes objeciones⁵, no se prevé la intervención de los municipios en la formación de la voluntad contractual, quizás a modo evitar una negociación con más de 2600 municipios de todo el país.

Con la adhesión provincial a la ley nacional, esta adquiere el derecho de participar en la distribución, a la vez asume ciertas obligaciones por sí y por sus municipios. Entre otras, las provincias asumen la obligación para sí y por sus municipios de no aplicar gravámenes locales análogos a los nacionales distribuidos por la ley. Esta obligación genera un conflicto de índole financiero para los municipios, intentando ser claros, los municipios al ser autónomos deben contar con autonomía financiera, por lo cual pueden crear cualquier categoría tributaria. El impuesto es el tributo más importante, permitiendo una financiación global para los Estados, no obstante, cualquier impuesto que el municipio intente crear, estará ocupado previamente, sea por el Estado Nacional o por el provincial.

De crearse un impuesto ya ocupado por otros niveles de gobierno, el concepto técnico que la ley Nº 23.548 establece como «analogía» activará mecanismo de rechazo del mismo, se violará la ley de coparticipación y la Comisión Federal de Impuestos podrá imponer las sanciones previstas, que de por sí son mucho más gravosas para los municipios incumplidores que para la provincia, en el caso de ser esta la incumplidora. Así las cosas, los municipios pueden crear tasas y contribuciones especiales, que como tributos vinculados se rigen por principios que suponen que su producido este destinado a sufragar sea el coste del servicio o, la obra o actividad que genera el beneficio del contribuyente en las segundas. Por lo tanto, su producido no debiera entrar a la caja de rentas

⁴ Rosatti, H. (1987). *Tratado de Derecho Municipal.* Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni. p. 98 y sig.

⁵ Álvarez Echague, J. M. (2005). La potestad tributaria a partir del concepto constitucional de autonomía. En *Periódico Económico Tributario*. Buenos Aires: Le Ley.

generales y destinarse a financiar cualquier destino que no sea el que le dio origen.

Puede verse de esta forma el notable vaciamiento autonómico municipal, dejándolos en absoluta dependencia a trasferencias Nacionales y Provinciales, oscureciendo el principio de correspondencia fiscal, y tornando ilusoria su autonomía.⁶ Es imperioso lograr el conceso político para el cumplimiento de la manda constitucional que obliga a la sanción de una nueva coparticipación conforme los presupuestos mencionados en el art. 75 inc. 2 C.N, y por sobre todo, mediante interpretación armónica, salvaguardar la autonomía municipal en la materia.

1.1.- Estado de situación institucional de los municipios en la Provincia de La Pampa.

Las referencias en torno a la autonomía municipal se encuentran en el art. 115 de la Constitución de La Pampa, aunque encontramos inconsistencias que pueden dar lugar a resultados no queridos o bien, una mala técnica legislativa en pugna con la voluntad del constituyente. El art. 115 plasma la autonomía municipal de forma expresa, y a nuestro criterio de forma plena. Ciñéndonos al sentido puramente literal de su texto, observamos como el artículo hace referencia a una autonomía de tipo política, administrativa, económica, financiera e institucional, que vienen a plasmar los presupuestos medulares de la autonomía mencionados anteriormente.

El problema semántico se genera con la segunda parte del artículo al mencionar que el ejercicio de la autonomía municipal se ejercerá en conformidad a la Constitución y a la Ley Orgánica. Ello pareciera ser un contrasentido de lo que debe entenderse por autonomía, y más aun de autonomía institucional.

⁶ Tampoco podemos olvidar que la ley fue sancionada en 1988, momento para el cual aun no se reconocía la autonomía municipal. Este puede explicar por qué no se le pide opinión alguna al ente municipal ante una ley que claramente afecta su sustento financiero.

La condición de que el municipio deba ejercer su autonomía conforme a la Constitución Provincial, no debe ser malintepretada a tal punto de concluir sin más que se otorga un salvoconducto para que la Provincia interfiera dentro del cúmulo de competencia o esfera de actuación autónoma del municipio. Más bien, viene a reafirmar las necesarias relaciones de coordinación propias de un estado federal. En todo caso, la evaluación en torno a una posible afectación a la autonomía que se declara, debe ser analizada caso por caso, y siempre salvaguardando la autonomía municipal garantizada institucionalmente por la Constitución Provincial en consonancia con el reconocimiento expreso del art. 123 de la Carta Magna.

Nos referimos a «garantía institucional» siguiendo la construcción realizada por la doctrina Germánica receptada en la Constitución de Weimar de 1919, continuando vigente en la Ley Fundamental de Bonn de 1949. Ello supone que autonomía municipal, constituye una cláusula abierta, reservándose el Estado Provincial su complementación. Ahora bien, el constituyente provincial a la hora de establecer la materia propia sobre la cual recae la autonomía no podrá violentar un núcleo básico so riesgo de no solo contradecir la ley constitucional, sino también destruir una estructura constitucional de sentido territorial institucionalizada y reconocida expresamente.

La Corte Suprema de Justicia (Fallo 312:326), estableció aun antes del reconocimiento normativo expreso de la autonomía municipal, que las leyes provinciales no sólo no pueden omitir establecer municipios sino que tampoco los pueden privar de las atribuciones mínimas necesarias para el desempeño de su cometido.

Ahora bien, diferente es la discusión en torno a la condición de ejercicio de autonomía municipal en consonancia con lo estipulado en la Ley Orgánica. Ello ha llevado a la doctrina a plantear que los municipios pampeanos no cuentan con facultades de dictar sus propias Cartas Orgánicas. Ahora bien, a poco que analizamos este precepto, llegamos a la misma conclusión. Por medio del reconocimiento autonómico como garantía institucional, los municipios, quedan habilitados para dictar su propia ley fundamental, es decir la Carta Orgánica, como normativa desarrollada para regir la vida institucional, política y económica del mismo, siempre en respeto de la legislación provincial a través de la Ley Orgánica de Municipios de su territorio.

La Constitución debe interpretarse como un conjunto armónico, en el cual el significado de cada parte debe determinarse en armonía con el de las partes restantes; ninguna disposición debe ser considerada aisladamente y siempre debe preferirse la interpretación que armonice y no la que coloque en pugna a las distintas cláusulas. Sostenemos entonces no colocar en posición enfrentada a la autonomía reconocida en la parte primera del art. 115 y la condición estipulada respecto de la Ley Orgánica; esta ultima podrá en todos los casos fijar principios fundamentales, pero de modo alguno violentar el núcleo básico de competencias reservada al estado municipal, y menos aun impedir al municipio dictar su propia Carta Orgánica. Asimismo, la Ley Orgánica será de completa aplicación en aquellos pueblos, comunas o comisiones de fomento sin rango municipal.

Nada impide al municipio de Santa Rosa, como a los demás de la Provincia de La Pampa dictar su propia Carta Orgánica, mas aun exhortamos a los mismos a organizar su vida institucional a través del instrumento necesario. La Carta Orgánica constituye el marco legal adecuado para vehiculizar un desarrollo urbanístico, institucional, económico y social, sirviendo asimismo como esquema de organización político-administrativa. Del mismo modo fruto de una realidad sociológica y natural cada municipio cuenta con características propias, idiosincrasia, valores y fines propios, los cuales son plasmados en el texto fundamental.

Tanto Santa Rosa, como los demás municipios de provincia cuentan entonces con un derecho originario a organizar su régimen de gobierno y administración, mientras ello no conculque competencias de las Provincias o la Nación, en congruencia con las necesarias relaciones de coordinación y armonización propias del régimen federal. Resulta entonces imperioso superar el estado de pasividad irresponsable de convocar a una Asamblea o Convención Constituyente Municipal so pretexto de una imposibilidad jurídica o fáctica inexistente que ha venido a secundar una falsa dialéctica.

202

_

⁷ Linares Quintana. Segundo V. (1987). *Reglas para la interpretación constitucional*. Buenos Aires: Plus Ultra. pag. 84.

2. Restricciones a la hacienda municipal:

- 2.1. Estado de situación general: El centralismo existente de fuentes tributarias en manos Nación se agrava a partir de 1990, iniciado un proceso descentralizador de decisiones en materia de gasto, mas no así desde los ingresos. Por otro lado, el abusivo uso de las asignaciones específicas, determinó regímenes especiales de distribución del producido de tributos hacia fines específicos o bien hacia jurisdicciones específicas que por supuesto no fueron coparticipados a municipios. En conclusión, muchas decisiones que debieran ser tomadas por principio de subsidiaridad en el gobierno local, son tomadas en un nivel superior, donde la capacidad de incidir en la gestión local es remota.
- 2.1a. Centralismo de fuentes tributarias. El art. 75inc 2 C.N, establece una distribución y atribución de rentas entre los sujetos de la relación federal. Observamos que la centralización de recursos impacta en las arcas municipales, las provincias en su condición de sujeto de la relación federal, podrá en eventuales negociaciones con Nación, obtener ventajas adicionales para ese nivel jurisdiccional que el municipio no.⁸ Avanzando del aspecto teórico al práctico observamos igualmente aspectos cuestionables del régimen:
- **a.-** El Estado Nacional ha hecho uso indiscriminado y de manera indefinida de recursos directos que corresponden a las provincias.
- **b.** Las provincias se abstienen de ejercer su poder tributario respecto de recursos directos e indirectos análogos a los nacionales coparticipables, que curiosamente les corresponden por Constitución.
- **c.-** Muchos tributos nacionales que parten de una abstención provincial cuentan con afectaciones específicas o régimen especiales

⁸ De Moretti, B. R. Perez, J. M. Wolovick, D. (1993). Los municipios en el federalismo fiscal. *Trabajo de investigación presentado en la vigésima sexta jornada de finanzas publicas. Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Córdoba*. Córdoba.

de distribución, lo cual resienten en términos porcentuales la masa a distribuir a las provincias.

Otro aspecto a tener en cuenta son las obligaciones que para municipios establece la ley N° 23.548, particularmente la referida a los presupuestos de legitimidad en el cobro de tasas municipales los cuales parten de un estado ideal, pero lamentablemente no se condicen con la realidad argentina, es imperioso reconocer la causa del actuar municipal, y no detenernos únicamente a condenarlos. La prohibición de crear tributos análogos a los coparticipables establecida en cabeza de los municipios, restringe hasta límites absolutos la posibilidad de crear impuestos. Ante necesidades de financiamiento la válvula de escape son las tasas, tributos que son excluidos de la analogía, en consecuencia, los municipios hacen uso y abuso, desnaturalizándolas, o bien utilizándolas como disfraz, para encubrir verdaderos impuestos.

A los efectos de reivindicar la autonomía local, se debe partir de un cambio en el rol de los niveles superiores de gobierno principalmente el del Estado Nacional. Este último debe abstenerse de ejercer presión en la puja por la distribución de los recursos, de acciones de imposición de instrumentos de política fiscal sin contemplación de realidades regionales, o bien de diagramar instrumentos cuya negativa a adherir por parte de estados provinciales signifique colocarlos en una posición negativa.

- **2.1b:** *La prohibición de analogía.* Del análisis de las obligaciones asumidas por las provincias en la ley Nº 23.548 podemos ver la influencia que tiene el concepto de analogía tributaria por sobre estas, a saber, la provincia se obliga por sí y por sus municipios a no aplicar gravámenes análogos a los nacionales coparticipados, y de existir estos a derogarlos. A modo de entender en qué consiste la analogía tributaria, el fallo "*Pan American Energía LLC.*" tiene importancia trascendental en el tópico en base a las siguientes razones:
- i.- Delimita la importancia del concepto de "analogía" dentro del régimen de coparticipación. ii.- Eleva a rango jurisprudencial la

doctrina conceptualizadora establecida por Dino Jarach. ⁹iii.- Define el criterio hermenéutico a seguir.

El término de analogía viene a configurar un mecanismo técnico jurídico sobre el que pivotea el régimen en procura a evitar la doble imposición interna. La ley n da pautas para atribuir un significado al concepto, pero la Corte es cuidadosa al señalar que es resultado de una evolución normativa en el tiempo, y no debe ser entendido como una completa identidad de hechos imponibles o bases de imposición, sino una coincidencia sustancial. 10

Sostenemos que la analogía también debe ser vista desde la eficiencia y eficacia del régimen de distribución de rentas. El exacerbado centralismo nacional conlleva una delegación prohibida de facultades provinciales y al postre municipal de potestad tributaria. Ello otorga "concesiones" para efectuar alteraciones unilaterales, ya lo vimos con la creación de asignaciones específicas, pero también lo encontramos en la creación de exenciones sobre impuestos coparticipables con simples mayorías parlamentarias.

Las irregularidades se traducen en unitarismo en muchas materias, llevando a sostener que la "analogía" tiene un peso superior de ser un mero rector de moralidad o pivot del objetivo de la ley, sino más bien un mecanismo de control o tutela financiera de Nación hacia los estados subnacionales. Las consecuencias pueden ser aun mas graves, la necesidad de recursos deviene en una dependencia política de los gobiernos subnacionales con la consiguiente aceptación de intromisiones ajenas a la autonomía institucional.

Dejamos planteada la necesidad de observar el comportamiento de la «prohibición de analogía» frente a la operatividad del régimen, y no únicamente desde el objetivo de evitar la doble imposición interna. Lo expuesto lleva a replantearos el funcionamiento desde su origen, teniendo en cuenta que para el momento del dictado de la ley, no se hablaba de autonomía

⁹ Para mayor abundamiento ver: Jarach, D. (1966). *Coparticipación provincial en impuestos nacionales. Análisis y anteproyecto de ley.* Buenos Aires: Consejo Federal de Inversiones.

¹⁰ La Corte Suprema de Justicia amplia las pautas interpretativas mencionadas en el fallo "*Aerolíneas Argentinas Sociedad del Estado*" (Fallos. 308:2153).

municipal.¹¹Entonces, como defensores de la misma, la potestad tributaria no puede reducirse a la posibilidad de crear tasas o contribuciones especiales. Nada hay en la C.N que limite la posibilidad de crear impuestos, la restricción proviene exclusivamente de la propia operatividad del régimen de coparticipación a través del concepto de prohibición de analogía.

El concepto ha sido fruto de una construcción temporal, que para el momento de creación del régimen, servía de base para el cumplimiento de su objetivo. ¹² Esa construcción temporal, no debe detenerse, el concepto debe nutrirse de las nuevas realidades, y del nuevo rol municipal a luz de principios de subsidiaridad y autonomía local. Es propicio repensar ciertas obligaciones que la provincia asumió al momento del dictado de la ley para con sus municipios sin otorgarle voz y voto, que sin dudas hoy no sería del todo coherente.

El concepto técnico no prohíbe expresamente la creación de impuestos por los municipios; la ley solo se ha limitado a exceptuar de la analogía a las tasas retributivas. Si bien algunos podrán sostener que el municipio podrá en todo momento recurrir a impuestos, esto estará lejos de la realidad, teniendo en cuenta el agotamiento de fuentes por el centralismo mencionado. Entonces bien, si lo único exceptuado de la analogía son las tasas, no pretendamos que no se origine un desborde y desnaturalización de ellas en contradicción con los postulados que regulan las mismas, y en definitiva del régimen de distribución.

Ante estas conclusiones, resulta propicio reexaminar la distribución de rentas públicas, a modo de encontrar rumbo al estado federal. La existencia de recursos es sinónimo de desarrollo, de crecimiento sostenido y sustentable, como de creación de empleo. Solo en la medida que el municipio pueda aspirar a un régimen tributario propio y razonable, podemos intensificar los mecanismos de prohibición de analogía contra ellos.

¹¹ Nótese que para 1988 en el que se dicta la actual ley 23.548, las competencias municipales distaban mucho de las que hoy tienen asignadas, mientras se sostenía su naturaleza administrativa.

¹² Para mayor abundamiento ver: Naveira De Casanova, G. J. (2012). El concepto de analogía a los fines de la armonización tributaria en la ley 23.548 de coparticipación federal de impuestos, *IMP 2012-8*, 95. Buenos Aires.

2.2. Estado de situación en los municipios de la **Provincia de La Pampa.** El art. 121 de la Constitución de La Pampa, establece que el tesoro de los municipios estará formado por el producto de las tasas retributivas de servicios y de los impuestos fiscales que se perciban en su ejido en la proporción que fije la ley. Difícilmente se puede pensar en un estado autónomo absolutamente de transferencias. dependiente o baio tutela financiera. Lamentablemente de Constitución Provincial observamos algo que va fue remarcado en el estado de situación general, la excesiva centralización de fuentes tributarias en niveles de gobierno superiores al municipio, relegando a estos a las tasas retributivas. Del texto se concluye que La Pampa no reconoce expresamente la posibilidad de crear impuestos a los municipios, lo mismo ocurre si observamos el art. 103 de la Ley Orgánica de Municipios Nº 1.597.

No obstante, en ningún momento es prohibida de manera expresa tal competencia. El art. 121 se limita a mencionar a las tasas retributivas y a los impuestos provinciales recaudados en su ejido municipal. Más aun, si nos dirigimos a la Ley Orgánica, en su art. 104 señala que para la creación de nuevos tributos municipales que no hubiesen sido especificadas en la Ley, las municipalidades, como requisito previo, deberán requerir la conformidad de Provincia.

Ante ello, y en virtud de lo señalado por el art. 123 y 75 inc. 30 de la Constitución Nacional, tanto Santa Rosa como los demás municipios de La Pampa tiene competencia tributaria para legislar y recaudar impuestos dentro de su ejido territorial. A la misma conclusión llegamos si utilizamos la llamada teoría de la permisión, por la cual las municipalidades se encontrarían autorizadas a ejercer sus facultades inherentes y propias a su autonomía, y dentro de ellas la tributaria, en tanto la provincia no prohíba de forma expresa.

Toda autonomía, se vuelve ilusoria sin la posibilidad de autodeterminarse tributariamente, por lo tanto, la Provincia, al reglar el alcance y contenido de la autonomía municipal, no podrá privarlo de potestades tributarias, de lo contrario estaría incumpliendo la Constitución Nacional. Esto no supone más que reiterar el significado mismo de «garantía institucional» o a dar operatividad a la constaste doctrina de la Corte, al señalar que la provincia no puede privar de las atribuciones mínimas necesarias para el desempeño de su cometido a sus municipios. Resulta entonces un absurdo relegarlos a subsistir a través de tasas retributivas.

Si bien las competencias municipales se sitúan, dentro del área de cada provincia, según doctrina seguida por la Corte Suprema en el fallo "Municipalidad de la Ciudad de Rosario v Provincia de Santa Fe" (Fallos: 314:495)", la base última reivindicativa de la autonomía municipal se encuentra en la Constitución Nacional que no solo viene a reconocerla de manera expresa, sino también la sitúa como presupuesto de garantía de las autonomías provinciales. Amén de lo mencionado, el máximo tribunal no duda en destacar la necesidad de que los municipios tengan autonomía administrativa y tributaria que les posibilite la libre disposición y administración de sus recursos.

Así las cosas, y de forma lamentable el gran escollo no debe buscarse en el art. 121 o en la Ley Orgánica, sino en la Ley 23.548 que constituye la fuente central de desfinanciamiento municipal. Por lo cual es recomendable que los municipios de la Pampa se nucleen bajo un ente común o consorcio que los represente para ejercer debida presión frente al Poder Ejecutivo Provincial a modo de llevar sus voces en las negociaciones con el Estado Nacional en pos de la tan esperada nueva ley de coparticipación con los criterios fijados constitucionalmente, o por qué no otro sistema que mejor se adecue a la autonomía local.

Las conclusiones expuestas pueden sustentarse a través de dos preceptos, el primero proveniente de la Ley de Coparticipación Provincial Nº 1.065 que establece la facultad de Poder Ejecutivo a suspender las transferencias que correspondan por ley, a aquellos municipios que impusieren tributos sobre hechos imponibles sujetos a la potestad tributaria nacional y/o provincial (art. 16); y por otro lado el art. 104 de la Ley Orgánica de Municipios Nº 1597, al señalar que para la creación de nuevos tributos municipales como requisito previo, deberán requerir obligatoriamente la conformidad del Poder Ejecutivo.

Sin rentas no hay gobierno [...] no hay Estado señalaba a buen criterio Alberdi, por lo cual, la agrupación de los municipios no debe responder a tintes políticos, sino mas bien a objetivos de fijar las bases de un municipio prospero, sea cual fuera la coyuntura económico-social o el partido político que gobierne. ¹³ Resulta recomendable que Santa Rosa como ciudad capital de la Provincia

¹³ Alberdi, J. B. (1954). Sistema económico y rentístico. Buenos Aires: Ed. Raigal. p. 1.

ejerza su poder de negociación, y entable el necesario dialogo con las demás ciudades, en pos de lograr un consenso y redacción de actas constitutivas de un ente o consorcio municipal capaz de alzar las voces en defensa de su autonomía en cuestiones de coparticipación.

3. Estado de situación general en torno a la coparticipación provincial a municipios.

La existencia de estos mecanismos es imperativa, no solo en virtud del art. 5 y 123 de la constitución nacional, sino también bajo el objeto de garantizar seguridad, claridad y razonabilidad a la relación financiera provincia-municipio. Asimismo adquieren relevancia como eje rector de políticas locales, permitiendo dotar de contenido a la autonomía financiera municipal que garantiza al ente local su desenvolvimiento competencial.

Ahora bien, lógicamente ante el imperativo constitucional de «asegurar el régimen municipal» (art. 5) dirigido a las provincias, han proliferado en heterogeneidad. 1415. Importante precedente en la materia es la sentencia en la causa "Recurso de Hecho. Intendente Municipal Capital s/ amparo" (Fallos: 337:1263) del 11 de noviembre de 2014. En su decisión la Corte sostiene que la omisión de sancionar la ley de coparticipación, afecta aspectos económicos y financieros de la autonomía local y ello desarticula la forma de estado federal.

En cuanto a la operatoria técnica, es similar al régimen nacional, es decir en una primera etapa se forma dos masas atribuibles a los niveles de gobierno participes, denominada distribución primaria. Consiste entonces en un primer reparto – aun sin asignación directa - del producido total de los tributos que se incluyen en el régimen, para el nivel provincial y el nivel municipal. Las provincias distribuyen a sus municipios, una porción de lo que

¹⁴ Para mayor abundamiento ver: Garat, P. M. El sistema argentino de coparticipación impositiva y los desafíos al régimen fiscal federal. Recuperado de www.fundacioncivilidad.org.ar con fecha 27 de junio de 2020.

 $^{^{15}}$ Debemos tener en cuenta que la ley de coparticipación Nº 23.584 configura otro instrumento que impone la obligación a las provincias de establecer un mecanismo de distribución de recursos a sus municipios.

reciben por coparticipación federal, mas otro concepto con origen en los recursos tributarios provinciales. Asimismo, las llamadas provincias mineras o hidrocarburíferas, incluyen distribución de regalías por este concepto. ¹⁶

Señala Díaz Frers:

En promedio, las provincias argentinas coparticipan a sus municipios un 14,04% de sus ingresos públicos totales, aunque el desvío estándar es alto. [...] La provincia con mayor porcentaje de coparticipación es Tierra del Fuego (28,61%), seguida por Chubut, Catamarca, Mendoza y Córdoba. En el otro extremo se ubica San Luis, que distribuye solamente el 8,93% de sus ingresos públicos corrientes. Otras provincias con porcentajes de coparticipación notablemente bajos son Misiones, Formosa, Corrientes, La Pampa y Santa Cruz. Las provincias de Río Negro, Santiago del Estero, Buenos Aires, Salta, Neuquén y Santa Fe se ubican relativamente cerca del promedio.¹⁷

La segunda etapa de los regímenes de coparticipación a municipios consiste en la distribución secundaria, respondiendo esta a dos grandes interrogantes: Cuál es la participación específica que se atribuye a cada municipio en particular; y cuál es el criterio de reparto o «prorrateador» utilizado por el régimen. El llamado prorrateador o distribuidor es la base técnica de la distribución, es decir los parámetros en los cuales se basa la misma. En la elección provincial de los mismos encontramos ejemplos variados y dispares,

Lamentablemente muchas provincias que han iniciado un proceso de descentralización de competencias a sus municipios se encuentran muy por debajo del promedio de coparticipación, generando importantes desequilibrios fiscales en las arcas municipales. En otras palabras, la descentralización en el gasto no fue acompañado con una descentralización de ingresos en grado equivalente o aumento de asignaciones o partidas por coparticipación.

¹⁷ Díaz Frers, L. (2013). Debajo del laberinto: Los sistemas de coparticipación de provincias a municipios. Política Fiscal de CIPPEC. Recuperado de http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/34079/Documento completo.pdf?sequence=1 con fecha 09 de junio de 2020

para su sintetización nos guiaremos de la eximia investigación elaborada por Japaz, Vaquie y Montbrun. 18

En primer lugar debemos remarcar que todo prorrateador debe ser analizado desde el carácter del mismo, nos referimos a su naturaleza de «directo» o «indirecto», siempre y cuando tienda a alcanzar resultados de eficiencia recaudatoria o bien de equidad:

3.1. Criterio devolutivo: Se parte de la premisa de que cada una de las jurisdicciones debe recibir en concepto de coparticipación en proporción a la recaudación originada en su territorio. Este criterio tiende a premiar la eficiencia recaudatoria, bajo el objetivo de reintegrar a la jurisdicción lo que en su territorio fue recaudado, en definitiva en proporción a lo que cada uno ha contribuido a la formación de la masa. Nótese su importancia desde la responsabilidad fiscal, por contribuir a que se mantenga en pie de igualdad la responsabilidad en el gasto y en la recaudación.

Principalmente un tipo de prorrateador de este criterio es utilizado en la distribución de impuestos como el automotor, inmobiliario, como así también de regalías, debido a su inminente base local o conexión razonable con el ejido municipal. No obstante, su aplicación aislada puede dar lugar a competencias fiscales nocivas entre jurisdicciones, por lo cual en muchas ocasiones se opta por incluir a los mismos en un único régimen general de recaudación, centralizado desde la provincia, quien será la que distribuirá a los municipios eventuales sumas que pudiesen haber recaudado si tuvieran dicha competencia asignada.

3.2. Criterio redistributivo: El gran objetivo de un distribuidor bajo este criterio reconociendo diferentes realidades, capacidad, recursos y necesidades de gasto entre las jurisdicciones, se centra en lograr niveles mínimos de bienes y servicios. Para lograr este resultado busca asegurar una uniformidad a través de la premisa de la equidad. Es utilizado por las provincias para distribuir lo

¹⁸ Japaz, M., Vaquie, E. y Montbrun, A. (1995). Coparticipación Municipal, nuevos prorrateadores, formalización legal y funcionamiento simulado. *Trabajo de investigación presentado en la vigésimo octava jornadas de finanzas públicas. Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Córdoba*. Córdoba.

recibido en concepto de coparticipación federal, como así también el producido de impuesto a los ingresos brutos y de sellos, los cuales requieren indefectiblemente una centralización en su recaudación.

3.3. Principales prorrateadores utilizados. Hecha esta introducción pasamos a mencionar los principales prorrateadores utilizados en los regímenes de coparticipación municipal en argentina:

Prorrateadores redistributivos:

- 1.- En proporción directa a la población de cada municipio: Constituye uno de los distribuidores llamados "clásicos" por su amplia utilización en las jurisdicciones provinciales y en el derecho comparado. Parte de reconocer las crecientes necesidades a cubrir cuanto más densidad poblacional tenga el territorio.
- 2.- En proporción directa a las erogaciones corrientes ejecutadas por cada municipio: El gran inconveniente con este prorrateador es reconocido en la doctrina, y parte de su efecto neutro sobre la corrección en el gasto, como de la responsabilidad frente al mismo. Siempre partiendo de la base de que asigna mayores partidas a quien más erogaciones corrientes efectúa. Es un prorrateador utilizado principalmente por la Provincia de Salta en su ley de coparticipación municipal Nº 5082.
- 3.- En proporción directa a las fuentes tributarias municipales: Es otro de los prorrateadores denominados "clásicos" con amplia utilización en las jurisdicciones provinciales, como Rio Negro (Ley Nº 899), Formosa (Ley Nº 766), Chaco (Ley Nº 3188) entre otras. Tiende a lograr una responsabilidad fiscal de los municipios desde la faceta de sus ingresos, a modo de una correcta y eficiente recaudación. El problema señalado por la doctrina es que tiende a discriminar a municipios chicos, que pese a contar con una adecuada recaudación medidas en términos absolutos pierde frente a los llamados grandes.

- 4.- En proporción directa al cociente resultante de dividir erogaciones de capital sobre el total de erogaciones: Este distribuidor tiende a premiar con mayores partidas a los municipios que privilegian la inversión sobre los gastos corrientes.
- 5.- En proporción directa al cociente resultante de dividir el número de población total sobre el total de planta del personal municipal: Este distribuidor busca alcanzar resultados de eficiencia en la formación de la planta de personal público, y castigar la expansión indiscriminada o improductiva de la misma. Permite adoptarlo como mecanismo disuasivo en la incorporación de personal por fuera de las necesidades reales. Este prorrateador es utilizado de forma expresa en la ley de coparticipación municipal de la Provincia de Chaco Nº 3188.
- 6.- En proporción inversa al total de población de cada municipio: Si solo se contemplara un prorrateador puro directo a la población, los resultados mostrarían una discriminación frente municipios con escasa población. A merito de ello, algunas jurisdicciones como Corrientes (Ley N° 5120) o Santiago del Estero (Ley N° 6426) lo incluyen en sus leyes de distribución.
- 7.- En proporción directa a la extensión territorial de cada municipio: La doctrina señala ciertas inconsistencias de este tipo de prorrateador al tener en cuenta una importancia relativa observando únicamente un criterio objetivo de extensión territorial, sin contemplar efectivamente la debida prestación de servicios o funciones municipales en el territorio. De esta forma pierde rigor científico a la hora de distribución de la coparticipación, pero encontramos ejemplos en la legislación Nº 10.559 de la Provincia de Buenos Aires.
- 8.- Según la participación relativa de cada municipio en el indicador de necesidades básicas insatisfechas (NBI): Según documentos de trabajo elaborados por INDEC, el concepto de NBI está basado en el establecimiento de umbrales mínimos de bienestar, según niveles universalmente aceptados, los cuales deben ser alcanzados a partir de la cobertura de un cúmulo de necesidades materiales básicas. Así, cuando los hogares, o la población que vive en los mismos, no pueden

satisfacer tales necesidades, los mismos son categorizados con NBI

Así las cosas este prorrateador busca compensar la desigualdad relativa de municipios con indicadores de pobreza estructural, indigencia o marginalidad, reconociendo la creciente necesidad de gastos para satisfacer estas necesidades. Ejemplo de este indicador podemos encontrarlo en la ley de coparticipación municipal en la Provincia de Entre Ríos Nº 8.492.

- 9- En proporción inversa a la capacidad tributaria per cápita del total de la población del municipio: Si solo se tuviera en cuenta un criterio directo a la capacidad tributaria de la población, se correría el riesgo de discriminar a favor de municipios grandes donde usualmente se encuentran las mejores condiciones de empleo y productividad. En consiguiente, este prorrateador redistributivo viene a compensar la situación en municipios chicos o pobres. Es utilizado en la ley de coparticipación municipal de la Provincia de Buenos Aires Nº 10.559.
- 10.- <u>Por partes iguales entre todos los municipios</u>: Es otro de los llamados distribuidores "clásicos" con amplia utilización en la mayoría de las jurisdicciones provinciales, como La Pampa (Ley Nº 1065), Chubut (Ley Nº 6), Catamarca (Ley Nº 5174) o Córdoba (Ley Nº 8663) entre otras.

Prorrateadores devolutivos

- 1.- <u>En proporción directa a la facturación anual de cada municipio</u>: Los datos necesarios surgirán de los indicadores de facturación provincial del ejercicio fiscal anterior.
- 2.- <u>Según el régimen general de redistribución por combinación de criterios</u>: En diversas ocasiones la distribución de impuestos de inminente base local, como lo son el impuesto a la propiedad automotor o el inmobiliario, es incluida dentro del régimen general combinando criterios devolutivos con redistributivos.

Pese a la diversidad de prorrateadores, los mismos no funcionan de forma pura, sino que se tiende a combinar criterios devolutivos con redistributivos con el objetivo de alcanzar eficiencia sin perder de vista la equidad. La elección del prorrateador debe contemplar también, diferentes competencias y servicios asignados a cada municipio, y sus diferentes realidades, a modo de lograr coherencia con los principales objetivos perseguidos.

Si observamos que los regímenes de distribución de recursos nacionales y provinciales a los municipios se erigen como el medio de financiamiento más importante, estamos reconociendo la escaza participación de estos en cuanto a tributos propios, y la excesiva dependencia económica a transferencias. Es hora de replantearnos el modelo de financiamiento de los municipios de Argentina, dotándolos de mayor espacio de intervención fiscal que permita reducir su dependencia y mejorar o multiplicar los tipos y calidades de los servicios que prestan a partir de una mayor dotación de recursos. 19

4. Estado de situación del sistema de coparticipación provincial de municipios en La Pampa.

Pasaremos directamente a analizar los lineamientos contenidos en la Ley Nº 1065 de la Provincia de La Pampa, sancionada en 1988, que establece el marco regulatorio del sistema de coparticipación provincial. Es conveniente recordar Constitución Provincial en su artículo 116 contempla la operatividad de un sistema de coparticipación obligatoria y automática a municipios y demás centros de población que no alcancen dicho carácter.

Dicho esto, en primer lugar se debe analizar la constitución de la masa coparticipable, determina qué tributos o más bien el producido de cuáles integrarán el acervo destinado a distribución. El artículo 2 de la ley señala entonces que la masa de fondos a distribuir estará compuesta por:

¹⁹López Accotto, A. y Macchioli, M. (2015). Documento de trabajo: La estructura de la recaudación municipal en Argentina: alcances, limitación y desafíos. Secretaria de Asuntos Municipales, Ministerio del interior y transporte. Buenos Aires.

a) El producido de la recaudación de todos los impuestos provinciales, excepto aquellos que tengan afectación específica dispuesta por Ley. b) El 51% del producido que recibe la Provincia: 1) Del Régimen de Coparticipación Federal de Impuestos o el que lo sustituya; 2) De los Aportes no reintegrables del Tesoro Nacional sin afectación a destino Específico (de libre disponibilidad).

Como se observa, se excluye en la formación de la masa el producido de impuestos, en este caso provinciales, que tengan asignación específica. Ello puede prestarse a abusos si nos detenemos a contemplar el efecto de exclusión de la masa coparticipable, en relación a la autonomía municipal, por lo cual requiere de límites legales.

En cuanto a la distribución primaria, es decir, la porción de la masa repartido al conjunto del nivel municipal, encontramos la primera situación critica que afecta de sobremanera a la financiación municipal con consecuencias negativas sobre la autonomía local. El art. 3 de la ley señala que la distribución de la masa anteriormente detallada se distribuirá de la siguiente manera:

a) El 79% en forma automática para la Provincia. b) El 18% en forma automática para el conjunto de municipios. c) El 2% para el Fondo de Desarrollo Comunal de acuerdo a lo previsto en el capítulo II (Art. 8, 9 y 10) de la presente Ley. d) El 1% para el Fondo de Aportes del Tesoro Provincial a Municipios conforme lo previsto en el capítulo III (Arts. 11 y 12) de la presente Ley. Esta distribución sufre cierta modificación a través de la creación del Artículo 7 ° (Bis) que crea a partir del 1 ° enero de 2009, el Fondo Complementario Coparticipable, el que se constituirá con el cinco por ciento (5%) de la masa de fondos a distribuir prevista en el artículo 2° de la Ley 1065, monto que se detraerá del porcentaje establecido en el inc. a) del artículo 3° de la citada Ley, y que será de libre disponibilidad para los Municipios y Comisiones de Fomento.

Actualmente, de la masa determinada, el 18% se coparticipa a los municipios, el 74% va a la Provincia, el 5 % se distribuye entre municipios y comisiones de fomento por medio del Fondo Complementario Coparticipable, el 2 % viene a crear el Fondo de Desarrollo Comunal con destino para obras públicas, y por último el

1% se destina a al fondo de Aportes del Tesoro Provincial para situaciones de emergencia.

Por lo general se observa una media o promedio a nivel nacional donde las provincias reparten a sus municipios el 23% de sus ingresos totales, sean estos que provengan de sus propias competencias tributarias o bien de lo recibido por coparticipación federal. La Pampa se encuentra por debajo de la media nacional, distribuyendo aproximadamente el 19,2% de sus ingresos totales a los municipios. Esto se agrava si tenemos en cuenta que la Provincia se encuentra dentro del grupo selecto de ocho provincias que reciben regalías, que vienen a integrar la masa a distribuir a los municipios.

Del mismo modo es recurrente en las Provincias reservarse la mayor cantidad de ingresos recibidos por coparticipación federal, y compensar ello con distribuciones mayores en concepto de recaudación de tributos provinciales. Esto se puede observar en La Pampa, donde se reserva para sí, el 49% de todo lo recibido por coparticipación federal, incluyendo en la masa a coparticipar a municipios solo el 51%. Asimismo, si tenemos en cuenta que la distribución primaria asigna el 74% de la masa coparticipable al estado provincial, obtenemos que La Pampa distribuya aproximadamente un 11% de los ingresos que percibe por coparticipación federal de impuestos, debajo de la media que se ubica en 14%.

En cuanto a distribución secundaria de la masa previamente asignada, el aspecto a analizar se trata de los prorrateadores utilizados. El artículo 4 de la ley señala que la distribución se efectuará de acuerdo con los siguientes criterios:

a) El 5% por partes iguales. b) El 20% sobre la base de la población de cada una con respecto al total de la Provincia. c) El 40% sobre la base de los recursos propios percibidos por cada una con respecto al total de ellas. d) El 20% en función de lo que cada una participe en el total devengado anual por el Impuesto a los Vehículos. e) El 15% sobre la base de lo que a

cada ejido municipal le corresponda en el devengado anual de valuación fiscal del Impuesto Inmobiliario. 20

La Pampa utiliza un sistema mixto de prorrateadores redistributivos y devolutivos. En relación a los primeros, el criterio clásico en partes iguales, permite garantizar un porcentaje equitativo a todos los municipios. El prorrateador en función de la población tiende a contemplar la situación de municipios llamados grandes donde la mayor demografía equivale a mayor gasto por necesidades a cubrir y servicios a prestar. Del mismo modo permite desplazar fenómenos de ilusión fiscal, logrando que el contribuyente perciba una devolución de lo que aporta en servicios por parte del municipio.

El prorrateador en base a tributos propios, es recomendable al alentar a la responsabilidad y corresponsabilidad fiscal aunque debe ser cuidadosamente utilizado ya que puede resultar una discriminación en contra de municipios chicos que cuentan con escasa capacidad recaudatoria.

En cuanto a criterios devolutivos se centran principalmente en aquellos impuestos provinciales con conexión territorial al ejido municipal y cuya base imponible permite un control total en aspectos administrativos de la recaudación, es decir el impuesto inmobiliario y el impuesto automotor.

Peligrosa facultad discrecional otorga el artículo 5 de la ley, cuando no se obtenga algún dato base para el cálculo de los índices de distribución secundaria, y se mantenga el del periodo anterior. Dentro de los dos años posteriores a la vigencia del índice, el Poder Ejecutivo podrá reajustarlos y deducir de la coparticipación del ejercicio en que tal reajuste se verifique o del siguiente, los importes pertinentes, cuando se comprobare que los datos suministrados para su determinación no se apoyan en bases ciertas. Los importes excedentes luego del reajuste, serán distribuidos en la forma que determine el Poder Ejecutivo, por lo cual otorga un discrecionalismo poca antes visto, de distribuir a su absoluto criterio sin apego al

218

 $^{^{20}}$ A esto debe sumarse la distribución particular del llamado FO.CO.CO, el cual se distribuye en 50% en función al índice de coparticipación y otro 50% en función inversa a la población.

artículo 4, en una materia donde la puja política puede oscurecer objetividad en el reparto.²¹

Cabe recordar que a principios de 2020, el Gobernador convocó a sesiones extraordinarias para modificar la ley de coparticipación a municipios, pero lamentablemente la pandemia del Covid-19 relegó la discusión del tópico, que esperamos que en el trascurso de la publicación de este trabajo se retome.

Es recomendable avanzar hacia un incremento global en distribución primaria para los municipios a modo de acercarse a la media nacional, siendo cuidadosos en no desfinanciar a la provincia dado el aumento de centralización nacional. Toda discusión sobre nueva ley, no puede significar una vuelta atrás o colocar a un municipio en la situación de recibir menos de lo que recibe por la ley vigente. Se debe eliminar cualquier precepto que permita incluir sesgos partidistas a la asignación de recursos, tales como lo ya mencionado en el artículo 5.²²

Por otro lado, es notoria la migración demográfica de municipios del interior a la capital de la Provincia, siendo propicio adoptar criterios asimétricos que permitan un desarrollo de municipios del interior o aquellos denominados rurales de manera equitativa. Ello se puede alcanzar mediante la utilización de prorrateadores inversos de la población o aquellos que contemplen cantidad de población con necesidades básicas insatisfechas (NBI).

Desde otro punto, sostenemos con fervor enaltecer al municipio como nivel de gobierno más próximo del ciudadano, cauce de participación ciudadana y prestador de los servicios públicos. Esto supone reivindicar su autonomía tributaria y llevar al principio de subsidiaridad a su máxima expresión. Ante el panorama de desfinanciamiento de origen se requiere un replanteo del modelo de asignación de recursos, propiciando un traspaso de fuentes tributarias que en principio estarían en manos de Provincia sin

²¹ Acto seguido la ley señala aspectos operativos de la distribución secundaria tales como los índices, instrumentación de las transferencias y características de la misma, de obligada lectura.

²² Es recomendable entonces que cada municipio envíe datos fidedignos de sus balances a Tesorería General al finalizar cada año para elaborar los índices necesarios.

ningún tipo de conexión razonable como criterio atributivo de potestad tributaria.

Dichas fuentes de recursos deben ser de fácil recaudación y de bajo coste administrativo tales como el impuesto sobre la propiedad inmueble y el impuesto sobre la propiedad automotor. Ello originará una lógica reforma de la ley de coparticipación a municipios por necesaria implicancia en la formación de las masas. Por otro lado, alentamos a la Provincia a continuar reclamando sus derechos originarios frente a Nación por las irregularidades del sistema de coparticipación vigente, pero sin resentir su autonomía y responsabilidad fiscal.

5. Análisis de los principales tributos del municipio de Santa Rosa, La Pampa.

Nos adentraremos a analizar la parte especial del Código Fiscal de la Ciudad de Santa Rosa - Ordenanza N° 237/86, analizando su texto normativo. Por razones prácticas y en honor a la brevedad, limitaremos nuestro análisis a las tasas de mayor peso recaudatorio.

a.- Tasa por alumbrado, recolección de residuos, riego, barrido y conservación de la vía pública (art. 65). A poco que entremos al análisis del hecho imponible observamos una complejidad del mismo por abarcar servicios múltiples y dispares, lo que nos lleva a analizar su naturaleza jurídica, particularmente definir si nos encontramos ante una tasa, una contribución especial o incluso un impuesto complejo. Desde nuestro punto de vista se trata sin dudas de una tasa, si observamos como la norma con claridad meridiana identifica los servicios a ser prestados por el municipio, siendo estos el hecho generador de la obligación tributaria.

Sí puede despertar ciertas dudas, y aconsejamos el perfeccionamiento de la delimitación del aspecto material del hecho imponible, el servicio denominado «servicio de conservación de la vía publica», ya tal como se lo ha denominado pareciera beneficiar no solo a aquellos que residan en la zona de influencia establecida, sino también a todos los miembros de la comunidad o no que utilicen las vías publica.

En relación al «servicio de barrido» tal y como es definido por la propia normal, desaconsejamos toda expresión que no permita identificar correctamente el tipo de servicio prestado por el municipio tales como «todo otro servicio relacionado con la sanidad de las mismas». Recordamos que la Corte Suprema de Justicia ha establecido que el cobro de una tasa debe corresponder siempre la concreta, efectiva e individualizada prestación de un servicio referido a algo no menos individualizado (bien o acto) del contribuyente (Fallos: 234:663; 236:22; 251:222; 259:413; 312:1575; 325:1370). Asimismo es requisito legal para el cobro de la tasa que el servicio sea correctamente organizado y puesto a disposición del contribuyente a modo de que este tenga o haya tenido una posibilidad real de utilizarlo, aun cuando carezca de interés real sobre el mismo.

Por su parte, respecto del elemento personal del hecho imponible, cuenta con una mala técnica legislativa, pretendiendo situar como sujetos pasivos del tributo a los inmuebles, comprendidos en el radio de prestación de servicios, cuando bien es sabido que la obligación tributaria se establece entre personas. Por lo expuesto, aconsejamos una nueva redacción que comulgue con cuestiones básicas de derecho tributario material, identificando como destinatarios legales del tributo a los titulares dominiales de los inmuebles ubicados en la zona de influencia o incluso a aquellas personas que sin ser titulares dominiales cuenten con la disponibilidad económica del bien a modo de alcanzar todas las situaciones posibles.

Si bien, lo mencionado supra es delimitado técnicamente a través del art. 70, donde se mencionando los sujetos pasivos del tributo, advertimos que no discrimina en forma correcta quién es el contribuyente, como destinatario legal del tributo de los demás responsables del pago de la tasa. A nuestro criterio el contribuyente por excelencia debe ser el titular dominial del inmueble ubicado en la zona de influencia de los servicios que originan el pago de la tasa, recomendamos su delimitación a modo de evitar conflictos de interpretación. Por su parte, la inclusión como responsables a los poseedores con titulo de dueño, excluye a los meros tenedores como adquirir locatarios sin intención de la independientemente de convenios privados no oponibles al fisco. Referente a la tasa de alumbrado, se identifica como contribuyente a

los usuarios de energía eléctrica ubicados dentro de la jurisdicción Municipal.

Respecto de la base imponible, el Código Fiscal recurre para este tipo de tasa a una base específica no monetaria, referente a los metros lineales de los inmuebles ubicados en la zona de influencia. El art. 66 señala que las tasas por alumbrado, riego, barrido y conservación de la vía pública, se percibirán de acuerdo a los metros lineales de frente de los inmuebles y en las cuotas que fije la Ordenanza Tarifaria anual. El servicio de recolección de residuos se facturará por inmueble afectado por el servicio, inscripto catastralmente o por contenedor y según el importe que fije la Ordenanza Tarifaria anual.

Resulta importante mencionar que los elementos adoptados por los Códigos Fiscales municipales para cuantificar la obligación tributaria de las tasas por ellos creados, son heterogéneos. Muchos utilizan tal como lo hace Santa Rosa los metros lineales, aunque el último tiempo se ha observado un avance mayoritario por sobre la valuación fiscal de los inmuebles según datos proporcionados por Catastro, ello a modo de alcanzar la capacidad contributiva y personalizar el tributo.

Lo cierto es que como toda tasa, su recaudación debe guardar una razonable proporción con el costo del servicio, por lo cual se deberá calcular tanto los costos directos como los indirectos que tiene el municipio a la hora de prestar los servicios nucleado en el hecho imponible. No obstante, la Corte Suprema de Justicia en el fallo "Banco de la Nación c/ Mun. de San Rafael" (Fallos 234:663) ha mencionado que no se considera injusto y es aceptable que para la fijación de la cuantía de la tasa retributiva se tome en cuenta no sólo el costo efectivo de ellos con relación a cada contribuyente, sino también la capacidad contributiva de los mismos representada por el valor de los inmuebles o el de su renta, a fin de cobrar a los menos capacitados una contribución menor que la requerida a los de mayor capacidad, equilibrando de ese modo el costo total del servicio público.

Dicho esto, la aplicación del principio de capacidad contributiva supondrá desgravar o eximir a aquellas personas que no cuenten con capacidad contributiva para afrontar la tasa, prorrateando su costo entre los sujetos que sí tiene capacidad económica para hacerlo.

Si bien no estamos del todo de acuerdo con la utilización de este tipo de base imponible totalmente alejada del hecho imponible, sostenemos la necesidad de evaluar la posibilidad real de modificar la base a modo de otorgar un mayor financiamiento al arca municipal, dada su situación profundamente crítica en términos financieros. Advirtiendo que el cambio puede llegar a elevar las tasas de manera superlativa, por lo cual, en el balance puede ponerse la necesaria puja que propiciamos de Santa Rosa, como ciudad capital de la Provincia, en pos del traspaso del impuesto inmobiliario a las competencias municipales.

b. Canon por ocupación y/o uso de espacios públicos (art. 94). Respecto de la cuestión terminológica, el concepto de «canon» no se adecua a la trilogía de categorías tributarias reconocidas, por lo cual aconsejamos su modificación a los efectos de no despertar desavenencias en torno a su naturaleza jurídica. Independientemente de ello el máximo tribunal ha advertido que no importa la calificación que se utilice para denominar la realidad de las cosas, las instituciones jurídicas no dependen del 'nomen iuris' del legislador, sino de su verdadera esencia jurídica económica y entonces, cuando medie ausencia de correlación entre nombre y realidad, deberá desestimarse el primero y privilegiarse la segunda.

Este tributo solo se justifica en la medida que existe ocupación o utilización de espacios de dominio público, entendido por tal un uso especial o diferencial del que puede ser efectuado por el común de la población. Se debe permitir a los municipios tener un mínimo y razonable control sobre el estado de conservación de los bienes de dominio público para que todos los ciudadanos puedan hacer uso de los mismos.

Mas allá que el legislador local ha sido cauto a la hora de definirlos, a modo de no posicionarse en una postura a favor o en contra de la naturaleza jurídica, sostenemos que se trata de una tasa, si bien el estado no aparecería brindado un servicio propiamente dicho, el mismo se encuentra tolerando un uso o ocupación diferencial del espacio público por el contribuyente. Ese uso diferencial los habilita a cobrar un tributo sobre algo que en principio es gratuito.

Esta conclusión es seguida por la Corte Suprema de Justicia; el pago del tributo como tasa es una retribución en dinero justificada por una ventaja diferencial, que sería en el caso la utilización económica del dominio público, realizada por el contribuyente en forma voluntaria. La conservación de las instalaciones y ciertas obras precisas y eventuales exigen actividad y gastos del estado, nada impide entonces que este los perciba, aun de tratarse de una actividad anterior al cobro (Fallos. 270:468).

El hecho imponible de la tasa según el art. 94 del Código Fiscal es descripto en forma compleja abarcando diferentes actos o situaciones que dan lugar al nacimiento de la obligación tributaria en cabeza de quien efectúa el uso u ocupación diferencial del espacio público tomado este como subsuelo, superficie o espacio aéreo del mismo, en modalidades diferentes. Sugerimos por lo tanto que la redacción del hecho imponible incluya como precisión técnica el concepto de uso u ocupación «diferenciada» o «especial».

En cuanto al sujeto pasivo del tributo, el art. 96 señala a todos aquellos sujetos que efectúen el uso u ocupación diferencial del espacio público, tales como concesionarios o permisionarios. Dado a que el uso u ocupación puede ser efectuado de diferentes formas y a través de diferentes cosas o medios, sugerimos incluir como responsables solidarios conjuntamente con el contribuyente señalados *supra*, a aquellos sujetos que tengan propiedad o posesión de los bienes con los que se verifique la ocupación o utilización diferenciada del espacio público. Asimismo, se debería incorporar como contribuyentes aquellos que realizan los actos contemplados como hechos imponibles aun sin contar con permiso o autorización.

Respecto de la base imponible, el Código Fiscal aplica el gravamen en una cuantía fija por unidad de medida no monetaria, tales como metro lineal (reserva de acera), unidades (columnas, mesas, líneas de transporte) o metros cuadrados. Para determinados usos u ocupaciones diferenciales consistentes en reservas de acera o espacio para vehículos de diferentes especialidades, la Ley Tarifaria Anual recurre a Unidades Fijas (U.F.) equivalentes cada una al precio en vigencia del litro de nafta especial.

El devengo se produce con el otorgamiento inicial del permiso de uso u ocupación diferencial por cualquier tipo de adjudicación, y se requiere que el tributo sea proporcional al tiempo efectivo del uso u ocupación. Sugerimos a los efectos de calcular el gravamen evaluar la inclusión de «presunciones de tiempo uso», es usos cuya modalidad sea fijada por días, para el caso del contribuyente que realice el hecho imponible sin petición de permiso previo, siempre que los mismo provengan de indicios debidamente comprobados.

Un tema que ha generado y genera profundas controversias es la potestad tributarias de los municipio de gravar con la tasa de uso o ocupación diferencial del espacio público, empresas de servicios de telecomunicaciones, entendidas estas como servicios de telefonía, internet, radio, televisión, entre otros, comprendidos en la Ley Nacional de Telecomunicaciones Nº 19.798.

En la causa "Telefónica de Argentina S.A. c/. Municipalidad de General Pico" (Fallos. 320:162) la Corte Suprema de Justicia ratificó definitivamente la competencia federal en la materia estableciendo que el tributo local constituye un inequívoco avance sobre la reglamentación que el gobierno nacional ha hecho en una materia delegada por las provincias a la Nación (art. 75 incs. 13, 14, 18 y 32 de la C.N.), importando el desconocimiento del ámbito de protección que la ley federal. Es importante hacer notar que la jurisdicción federal comprende tanto a los aspectos interprovinciales como a los aspectos locales de los servicios de telecomunicaciones en cuanto son inescindibles del contenido nacional de la empresa, manteniendo una relación íntima y fundamental con el comercio interprovincial.

No obstante, bien como lo ha señalado la jurisprudencia, las facultades que posee Nación no pueden avanzar sobre las legítimas potestades tributarias municipales, en la medida que estas no interfieran en el fin tenido en cuenta por el Estado Nacional a la hora de sanción la ley federal que regula el servicio. Ello ha sido contemplado en el fallo "Telefónica de Argentina c/ Municipalidad de Chascomús" (Fallos: 320:619), donde se deja en claro la potestad constitucional que poseen los municipios para imponer tributos, siempre y cuando respondan a una efectiva prestación de servicio, pudiendo ser servicios de habilitación comercial por seguridad, salubridad e higiene o publicidad y propaganda.

En definitiva, recomendamos a los efectos de un reordenamiento tributario, incluir en el Código Fiscal una exención del pago del tributo en consonancia con la legislación federal que así lo establece, a las empresas licenciatarias de servicios de telecomunicaciones, sometiendo a estas a la tributación por otras tasas existentes donde se efectivice la prestación de un servicios municipal, y por supuesto no interfiera con el fin dispuesto por la ley nacional.

c.- Derechos de Publicidad y Propaganda (art. 100). La reglamentación de la publicidad y propagando dentro del ejido municipal responde al necesario poder de policía que deben tener los entes locales para controlar principalmente la seguridad y moralidad, reservando dentro de su órbita la autorización y la inspección de los mismos. La naturaleza jurídica de este tributo debe ser analizada a la luz de los límites a la potestad tributaria de los municipios. El Código Fiscal al definir el hecho imponible señala que por la publicidad con fines lucrativos que se realicen en la vía pública o resulte visible desde la misma se pagarán los derechos que establezca la Ley Tarifaria Anual.

En definitiva, el tributo como tal solo se justificaría en la medida que fuera una tasa que responda a servicios efectivamente prestados por el municipio tales como los de registrar, habilitar, inspeccionar y controlar la publicidad escrita o gráfica hecha en la vía pública o desde lugares visibles a esta. Debido a la imprecisión con la que se encuentra legislado el tributo en el Código Fiscal, se encuentra desnaturalizada su naturaleza de tasa, acercándose a la categoría de impuesto que a través de la Ley 23.548 caería dentro de la analogía.

Por lo expuesto, recomendamos la modificación del hecho imponible a los efectos de precisar expresamente los servicios prestados por el municipio, de lo contrario se desvincula el hecho generador de cualquier actuación estatal. Del mismo modo, sugerimos su correcta terminología como "Tasa de publicidad y propaganda".

Respecto del sujeto pasivo de la tasa, el art. 102 cuenta con una mala técnica legislativa al no diferenciar precisamente quién es el destinatario legal del tributo, de los demás responsables por deuda ajena. Se debe dejar en claro que el contribuyente, es decir el sujeto que realiza el hecho imponible descripto por la norma es el titular del anuncio publicitario. A más de ello, solidariamente se encuentran alcanzados por el tributo, sujetos que de una u otro manera se beneficien indirectamente con el anuncio publicitario.

La base imponible a los efectos de liquidación administrativa de la tasa se encuentra en la Ley Tarifaria Anual, utilizándose índices tales como metro cuadrado, mes o fracción, permitiendo el Código Fiscal en art. 102, utilizar de igual forma índices como superficie, forma, ubicación u otras particularidades según el tipo de propaganda o publicidad o el sujeto que la realice. A todo efecto, rigen montos fijos aplicables por unidad de medida utilizada.

El art. 107 por su parte, realiza una enumeración de actividades de publicidad y propaganda bajo la leyenda de «Las disposiciones del presente título no comprenden», sugerimos su modificación a los efectos de precisar si se hace referencia a actividades exentas o no alcanzadas por el tributo. Particularmente observamos ciertas actividades que no responden a un fin comercial o de lucro que bien puede decirse que no se encuentran alcanzadas por la tasa, pero los incisos b), c), f). h), j) k) e i) pueden responder a exenciones de tipo objetiva o subjetiva, por lo cual es recomendable la precisión técnica del artículo y diferenciación de situación en caso de corresponder.

d.- Tasa por Inspección de Seguridad e Higiene (art. 159). Dos son las cuestiones a advertir frente a la Tasa por inspección de Seguridad e Higiene, por un lado es el recurso tributario más importante en términos recaudatorios con los que cuenta el municipio argentino, y por el otro, es el que más controversia ha suscitado en la práctica. Dicho eso se debe previamente reconocer la naturaleza tributaria de este recurso, y como tal una tasa, debiendo cumplir con todos los requisitos forjados para este tipo de especie tributaria, integrando una actividad onerosa del contribuyente y la actividad vinculante del municipio.

Pasando a analizar el hecho imponible definido en el Código Fiscal, el mismo señala que lo constituyen los servicios de inspección destinados a preservar la seguridad, salubridad e higiene en comercios, industrias, profesiones, y más. De una simple interpretación gramatical del texto normativo surge que la razón de ser, o propia justificación del tributo esta dado por los especiales servicios prestados por el municipio, que vienen a constituir su hecho imponible, por lo cual la redacción que no puede considerarse desafortunada concluye en que nos encontramos con una tasa retributiva de servicios. Recomendamos incluir una expresión que permita asegurar permanencia en el cobro legítimo de la tasa en el tiempo, fundamentada en la regularidad de la prestación del servicio a modo de confirmar o bien verificar el mantenimiento de las condiciones de seguridad e higiene.

Los sujetos pasivos de la tasa se encuentran en el art. 162, señalando que son contribuyentes los titulares y/o responsables de

las actividades onerosas mencionadas en el hecho imponible, sin más referencias. Sugerimos a modo de precisión técnica y con el objeto de ampliar el polo pasivo de manera razonable, incluir como responsables a las personas físicas o jurídicas que realicen todo hecho u acción destinada a promover, difundir o incentivar la actividad onerosa señalada.

El objetivo de los servicios efectivamente prestados por el municipio responderá en última instancia al bienestar general de la comunidad, asegurando que dentro de su ejido la actividad onerosa entre ellas las industriales y comerciales se desenvuelven de manera segura sin riesgo para la salud. Es importante mencionar que la jurisprudencia ha aceptado que no en todos los casos el servicio se particularizará en un determinado contribuyente, pero el servicio debe estar organizado y debe ser brindado con periodicidad por sobre el total de las actividades onerosas en el ejido. Si esto no ocurre, se desnaturaliza la especie tributaria, y pasaría a encubrirse a través de una tasa un verdadero impuesto análogo a impuesto al valor agregado, y como tal en franca violación a la ley de coparticipación.

El aspecto espacial del hecho imponible es uno de los puntos de mayor controversia de este tipo de tasas, se requiere de manera excluyente que contribuyente cuente con local y establecimiento físico dentro del ejido municipal a modo de que este pueda prestar de manera efectiva el servicio de referencia, de lo contrario estaría excediendo sus potestades tributarias (Fallos. 332:1503). A buen criterio el art. 159 es expreso en señalar lo mencionado, excluyendo a contribuyentes sin sustento territorial en el ejido municipal por cuento impide la divisibilidad o individualización del servicio.

Otro aspecto controvertido viene dado por la base imponible de este tributo, en particular el art. 160 del Código Fiscal señala que el gravamen se determinará sobre la base de categorías establecidas en función de los ingresos brutos, patrimonio neto, activos, cantidad de empleados, m2 del o de los locales, tipo de actividad. Siendo requisito de legitimidad de las tasas, que su costo guarde una razonable y prudente proporcionalidad con el costo del servicio prestado, el Código Fiscal establece opciones de bases imponible dejando para la Ordenanza Tarifaria su elección, pero es totalmente objetable la inclusión de «ingresos brutos» o «patrimonio neto o activos» del contribuyente, desentendiéndose dichas bases de costo global del servicio. Independientemente de ello, la Ordenanza

Tarifaria al 2019 recurre directamente, y en la generalidad de los casos, a importes fijos, utilizados de manera diferencial para determinadas actividades, bases imponibles específicas tomando unidades no monetarias tales como metros cuadrados, capacidad máxima de personal o m2 construidos.

No se encuentra justificación alguna a la disposición complementaria del art. 165, al mencionar que para la situación de que un mismo contribuyente cuente con más de un local o establecimiento, tributará de forma independiente «siempre que la actividad desarrollada en dichos establecimientos devengue de por sí ingresos», sugiriendo su eliminación, teniendo en cuenta el hecho imponible de la tasa y la elección de base de imposición por la ley.

No obstante, no desconocemos la vigencia del tercer párrafo del Convenio Multilateral que establece la posibilidad de aquellos municipios cuyas ordenanzas solo le permitan gravar a aquellos contribuyentes con establecimiento físico en su ejido, de atribuirse el total de base imponible de ingresos brutos para liquidar la tasa, dentro del cual podemos incluir al municipio de Santa Rosa. Asimismo múltiples resoluciones de la Comisión Arbitral y alguna resolución de la Corte Suprema de Justicia (Fallos. 329:5; 234:663), han permitido y tomado como razonable el cálculo de la tasa sobre ingresos brutos, siempre en a medida que se guarde una razonable equivalencia con el costo del servicio.

Es conveniente hacer una mención referente a la llamada Tasa habilitación de Industria y Comercio ubicada en el art. 143 del Código Fiscal. Dicha tasa se fundamenta en iguales servicios que son prestados por el municipio en la Tasa de inspección de Seguridad e Higiene, diferenciándose únicamente por un estadio temporal. La Tasa de habilitación de Industria y Comercio se aplica al momento de solicitar la habilitación del local o establecimiento donde el contribuyente presta su actividad onerosa; por su parte la Tasa de inspección de Seguridad e Higiene se aplica anualmente ante la regularidad de iguales servicios.

Ahora bien, observando que el destinatario legal del tributo es el mismo en ambas tasas (art. 145), y que los servicios que la justifican vienen a duplicarse sin sentido (art. 150), recomendamos subsumir la Tasa por Habilitación de Industria y Comercio dentro del hecho imponible de la Tasa de inspección de Seguridad e Higiene, adoptando la misma al estadio procesal inicial y en su caso reordenar

los importes fijos, todo a efecto de simplificar el régimen tributario del municipio.

e.- <u>Tasa por Inspección Sanitaria sobre el ingreso a la ciudad de alimentos de consumo humano (art. 242):</u> Los cuestionamientos que este tipo de recurso de naturaleza tributaria ha despertado en la práctica se fundamentan principalmente en la ausencia de servicios efectivamente prestados por los municipios, desnaturalizando su condición de tasa, como así también, la aplicación en exceso de las legitimas potestades tributarias, constituyendo verdaderas aduanas interiores cuando son aplicadas por el mero transito o circulación de diferentes mercaderías.

Defendemos que todo municipio, y en especial Santa Rosa, deben reservarse el poder de policía en la comercialización de determinados alimentos y bebidas, perecederos originalmente pero no necesariamente, e incluso medicamentos, en protección de la salubridad pública. No obstante, las legítimas potestades municipales deben ser ejercidas en respeto a la legislación federal en la materia por quedar incluidas dentro de la cláusula del comercio del art. 75 inc. 13 de la Constitución Nacional.

El art. 242 del Código Fiscal establece que constituye hecho imponible para la tasa los servicios de inspección a la introducción de carnes trozadas, menudencias, pescados y mariscos, chacinados, grasas, aves, huevos, productos de caza, fruta, verduras, y cualquier tipo de alimentos dentro del ejido municipal que no cuenten con inspección sanitaria nacional o provincial permanente por establecimientos y/o sus representantes y/o vendedores, residentes o no fuera del mismo.

En primer lugar, siendo el presupuesto de legitimidad de esta especie tributaria un servicio divisible, efectivamente prestado por el municipio, sugerimos la correcta identificación en el hecho imponible del tributo cuáles son los servicios de inspección a los que se hace referencia. Entendemos que se tratarían de servicios bromatológicos o veterinarios, pero recomendamos su inclusión.

Por otro lado, es necesario recordar que la regulación respecto del control e inspección de alimentos se encuentra contenida en el Código Alimentario Argentino, siendo autoridades de aplicación para efectuar los controles en los establecimientos de los productores, el Servicio Nacional de Sanidad y Calidad

Agroalimentaria (SENASA) y la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT). Dicho esto, siendo que según la normativa mencionada, el control de calidad y estado, y demás inspecciones que hacen a la seguridad y salud publica referente a alimentos, bebidas, medicamentos o productos de limpieza, se efectúan en origen, no existe fundamento valido para el cobro de tasas municipales que supongan duplicidad de registros e inspecciones, generando ello una doble imposición por idéntico servicio.

Según el art. 19 del Decreto Nacional Nº 815/99 – Sistema Nacional de control de alimentos – establece que las autoridades sanitarias provinciales y municipales serán las encargadas de realizar los controles únicamente en bocas de expendio, no así en trafico de mercadería o en el momento de ingreso al territorio provincial o municipal, ya que de lo contrario funcionarían como aduanas interiores cercenando la libre circulación. En definitiva, la redacción del hecho imponible se encontraría en pugna con la normativa federal en la materia, al gravar la mera introducción al territorio municipal de diferentes productos identificados, intentando salvar su constitucionalidad bajo la referencia de que solo se aplicará la tasa cuando los productos no cuenten con inspección sanitaria nacional o provincial permanente.

Sostenemos que dicha referencia no subsana el vicio constitucional, no obstante Santa Rosa, como se dijo, debe mantener su legítimo poder de policía en especiales actividades con riesgo potencial para la salud. Los servicios prestados por el municipio, en la medida que efectivamente se presten deben adecuarse al Decreto Nacional Nº 815/99, y desarrollarse en las bocas de expendio. Esto es, el municipio puede percibir legítimamente la tasa cuando la mercadería ya haya sido ingresada al territorio con destinos de consumo, encontrándose en los locales o establecimientos pertinentes para tal fin.

Recomendamos entonces no solo modificar la terminología utilizada para definir el tributo como «Tasa por Inspección Sanitaria sobre el ingreso a la ciudad de alimentos de consumo humano», suprimiendo toda referencia a su aplicación en el ingreso de los productos, pudiendo estos no solo contemplar los identificados en el art. 142, sino también ampliarse a productos de limpieza y medicamentos.

El cambio propuesto tendrá efecto sobre los sujetos pasivos del tributo, debiendo modificarse en igual forma el art. 244, pasando a ser sujetos pasivos las personas físicas o jurídicas beneficiarias de los servicios prestados por el municipio. Serian destinatarios legales del tributo como contribuyentes los titulares de mataderos o frigoríficos y los distribuidores de los productos identificados, pudiendo designarse como responsables solidarios a los titulares de los locales boca de expendio para el consumo. Del mismo modo, se deberá readecuar la base imponible utilizada según art. 243, pasando a receptarse a mas de las utilizadas, unidades de tipo no monetarias tales como metro cuadrado o cubico, y otras que se estimen razonables.

6. Conclusiones.

A modo de conclusión observamos que los municipios de Argentina se encuentran carentes de la posibilidad real de crear impuestos como principal fuente de financiamiento local, ante la existencia de leyes que coartan su autonomía sin voz alguna en su dictado. El concepto «autonomía» requiere la precisión que hemos intentamos exponer, cuyos presupuestos normativo-institucional y tributario no puede ser negado so riesgo de vaciar su contenido. No obstante, los municipios se encuentran en una posición caótica, no dudando en expresar que se trata de un problema financiero y no económico, principalmente ante una incorrecta asignación de recursos, más allá que factores externos económicos puedan influir o agravar esta realidad.

Respecto del municipio de Santa Rosa hemos intentado defender su autonomía propiciando que el mismo sea la voz cantante en un consorcio con demás municipio de la región con el objeto de defender su autonomía frente al estado nacional y provincial en la medida que coarten la misma. Principalmente concluimos que no hay impedimento alguno para que el municipio de Santa Rosa avance con el llamado a convención constituyente local, a los efectos de sanción su Carta Orgánica que permita un ordenamiento institucional impregnado de valores, creencias e idiosincrasia local.

Asimismo, en el aspecto financiero, sugerimos y alentamos la puja y negociaciones políticas, canalizadas a través del consorcio o

ente de municipios que mencionamos anteriormente, en lo posible sin aspecto partidista, en pos de la transferencia del impuesto automotor e inmobiliario pudiendo este ser efectuado de forma total, o al menos constituir una delegación de potestad tributaria a los municipios para que estos establezcan «recargos» por sobre los impuestos mencionados a modo de alcanzar fuerza financiera para ambos niveles. Este mecanismo supone que el nivel de gobierno provincial se reservará para sí el poder tributario para dictar la norma que crea el tributo, permitiéndose al nivel municipal aplicar alícuotas suplementarias o adicionales sobre este. A fin de lograr coordinación entre las competencias respectivas, se deberán imponer ciertos topes límites la posibilidad municipal de aplicar las alícuotas suplementarias o adicionales.

Respecto de los tributos en particular receptados en el Código Fiscal del municipio, propusimos un reordenamiento a la luz de las legítimas potestades tributarias de los municipios, en la medida que respeten las normas constitucionales y decisiones jurisprudenciales de trascendencia.

Para concluir, y en el caso de que no se avance sobre lo recomendado respecto de la presión y/o negociación de las municipalidades en pos de la transferencia de tributos actualmente en manos de la Provincia, o bien recargos sobre los mismos, proponemos a modo de lograr mayor financiamiento la creación de impuestos ecológicos que a nuestro criterio pueden quedar fuera de la prohibición de analogía. Del mismo modo, recurrir a tasas por servicios de mantenimiento de la red de infraestructura cloacal con el objeto de atacar una problemática creciente en el municipio, y a contribuciones por mejoras que permitan al municipio contar con margen de acción para efectuar obras públicas tan necesarias, siempre con precisión en la técnica legislativa utilizada.

EL COMPROMISO SOCIAL DEL PODER JUDICIAL DE LA PROVINCIA DE LA PAMPA A TRAVÉS DE LA IMPLEMENTACIÓN DE PROGRAMAS DE VINCULACIÓN CON ESTUDIANTES SECUNDARIOS

María de los Angeles López*

1. El deber del Poder Judicial de acercarse a la comunidad.

En épocas en las que la Justicia se encuentra devaluada ante la sociedad, es necesario revisar su accionar y tratar de entender el porqué de este distanciamiento.

Es por todos conocido que el sistema judicial debe garantizar el acceso a la justicia, por considerarlo el derecho fundamental del orden jurídico a través del cual, toda persona sin distinción alguna, puede ejercer sus derechos y solucionar sus conflictos, siendo accesible a todos y de manera integral.

Uno de los motivos por los que se dificulta ese acceso a la justicia es por el insuficiente conocimiento de la ciudadanía sobre los sistemas judiciales y sobre la forma de ejercer o hacer valer sus derechos. Para lograr la confianza pública en la justicia, la comunidad debe conocer su labor.

Los tribunales son el espacio institucional elemental para la protección de los derechos establecidos en la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos a los que adhirió nuestro país, se debe dar entonces una relación dependiente entre la fortaleza del Poder Judicial y la perfección de la Democracia.

Por ser Estado, es el Poder Judicial quien debe propiciar el encuentro justicia-comunidad, un ejemplo de ello es su compromiso con la educación.

235

^{*} Contadora Pública, Especialista en Administración y Control Público, Mediadora, Tesorera del Superior Tribunal de Justicia.

En este caso, la misión es informar y formar a la ciudadanía sobre los derechos que la asisten a través de programas que lleguen a interlocutores con distintas realidades, en esa comunidad que es el contexto en el que el Poder Judicial está inserto y en el que se encuentran los destinatarios de su servicio.

Implementar programas de transformación, que contemplen políticas y acciones innovadoras orientadas a lograr el cumplimiento del designio constitucional de "Afianzar la Justicia", exige un proceso con acciones concretas, con comunicación constante, con participación activa de distintos organismos y desde los distintos aspectos de la administración de justicia.

2. Distintos programas que lleva adelante el Poder Judicial de La Pampa

Es generalizado el descrédito en el que ha caído la administración de justicia en Argentina, para la opinión pública, la imagen del Poder Judicial ha experimentado un profundo deterioro, hoy la sociedad reclama jueces comprometidos con el servicio público que prestan.

Ahora bien, criticar la actuación de la justicia puede resultar fácil, lo realmente difícil es comprometerse y trabajar para cambiarla, esto no se logra a partir de una disposición o normativa emitida por los poderes del Estado, para conseguir el cambio es necesario el compromiso de toda la sociedad desde el ámbito en que cada uno se desenvuelve.

En este sentido, el Poder Judicial de la Provincia de La Pampa, ha asumido el desafío que implica acercarse a la comunidad y abrir las puertas del Poder Judicial para que la sociedad también se acerque, conozca y participe, a través de diversas acciones, alguna de las cuales menciono a continuación.

 Con el objeto de lograr un servicio de justicia más efectivo y evitar demoras innecesarias en la tramitación de los procesos, el Superior Tribunal de Justicia a través del Acuerdo N° 3446 del año 2016 -que define "Pautas de actuación aplicables a los Jueces de Control" y las "Pautas de actuación aplicables a las Audiencias de Juicio"- establece que "...Los jueces deberán tener especialmente en cuenta la posibilidad de disponer la realización de las audiencias en el lugar donde ocurrieron los hechos cuando ello sea particularmente beneficioso para el comparendo de las partes, testigos, peritos o intérpretes, y para el buen desarrollo del debate".

- Acuerdo 3468: Reglamento sobre Principios de Publicidad y Comunicación Judicial (publicación de las sentencias, publicidad de los actos de gobierno)
- Acuerdo 3524 Control Patrimonial ante la FIA (transparencia y publicidad de las DDJJ patrimoniales de Magistrados y Funcionarios)
- Acuerdo 3566 Comisión para la evaluación de la conformación de un espacio, abierto al público, en donde se conserve, comunique y exponga el patrimonio histórico más relevante del Poder Judicial
- Programa "La Justicia va a la Escuela"
- Programa Educación + Justicia

2. El programa "La Justicia va a la Escuela": antecedentes.

El trabajo de diversas organizaciones vinculadas con el hacer del Poder Judicial, sirvieron de referencia para la implementación de los distintos programas. Tal es el caso del programa La Justicia va a la Escuela.

Es un programa de extensión que tiene como objetivo principal acercar a los alumnos del nivel secundario al funcionamiento del Poder Judicial. Es una propuesta pedagógica que cuenta con el respaldo del Ministerio de Educación de la Provincia de La Pampa.

El objetivo del proyecto es acercar de una manera concreta el Poder Judicial a la sociedad, contribuir con la formación ciudadana de los alumnos, concientizarlos acerca del respeto a la ley, sus derechos, deberes y obligaciones e inculcarles el valor justicia. Se lleva adelante a través del contacto directo con jueces y funcionarios judiciales, que visitarán cada colegio participante, en el que explicarán cuales son los temas que se dirimen en la justicia, cual es el trabajo de los jueces, sus competencias, roles y actividades.

Les permitirá a los estudiantes experimentar en forma directa y concreta como actúan jueces, fiscales, defensores, abogados, querellantes y testigos frente a hechos que muchas veces son reflejados en los medios masivos de comunicación, con el objetivo de lograr que los alumnos tengan los elementos para realizar una lectura crítica de lo que ocurre y sus fundamentos.

La metodología de trabajo consiste en la presentación a los alumnos un caso hipotético o real con el objetivo de analizar entre todos como se debe resolver. En esta instancia podrán experimentar la complejidad del trabajo del juez y comprender que no existe una sola forma de resolver el caso.

Finalmente se simula un juicio oral sobre un caso hipotético, en el que los alumnos asumen los distintos roles del proceso (juez, fiscal, defensor, víctimas y testigos) con la asistencia de los funcionarios en la preparación del caso.

Para implementar el programa el Poder Judicial de la Pampa, utilizó como base el programa "La Justicia va a la Escuela" elaborado por la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional y la Asociación Conciencia.

En este programa se plantea como objetivo conseguir que los jóvenes tengan una noción más clara del rol del Poder Judicial en la sociedad, de la función de los jueces, y que con esta información y conocimiento los jóvenes puedan descubrir su rol en la construcción del valor justicia.

Es una salida del Poder Judicial a la comunidad para colaborar con la transmisión de valores y crear un espacio de reflexión sobre uno de los valores indispensables para la vida en comunidad.

El hecho de que esta salida a la comunidad se materialice haciendo contacto en la escuela, tiene que ver con que es el espacio de transmisión de valores, formación para la ciudadanía, es la institución pública en la que se debiera aprender a vivir en democracia.

Este programa surge para dar respuesta a la preocupación de estas organizaciones por el desconocimiento que la sociedad tiene sobre la realidad del Poder Judicial y la repercusión negativa que esto genera sobre la credibilidad del sistema.

Se promueve una salida a la comunidad eligiendo como lugar de contacto a la "Escuela", por considerar que es el ámbito en el que conjuntamente con las familias, transmite los sistemas de valores, creencias, leyes y normativa.

En los comienzos del programa, para poner en movimiento la intención de Magistrados y Funcionarios de generar un acercamiento a la comunidad se diseñó un esquema que comprendía:

- Un módulo de trabajo con adolescentes
- Un módulo de trabajo con niños
- Una jornada con adultos de la comunidad educativa (docentes y padres)
- Un módulo de capacitación para Magistrados y Funcionarios.

Se utilizó como metodología de trabajo las charlas informativas a modo de introducción, luego se presentaba una imagen del Poder Judicial lo más cercana a la realidad que se quería transmitir y favorecer la comprensión de sus funciones. Luego se desarrollaban trabajos en grupos y una evaluación final.

Se consideró estratégico iniciar las primeras actividades con adolescentes por encontrarse próximos a adquirir la calidad de ciudadanos y sería oportuno ayudarlos a refeccionar, conocer las normas y comprometerse a respetarlas.

La primera experiencia piloto que llevó adelante la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional, fue sobre fines del año 1998 y se la denominó "La Justicia va al Colegio". Se desarrollaron talleres participativos destinados a alumnos de colegios secundarios en los que se pretendía humanizar la imagen del Juez, aproximarla a la realidad y permitir conocer el funcionamiento del sistema.

Como herramientas para el desarrollo de la actividad se utilizó un video con la cobertura periodística de un caso ficticio. Se leyó material preparado para esa ocasión, se propició el debate en grupos en torno a preguntas previamente elaboradas, concluyendo con un trabajo de los jóvenes con los jueces.

Los resultados fueron muy positivos, tanto para los alumnos como para la comunidad educativa y los jueces participantes. Se logró generar el espacio de debate y difusión de la actividad judicial dirigida a los jóvenes para contribuir a la formación de un juicio crítico.

4. El programa en la Provincia de La Pampa.

En el año 2011 el Superior Tribunal de Justicia, da sus primeros pasos para la implementación en la Provincias de La Pampa el programa "La Justicia va a la Escuela".

La idea surge y es impulsada por el Superior Tribunal de Justicia, a través del Centro de Capacitación Judicial con la coordinación de la entonces Secretaria del Juzgado de Instrucción y en lo Correccional N° 4 de la Primera Circunscripción Judicial, Dra Cristina Paula Albornoz.

Durante este primer año se trabaja en la implementación del programa y comienza la vinculación participando de Capacitaciones, jornada y congresos organizados por el programa nacional "La Justicia va a la Escuela", organizado por la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional (AMFJN) que permitían obtener elementos, recursos y la formación necesarias para sumarse al programa.

Esta actividad se desarrollaba desde el año 2000, habiendo recibido numerosas declaraciones de interés académico del Ministerio de Educación de la Nación. El programa se sigue desarrollando en la actualidad a nivel nacional.

240

 $^{^1}$ El Programa fue declarado de interés educativo por el Ministerio de Educación de la Nación en sus resoluciones N°3370/2006 N°1500/2007, N° 665/2008, N°256/2009, N°675/2010, N°1114/2011, N° 723/12, N°1200/2013.

² Centro de Información Judicial. La Justicia va a la Escuela: convocatoria a magistrados y funcionarios", nota publicada el 27 de febrero de 2019. Disponible en https://www.cij.gov.ar/nota-33488-La-Justicia-va-a-la-Escuela--convocatoria-a-magistrados-y-funcionarios.html

Otros programas similares se desarrollan en los Poderes Judiciales de la Provincia de Buenos Aires desde 2006³ y de la Provincia de Córdoba desde 2004⁴.

5. Los primeros pasos.

A partir de una propuesta presentada por la e organizan en la ciudad de Santa Rosa actividades coordinadas desde la AMFJN por la Directora del Programa Dra. Virginia Simari y por la Responsable de la Planificación Pedagógica, Licenciada Ana María Simari.

El primer acercamiento a la comunidad educativa de la Provincia de La Pampa, se da con el Módulo Inaugural del programa "La Justicia va a la Escuela" que se llevó a cabo los días 23 y 24 de junio de 2011, en el Espacio Auditorio del Centro Judicial de Santa Rosa.

La actividad se desarrolló a través de dos módulos de ochenta minutos cada uno, en los que se presentaron situaciones concretas respecto de temas de la justicia pensados para promover el debate y la reflexión,

³ Instituto de Estudios Judiciales de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, Programa "Los Jueces van a la Escuela". Disponible en http://www.scba.gov.ar/instituto/Presentacionprograma2018.pdf . En esa jurisdicción dicho programa es organizado conjuntamente con la Secretaría de Derechos Humanos de la Provincia de Buenos Aires, y la cátedra "Política y Legislación de la Educación" de la Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación, de la Universidad Nacional de La Plata.

⁴ El programa se denomina "Los Jueces en la Escuela" y es llevado a cabo por la Escuela Judicial Centro de Perfeccionamiento "Ricardo C. Núñez". Consta de cinco encuentros (talleres), busca abrir un espacio de encuentro entre magistrados y funcionarios del Poder Judicial de la Provincia y los adolescentes de las escuelas cordobesas, con la finalidad de vivenciar y afianzar los valores y así contribuir a una "Cultura para la Paz". El Centro ha publicado dos libros dedicados a reportar su experiencia con este programa, uno de 2006 ("Los Jueces en la Escuela", Colección investigaciones y Ensayos, tomo 2), y otro de 2018, ("Los Jueces en la Escuela II", Colección investigaciones y Ensayos, tomo 14).

La primera fase del programa se llevó a cabo con un grupo inicial y limitado de colegios de la ciudad de Santa Rosa. La invitación estaba dirigida a un grupo de cuatro alumnos de segundo año de nivel polimodal y a un profesor del colegio que dictara la materia "Formación Ética y Ciudadana" o materia afín.

Los alumnos y el profesor debieron concurrir a los dos módulos que fueron desarrollados bajo la dirección de la Dra Virginia Simari, que como ya expresara, era en ese momento la Directora del programa.

En estos dos encuentros se desarrollaron los fundamentos para el posterior trabajo grupal que deberían desarrollar ya en el aula en la clase de la materia involucrada.

En el segundo semestre se realizaron visitas de magistrados y funcionarios a los colegios participantes para dar cierre al programa realizándose actividades en las que los alumnos cumplieron distintos roles que les fueran asignados para debates abiertos con participación de funcionarios judiciales.

6. Desarrollo ulterior.

Con estos cimientos, para seguir desarrollando la actividad cada año, es necesario revalidar el compromiso de participación de todos los actores, lo que se instrumenta de la siguiente manera:

6.1. Respaldo del Ministerio de Cultura y Educación del Gobierno de La Pampa. A partir del año 2014 el Poder Judicial busca articular la realización del programa con el Ministerio de Educación. En noviembre de ese año la entonces Ministra Lic. Jaqueline Evangelista recibe a la Dra. Cristina Albornoz, impulsora del programa, conjuntamente con el Secretario Coordinador del Centro de Capacitación Judicial.

A partir de allí, al comienzo de cada año el Poder Judicial a través del Centro de Capacitación Judicial, le transmite al Ministerio de Cultura y Educación la iniciativa de implementar como actividad de extensión para ese ciclo lectivo el programa "La Justicia va a la Escuela" a desarrollarse en escuelas de ciclo medio de la provincia.

Se pone en conocimiento respecto de las actividades programadas, como se estructuran los tres encuentros en los que se desarrolla el programa, los primeros dos en el colegio y el último en una sala de audiencias del Poder Judicial.

6.2. Convocatoria a Magistrados y Funcionarios a participar del programa. Desde el Centro de Capacitación Judicial, se convoca a participar a jueces, fiscales y defensores de la iniciativa del Poder Judicial de implementar el programa "La Justicia va a la Escuela".

En la invitación se da a conocer en que consiste el rol que como funcionarios judiciales se los convoca a desempeñar que consiste en visitas a los establecimientos educativos para actuar como moderadores de una actividad pedagógica que busca que los alumnos conozcan y comprendan las funciones y el modo de trabajo del Poder Judicial.

Las invitaciones se cursaron a distintos organismos de la I y II Circunscripción Judicial, se han realizado personalmente en oportunidad de otras actividades desarrolladas por el Centro de Capacitación Judicial. También se ha convocando a través del Colegio de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la Provincia de La Pampa y con ofrecimientos espontáneos a partir de tomar conocimiento a través de colegas que ya están participando.

Para cada colegio participante, es necesario contar con el apoyo de un equipo de Juez, Fiscal y Defensor, todos del fuero penal, ya que acompañaran a los alumnos en los distintos roles que deberán desempeñar en el simulacro de juicio oral.

Desde que se implementó en la Provincia de La Pampa este programa, siempre se ha contado con el acompañamiento de los funcionarios que desinteresadamente participaban cada año acompañando a un colegio.

Esta disposición muestra el compromiso que los funcionarios tienen con la comunidad, estando a disposición para realizar las visitas a los colegios, acompañar en la preparación del caso a desarrollar durante el año y recibiendo en el ámbito del Poder Judicial a los colegios para desarrollar allí el simulacro del juicio oral.

Esta actividad la desarrollan totalmente ad honorem, sin ningún tipo de retribución como tampoco el cobro de viáticos en los casos de trasladarse fuera de su Circunscripción.

Con lo que queda demostrado nuevamente el compromiso social del Poder Judicial y sus funcionarios en este programa de extensión que no implica gastos para el Poder Judicial.

A modo de ejemplo con el listado que presento en el Anexo II, se puede visualizar que los funcionarios de las dos circunscripciones judiciales se integraron al programa, lo que muestra que esta actividad extensión es considerada por los funcionarios como una incumbencia más del cargo que desempeñan.

6.3. Invitación a los Colegios de Nivel Inicial de la Provincia de La Pampa. Cada año también se realiza una invitación a todos los colegios de nivel medio de la provincia a través de notas dirigidas a los directivos en la que se los invita a participar informándoles en que consiste el programa, las etapas en las que se ha de desarrollar.

El Poder Judicial queda a disposición de los colegios a través de los organismos por medio de los cuales se lleva adelante este programa, que se encargarán de responder dudas, consultas, organizar los encuentros realizando un trabajo en conjunto a lo largo de todo el ciclo lectivo.

El programa se extendió a la comunidad en el año 2012, con la participación de Colegios públicos y privados de Santa Rosa, y a partir de 2013 se extiende el programa a colegios de otros puntos de la Provincia de La Pampa.⁵

244

⁵ En las ediciones desarrolladas en su primera fase participaron, de la ciudad de Santa Rosa, Colegio 9 de Julio, Colegio Ciudad de Santa Rosa, Colegio María Auxiliadora, Colegio Domingo Savio, Instituto Provincial de Enseñanza Media (IPEM) , Colegio Mabel Peralbo, Colegio Paulo Freire, Colegio República Argentina, Colegio Tomás Mason. Del Interior de la provincia participaron los colegios: José Manuel Estrada de Doblas, Instituto Nery Rubio de Lonquimay, Colegio Secundario Witralen de Realicó, Instituto General José de San Martín de Miguel Riglos, Félix Romero de Victorica, República de El Salvador de General Pico, Colegio Modesto Caretto de La Maruja, Héroes de Malvinas de Trenel, Colegio Presidente Perón de Luan Toro, Instituto Catriló de la localidad de Catriló.

- 6.4. Organismos del Poder Judicial a cargo del programa. El Superior Tribunal de Justicia llevó adelante el programa "La Justicia va a la escuela" a través del Centro de Capacitación Judicial desde su origen en el año 2011 hasta el año 2018, que en Reunión de Acuerdo de fecha 4 de abril de 2018, resuelve transferirlo a la Oficina de Comunicación Institucional quien se haga cargo del programa.
- **6.5. Programa "Educación + Justicia".** Desde 2018, a través de la Oficina de Comunicación Institucional el Superior Tribunal de Justicia lleva adelante un programa propio denominado "Educación + Justicia" con características únicas en el país, que incluye además de la propuesta pedagógica "La justicia va a la Escuela", otras ofertas como son:
- a) concurrencia de estudiantes secundarios, a partir de los 16 años, a juicios orales en Santa Rosa, General Pico y General Acha;
- b) exhibición del video de un juicio real editado en colegios secundarios del interior de la provincia, con presencia de jueces, fiscales y defensores oficiales;
- c) visitas guiadas para alumnos secundarios menores de 16 años, al Centro Judicial de Santa Rosa y al Edificio Judicial de General Pico, y
- d) charlas de funcionarios y magistrados en colegios secundarios.

La Oficina de Comunicación Institucional por medio de una nota remitida al STJ con fecha del 18 de septiembre de 2018, solicita la posibilidad de identificar con un nombre específico el programa de acercamiento real a la justicia.

Ante este pedido el STJ en la Reunión de Acuerdo de fecha 6 de diciembre de 2017, resuelve darle el nombre "Educación + Justicia" al programa del STJ que agrupará todas las ofertas pedagógicas, con lo que queda incluida en él la propuesta de los simulacros de juicios a cargo de estudiantes secundarios, eliminando definitivamente el nombre del programa bajo el cual se realizaban ("La Justicia va a la Escuela").

7. Conclusiones: una justicia más cercana.

En la introducción planteaba la necesidad de pensar en una justicia más cercana a las problemáticas cotidianas, que utilice un lenguaje entendible, una justicia cercana a la gente que permitiera generar confianza y empatía para contrarrestar la imagen devaluada del Poder Judicial.

También decía que las demandas de la ciudadanía han mutado y hoy se encuentra desempeñando un rol activo, requiriendo ser escuchada y participando en la deliberación de asuntos públicos.

Por lo tanto, es medular generar entonces puentes de comunicación entre el Poder Judicial y la sociedad, impulsar y sostener el compromiso social, que radica en "la realización eficaz y oportuna de aquello a lo que uno está obligado por ser persona, por ser la persona que se es, por la actividad en la que uno se desempeña, por los contratos asumidos, por las promesas ofrecidas; es decir, el compromiso social es una cualidad ética cuando se lleva a cabo con esmero, con pasión, con dedicación".

En este sentido el Poder Judicial de la Provincia de La Pampa ha entendido que uno de los motivos por los que se dificulta ese acceso a la justicia es por el insuficiente conocimiento de la ciudadanía sobre los sistemas judiciales y sobre la forma de ejercer o hacer valer sus derechos. Razón por la cual, entre las diversas acciones que lleva adelante en pos de generar un acercamiento a la sociedad, se destaca el programa "La Justicia va a la Escuela". Es el programa más acabado que lleva desarrollándose casi una década y con el que también evidencia su compromiso con la educación.

7.2. Valoración. La práctica del programa ha recorrido un largo camino, desde sus comienzos en el año 2011 hasta estos días, en el que todos los años ininterrumpidamente se ha llevado adelante el trabajo con colegios de enseñanza media de toda la provincia.

Esta evolución se dio en varios sentidos: se amplió a la IIª y IIIª jurisdicción, han participado alumnos de colegios públicos y privados de más de diez ciudades de la provincia, creció el número de magistrados y funcionarios que participan desinteresadamente y ad honorem viajando a las localidades en las que se radican los colegios

en los que se llevan adelante los dos primeros módulos, acompañan la preparación de los casos y asisten a los alumnos en los simulacros de juicio oral y público.

El objetivo de generar un vínculo con la comunidad a través de este programa se ha cumplido y con creces. Dado que cada año es mayor la demanda de los colegios en poder participar, consultado con la Oficina de Relaciones Institucionales, que en la actualidad lleva adelante el programa, informó que se realizan dos simulacros por semestre en las salas de audiencia de la I y II Circunscripción.

Quedó demostrado también que los jóvenes aprenden más del sistema judicial y reciben herramientas que ayudan a ser protagonistas de sus vidas y transformar la realidad en la que viven. Son estimulados a ponerse en el lugar del otro, desarrollar un pensamiento crítico, formarse en valores. Y esto se vio con claridad en los módulos que se desarrollaban en los colegios, cuando los alumnos planteaban situaciones injustas o problemáticas de su día a día y en esos momentos surgen temas como la violencia de género, la drogadicción, la trata o explotación de personas, los incumplimientos de cuotas alimentarias, entre los temas más recurrentes, y no solo reciben la orientación legal de los funcionarios, sino lo que resulta más importante, los jóvenes pueden hablar, expresar sus preocupaciones y sentirse escuchados por adultos que están dispuestos a orientarlos.

Recordando las palabras que expresara el Rodolfo Vigo "mas importante que el juez duerma tranquilo con su conciencia, es que la sociedad duerma tranquila teniéndolo de juez y proveyéndole todos los recursos que demanda su trabajo" y el Poder Judicial de la Provincia de La Pampa se está ocupando de seguir por ese camino.⁶

⁶ Vigo, Rodolfo Luis, *La ética y la función judicial: el perfeccionamiento es posible.* En "La Nación", del 27 de octubre de 2017.

Se terminó de imprimir en el mes de noviembre de 2020 en la Imprenta Roma de la ciudad de Santa Rosa,
Provincia de La Pampa, Argentina.
Se imprimieron 250 ejemplares.



www.juslapampa.gob.ar

