



EL DERECHO

Diario de Doctrina y Jurisprudencia

Director:

Guillermo F. Peyrano

Consejo de Redacción:

Gabriel Fernando Limodio

Daniel Alejandro Herrera

Nelson G. A. Cossari

Martín J. Acevedo Miño

El plazo para deducir la acción de amparo. Ilegalidad continuada y afectación de derechos reconocidos en los tratados de derechos humanos

por MAURICIO GOLDFARB

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. – 2. LOS HECHOS DEL CASO. – 3. EL PLAZO PARA INTERPONER LA ACCIÓN DE AMPARO. – 4. AMPARO Y TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES. 4.1. PRESTACIONES PERIÓDICAS E ILEGALIDAD CONTINUADA. 4.2. UNA RAZÓN ADICIONAL: LA CATEGORÍA DE LOS DERECHOS EN DISCUSIÓN. – 5. CONCLUSIÓN: ¿HACIA UNA FUTURA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL PLAZO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE AMPARO? – REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1 Introducción

El 22 de marzo pasado la Corte Suprema falló en la causa “Tejera, Valeria Fernanda c. ANSeS y otros”. En el caso, la Corte hizo lugar al recurso extraordinario y revocó la sentencia de la Cámara Federal de Rosario que –por mayoría– había rechazado la demanda. El argumento central de la Cámara Federal para rechazar el amparo fue la supuesta extemporaneidad por vencimiento del plazo de caducidad de quince días previsto en el art. 2º, inc. e), de la ley 16.986.

El fallo es interesante, más allá de la solución del caso concreto, toda vez que la Corte Federal ha ratificado su doctrina sobre la ilegalidad continuada como causal de interrupción del plazo de caducidad para promover la acción, pero también por la especial referencia a la mayor amplitud que debe otorgarse al amparo en los casos en que se hallan comprometidos los derechos a la vida y a la salud.

En este trabajo revisaremos el fallo de la Corte, con una referencia a la discusión doctrinaria sobre la compatibilidad de la restricción temporal para promover la acción de amparo con el art. 43 de la CN.

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *La inadmisibilidad de la acción de amparo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*, por PATRICIO A. MARANIELLO, EDCO, 2006-325; *Viejos y nuevos matices sobre el rol directo o subsidiario del amparo*, por NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS, ED, 252-259; *El análisis de admisibilidad en el amparo*, por LUIS R. CARRANZA TORRES, ED, 261-537; *El rol del juez frente a la acción de amparo, la efectividad de los derechos sociales y la búsqueda de soluciones judiciales dialógicas*, por MARCELA VON FISCHER, EDLA, 2015-B-873; *Un amparo contra el amparo: la necesidad del dictado de una nueva ley que contemple integralmente los presupuestos del artículo 43 de la Constitución de la Nación Argentina*, por IGNACIO AGUSTÍN FALKE, EDCO, 2015-553; *Un proceso oral para el amparo*, por MARÍA SOLEDAD ALPOSTA, EDCO, 2017-522. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderecho.com.ar.

2 Los hechos del caso

La madre de un menor discapacitado promovió una acción de amparo contra la ANSeS, solicitando la rehabilitación del beneficio de la Asignación Universal por Hijo, así como el pago retroactivo de las prestaciones que había dejado de percibir desde noviembre de 2009. El Juzgado Federal N° 1 de San Nicolás hizo lugar a la acción y ordenó a la demandada reanudar el pago y la cancelación de las asignaciones devengadas desde mayo de 2010. Apelado el fallo por la demandada, la Cámara Federal de Rosario –por mayoría– revocó la sentencia de primera instancia y declaró inadmisibile el amparo con fundamento en la extemporaneidad de la demanda. La actora dedujo recurso extraordinario federal contra la sentencia de cámara y obtuvo el pronunciamiento favorable de la Corte que ahora comentamos.

3 El plazo para interponer la acción de amparo

El art. 2º de la ley 16.986 fija los supuestos de inadmisibilidad de la acción de amparo en el orden federal. El inc. e) establece: “La acción de amparo no será admisible cuando (...) la demanda *no hubiese sido presentada dentro de los quince días hábiles* a partir de la fecha en que el acto fue ejecutado o debió producirse”.

La constitucionalidad de esta restricción temporal ha sido discutida en la doctrina, especialmente a partir de la reforma de 1994. Los autores que admiten la validez de la restricción temporal, cuyo mayor exponente sea tal vez SAGÜÉS, señalan como fundamentos de la existencia de un plazo para la promoción de la acción el valor seguridad jurídica –y la estabilidad propia de los actos administrativos–, que el vencimiento implica un consentimiento tácito del accionante, así como la naturaleza excepcional del amparo⁽¹⁾. Esta tesis restrictiva ha tenido también acogida en la jurisprudencia, en la que destaca el plenario “Capizzano de Galdi Concepción c. I.O.S. s/amparo” de la Cámara Nacional Federal Civil y Comercial del 3-6-99, donde la Cámara declaró de modo expreso la compatibilidad del plazo de caducidad con el nuevo art. 43 de la CN.

(1) SAGÜÉS, NÉSTOR P., *Derecho procesal constitucional. Acción de amparo*, 4º ed., Buenos Aires, Astrea, 1995, pág. 276 y sigs.

Sin embargo, otros autores muy importantes (GIL DOMÍNGUEZ, FIORINI, MIDÓN)⁽²⁾ han presentado importantes reparos a esta posición y han intentado rebatir los argumentos sobre la validez del plazo de caducidad. En relación con la posible afectación de la seguridad jurídica, destacan que no puede sostenerse que el mero transcurso del tiempo pueda purgar los vicios de manifiesta arbitrariedad e ilegalidad. Un acto inconstitucional y que afecta derechos con una tutela de semejante jerarquía no se vuelve lícito por el solo vencimiento de un plazo. El reparo referido al supuesto consentimiento tácito del afectado también ha merecido importantes refutaciones. Dejando de lado las múltiples causales que pueden llevar al vencimiento de un plazo tan exiguo como es el de 15 días (desconocimiento, falta de debido asesoramiento, los costos de contratar un letrado, etc.), la propia naturaleza de los derechos afectados permite una interpretación distinta. Con gran agudeza, GIL DOMÍNGUEZ señala la identidad que existe entre el hábeas corpus y el amparo. A modo de ejemplo, señala que si el Congreso estableciera un plazo de caducidad para la garantía de la libertad personal, dicha restricción sería declarada inconstitucional. Así, concluye: “Si un proceso constitucional que protege la libertad física no puede estar limitado por un plazo de caducidad, otro proceso constitucional que promueve la vida o la salud tampoco puede recibir esta clase de limitación temporal”⁽³⁾. Otros autores como BASTERRA proponen una modificación legislativa que amplíe y torne más razonable el plazo de caducidad para la promoción de la acción⁽⁴⁾. GELLI, en cambio, al tratar de las inconstitucionalidades sobrevinientes de la ley 16.986, se pronuncia por la validez del término de 15 días –con referencia al caso “Capizzano”–, pero con una interpretación flexible respecto del comienzo del plazo⁽⁵⁾.

La solución del caso por la Corte Suprema evita un pronunciamiento expreso sobre la constitucionalidad del art. 2º, recurriendo a la doctrina de la ilegalidad continuada como mecanismo de suspensión (o interrupción) del curso del término de caducidad de la acción.

4 Amparo y tutela de derechos fundamentales

Como señalamos en el apartado anterior, la decisión de la Corte subraya el carácter periódico de las prestaciones

(2) GIL DOMÍNGUEZ, A., *Constitución, emergencia y amparo*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2002, pág. 65; FIORINI, BARTOLOMÉ A., *Acción de amparo. Graves limitaciones e incongruencias que la desnaturalizan*, LL, 124-1361; MIDÓN, MARIO A., *¿Está llegando a su fin la caducidad del amparo?*, LL, 2008-B-215.

(3) Puede ampliarse la lista de autores que sostienen la inconstitucionalidad del plazo de caducidad en BASTERRA, MARCELA I., *El plazo de caducidad en la acción de amparo. Normativa aplicable*, Revista Digital de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, N° 211, págs. 2/23.

(4) BASTERRA, MARCELA I., *El plazo de caducidad...*, cit., pág. 23.

(5) GELLI, MARÍA A., *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2008, t. I, pág. 634.

CONTENIDO

DOCTRINA

El plazo para deducir la acción de amparo. Ilegalidad continuada y afectación de derechos reconocidos en los tratados de derechos humanos, **por Mauricio Goldfarb** 1

Algunas reflexiones sobre la figura del arrepentido, **por Ramiro López Malah**..... 2

JURISPRUDENCIA

PROVINCIA DE BUENOS AIRES

Responsabilidad Parental: Cuidado personal de los menores y lugar de residencia: incumplimiento alimentario; irrelevancia; directrices receptadas por la Convención de los Derechos del Niño; derecho constitucional; leyes nacionales y provinciales; Código Civil y Comercial de la Nación; progresividad aptitudinal; autonomía progresiva; derecho a ser oído; consideración de su opinión; extensión y límites; valoración. **Menores:** Interés superior del niño: trascendencia de la opinión de los menores; resolución de conflictos familiares; decisiones judiciales; consecuencias futuras; principio de la inseparabilidad de los hermanos; estabilidad de las relaciones familiares; régimen de cuidado compartido (**CApel.CC Mar del Plata, sala III, marzo 1-2018**) 4

OPINIONES Y DOCUMENTOS

Aborto y mortalidad materna: atacar la pobreza y no a los pobres, **por Miguel Ángel Schiavone** 7

en juego para aplicar la doctrina de la ilegalidad continuada y admitir así la procedencia de la acción de amparo. El fallo sigue la línea de la jurisprudencia anterior del Máximo Tribunal, especialmente, la posterior a la reforma de 1994, como lo veremos más adelante.

4.1. Prestaciones periódicas e ilegalidad continuada

El núcleo de la decisión de la Corte se halla expresado en los consids. 4º y 5º. Criticando la decisión de la Cámara Federal de Rosario, el Máximo Tribunal señala: “4) Que al desestimar la vía del amparo con motivo del mero vencimiento del plazo previsto en el art. 2º, inc. e), de la ley 16.986, la cámara prescindió de considerar una circunstancia decisiva para dar una respuesta sostenible a su decisión de cancelar la admisibilidad de este remedio constitucional, pues desconoció el carácter periódico de la prestación reclamada por la peticionaria para su reincorporación a un sistema de ayuda económica, en el marco de un conflicto urgente destinado a tutelar derechos que cuentan con reconocimiento directo e inmediato en Tratados Internacionales de Derechos Humanos”.

La Corte se encarga también de recordar que este modo de resolver es consecuente con su jurisprudencia anterior. Así recuerda en el consid. 5º: “... El Tribunal ha resuelto consistentemente que el plazo de caducidad contemplado en el art. 2º, inc. e) de la ley 16.986 no puede constituir un impedimento insalvable cuando –como en el caso– con la acción incoada se enjuicia una arbitrariedad o ilegalidad periódica o continuada (Fallos: 324:3074; 329:4918 y 338:1092)”.

Los fallos citados por el tribunal abarcan un período de más de quince años e incluyen precedentes muy comentados, como el caso “Mosqueda”⁽⁶⁾. En este último caso, la Corte hace suyo el dictamen del procurador, que subraya: “El escollo que se deduce de la prescripción del artículo 2º, inciso ‘e’, de la ley 16.986, no es insalvable en la medida en que con la acción incoada se enjuicia una arbitrariedad o ilegalidad continuada, sin solución de continuidad, originada, es verdad, tiempo antes de recurrir a la justicia, pero mantenida al momento de accionar y también en el tiempo siguiente. No es un hecho único, ya pasado –prosiguió–, ni un hecho consentido tácitamente, ni de aquellos que en virtud de su índole deben plantearse en acciones ordinarias (...). Pensamos que en la especie la lesión es a la vez, inescindiblemente, actual y pasada”.

La doctrina “Mosqueda” fue reiterada en fallos posteriores, entre los que destaca la causa “Etchart”⁽⁷⁾ del 27-10-15. A su vez, este fallo contiene una referencia al re-

(6) Fallos: 329:4918.
(7) Fallos: 338:1092.

cordado caso “Bonorino Peró”, en el que ya en 1985 la Corte –integrada por conjueces– había esgrimido la teoría de la ilegalidad continuada para admitir un amparo que impugnaba la legalidad de actos que se traducían en prestaciones periódicas, donde la lesión es a la vez, inescindiblemente, actual y pasada (en el caso, remuneraciones de magistrados sin la necesaria actualización). La doctrina de la ilegalidad continuada fue también especialmente defendida por la Corte en el precedente “Video Club Dreams” (1995), en el que el tribunal sostuvo además que el plazo debe computarse a partir de la ejecución de los actos de las normas impugnadas y no desde su publicación⁽⁸⁾.

4.2. Una razón adicional: la categoría de los derechos en discusión

Además de subrayar el carácter de continua (y periódica) de la ilegalidad denunciada –en el caso, el no pago de la asignación por hijo–, la Corte no ha dejado pasar la oportunidad de destacar la especial naturaleza de los derechos afectados.

Así, en el consid. 6º se destaca: “La cuestión versa sobre la protección de derechos que trascienden el plano patrimonial y comprometen la salud y la supervivencia misma de los reclamantes, esta Corte ha enfatizado que el plazo establecido en la citada disposición no puede entenderse como un obstáculo procesal infranqueable, ni es aceptable una interpretación restrictiva de una vía consagrada en la Constitución Nacional. Al respecto, es un consolidado criterio hermenéutico seguido por el Tribunal que, dada la índole peculiar de ciertas pretensiones, compete a los jueces la búsqueda de soluciones que se avengan a estas, para lo cual deben encauzar los trámites por vías expeditivas, a fin de evitar que la incorrecta utilización de las formas pueda conducir a la frustración de derechos tutelados constitucionalmente, cuya suspensión, a las resultas de nuevos trámites, es inadmisibles (Fallos: 327:2127; 329:2179; 330:4647; 332:1394 y 1616)”.

De este modo, la Corte resalta el derecho de fondo en juego, que permite dejar de lado obstáculos puramente formales para su tutela. Una lectura amplia del fallo permite avizorar incluso una futura declaración de inconstitucionalidad del art. 2º, inc. e), cuando el derecho en juego es de la máxima jerarquía (vida, salud).

5 Conclusión: ¿Hacia una futura declaración de inconstitucionalidad del plazo de caducidad de la acción de amparo?

El fallo de la Corte marca una continuidad con su jurisprudencia anterior al admitir el amparo cuando lo que se

(8) Fallos: 318:1154.

juzga es una ilegalidad continuada o periódica, haciendo renacer el plazo de 15 días a partir de cada hecho u omisión. Pero la consideración de la especial importancia del derecho en juego, así como la especial condición de vulnerabilidad del actor, permiten prever una flexibilización y hasta una futura declaración de inconstitucionalidad del plazo legal de caducidad. Si el amparo es la garantía de una vía rápida y expedita, no parece razonable establecer un plazo –además exiguo– para que mantenga su condición de garantía de los derechos de los ciudadanos ante una lesión que, en todo caso, mantiene su actualidad.

En nuestra opinión, siempre que exista una afectación manifiestamente arbitraria o ilegal de un derecho con tutela constitucional, convencional o legal, el amparo será procedente, salvo que exista otra vía de tutela más efectiva (la que normalmente no existe). Creemos que, si se derogara el inc. e) del art. 2º de la ley 16.986, o si la Corte lo declarara inconstitucional –incluso no solo cuando se halla en juego el derecho a la vida o a la salud–, no habría tampoco un crecimiento exponencial de acciones de amparo. El riesgo tantas veces anunciado de una multiplicación desmedida del número de amparos ha sido desmentido por la realidad. Es más: cuando la República vivió su hora más oscura, fue justamente la vía del amparo la que permitió la mejor tutela de los derechos de los ciudadanos.

Referencias bibliográficas

BASTERRA, MARCELA I., *El plazo de caducidad en la acción de amparo. Normativa aplicable*, Revista Digital de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional N° 211.

FIORINI, BARTOLOMÉ A., *Acción de amparo. Graves limitaciones e incongruencias que la desnaturalizan*, LL, 124.

GELLI, MARÍA A., *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2008.

GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS, *Constitución, emergencia y amparo*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2002.

MIDÓN, MARIO A., *¿Está llegando a su fin la caducidad del amparo?*, LL, 2008-B.

SAGÜÉS, NÉSTOR P., *Derecho procesal constitucional. Acción de amparo*, Buenos Aires, Astrea, 1995.

VOCES: DERECHO PROCESAL - PROCESO JUDICIAL - ACCIÓN JUDICIAL - PLAZO - AMPARO - CONSTITUCIÓN NACIONAL - DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES - TRATADOS Y CONVENIOS - TRATADOS INTERNACIONALES - CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - JURISPRUDENCIA

Algunas reflexiones sobre la figura del arrepentido

por RAMIRO LÓPEZ MALAH^(*)

Sumario: CONCEPTO. – ANTECEDENTES. – EFECTOS DE LA LEY 27.304. – CONCLUSIONES.

Concepto

“Arrepentirse” es “pesarle a uno de haber hecho o haber dejado de hacer alguna cosa”⁽¹⁾.

En la doctrina alemana esta figura ha sido también denominada delator judicial, informante, colaborador y “testigo de la corona”, advirtiéndose que “en rigor, no

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *El proyecto de ley del arrepentido. ¿La delación premiada?*, por CARLOS E. LLERA, ED, 266-1091; *La figura del arrepentido o delator judicial ¿es compatible con el sistema de derecho internacional de los derechos humanos?*, por CARLOS E. LLERA, ED, 266-1120; *Arrepentido. Herramienta para investigación, prevención y lucha contra delitos complejos*, por CARLOS E. LLERA, ED, 268-843; *Lucha contra la corrupción: el caso Odebrecht. Algunas reflexiones en torno al acuerdo entre las autoridades fiscales argentina y brasileña*, por RICARDO ARREDONDO, ED, 274-735; *La llamada “ley del arrepentido” en el derecho penal argentino*, por ALEJANDRO TAZZA, ED-PE, 12/2016-5; *La buena administración en la contratación pública: compliance y self-cleaning. Especial referencia al derecho comunitario europeo*, por JAIME RODRIGUEZ ARANA MUÑOZ, EDA, diario n° 14.396 del 27-4-18. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderecho.com.ar.

(*) Magíster en derecho penal, Universidad Austral.

(1) Según la Real Academia Española (www.rae.es).

se trata verdaderamente del arrepentimiento sino de la delación”⁽²⁾.

Para SPOLANSKY, se trata de “quien ha participado en la ejecución de un acto prohibido por la ley y luego aporta pruebas para esclarecer el hecho delictivo e individualizar a los otros responsables ante la ley penal, o para prevenir su consumación, o detectar otros hechos conexos”⁽³⁾.

EDWARDS sostiene que el fundamento de esta figura se encuentra en la necesidad de obtener información utilizable en la represión de la narcocriminalidad, para lo cual el Estado se vale de un “incentivo” al delincuente (la reducción o exención de pena), quien, a cambio, revela “información vital para desbaratar a una organización delictiva superior”⁽⁴⁾.

En relación con la figura del arrepentido pueden mencionarse las legislaciones estadounidenses y francesas como antecedentes comparados⁽⁵⁾.

Antecedentes

Primeramente aparecerá en la legislación nacional a través de la ley 24.424 del año 1995 –modificatoria de la

(2) HENDLER, EDMUNDO, *El arrepentido en la práctica judicial anglo-americana*, pág. 25.

(3) SPOLANSKY, NORBERTO, *El llamado arrepentido en materia penal*, pág. 1434.

(4) EDWARDS, CARLOS, *El arrepentido, el agente encubierto y la entrega vigilada*, Ad-Hoc, 1996, págs. 55/56.

(5) *Ibidem*, págs. 34/35.

ley 23.737 de estupefacientes– previendo la posibilidad de reducir la pena o bien eximir de ella a aquel delincuente que, habiendo participado en actividades ilícitas relacionadas con narcóticos o su contrabando, realizara actos de colaboración con la justicia. Si bien el art. 29 ter de la ley 23.737 fue derogado por el art. 17 de la ley 27.304⁽⁶⁾, la figura del arrepentido que allí se contemplaba fue receptada en el art. 41 ter del cód. penal.

Ya en el año 2000, con la sanción de la ley 25.241 se estableció la reducción de penas para quienes colaborasen en la investigación de hechos de terrorismo. Posteriormente esta ley fue derogada por el art. 17 de la citada ley 27.304, pero el supuesto fue acogido mediante el art. 41 ter del cód. penal.

Por otra parte, en el año 2003, mediante la ley 25.742, se incorporó en el art. 41 ter del cód. penal la mencionada figura, esta vez vinculada con el delito de secuestro de personas. Aquí CARAMUTTI habla de “arrepentimiento activo”⁽⁷⁾, en el que lo esencial es la liberación de la víctima, salvar al ofendido cuyos derechos e intereses se privilegiaban, y no tanto la prueba del hecho, la identificación de sus autores o su represión⁽⁸⁾. Idéntica opinión adoptan Co-

(6) Publicada en el B. O. el 2-11-16.

(7) Por “arrepentimiento activo” se entiende los casos de tentativa acabada que, por estructura, reclaman, para poder desistir, obteniendo los beneficios del art. 43 del cód. penal, que el autor impida la consumación mediante la realización de comportamientos positivos (el clásico ejemplo de desactivar la bomba que se había dejado lista para explotar).

(8) CARAMUTTI, CARLOS S., comentario al art. 170 en AA. VV., *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Baigún-Zaffaroni (dirs.), Buenos Aires, Hammurabi, 2009, t. 6.

NOVEDADES 2018

OBRA COMPLETA

OBLIGACIONES

Sobre los derechos y deberes de acreedores y deudores

DANIEL BAUTISTA GUFFANTI



Tomo I

El Derecho
Año 2017
ISBN 978-987-3790-3-4
675 páginas



Tomo II

El Derecho
Año 2018
ISBN 978-987-3790-71-3
790 páginas

Con motivo de la sanción del Código Civil y Comercial, esta obra analiza en detalle, y con sentido crítico, las nuevas disposiciones sobre las Obligaciones. Sin embargo, el autor no se limita a una mera narración exegética; formula una exposición sistemática y razonada de la materia, con argumentación jurídica y ejemplos prácticos.



EL DERECHO

Venta telefónica: (11) 4371-2004
Compra online: ventas@elderecho.com.ar - www.elderecho.com.ar

LOMBO y DIVITO al referirse a la finalidad de la aplicación de esta figura en el art. 142 bis *in fine* del cód. penal⁽⁹⁾.

En 2008, agregando los arts. 145 bis y ter se contempla el instituto en los delitos de trata de personas mayores y menores de edad, respectivamente.

Seguidamente, con la sanción de la ley 26.683 se la estableció para casos de lavado de activos, terrorismo y su financiamiento; asimismo, se le otorgó al juez la potestad de establecer la reserva de identidad de los testigos o imputados que hubieren colaborado con la investigación.

Ahora bien, a través de la ley 27.304, que ha sustituido al art. 41 ter del cód. penal, se instituyó la posibilidad de reducir la sanción al grado de tentativa para quienes cometieren delitos contra la Administración pública pero colaboraren luego en su esclarecimiento brindando información verosímil.

Efectos de la ley 27.304

a) Reducción de la pena. En caso de corroborarse la utilidad de la información aportada, la escala penal del delito imputado al arrepentido se verá reducida de acuerdo con las reglas de la tentativa, esto es, la mitad del mínimo y un tercio del máximo. Ahora bien, en el caso de los delitos previstos con pena de prisión perpetua, la pena solo podrá reducirse hasta quince años de prisión.

b) Suspensión de la prescripción. Durante el plazo máximo de un año –mientras se corrobora la utilidad de la información brindada al juez– se suspenderá la prescripción de la acción penal. Es acertada esta disposición para evitar que, mediante este instituto del arrepentido, se busque dilatar la instrucción de la causa en pos de su prescripción.

c) Información falsa o inexacta. La ley 27.304 introduce un delito nuevo en el art. 276 bis del cód. penal (dentro del capítulo del falso testimonio), al sancionar con pena de cuatro a diez años de prisión y con la pérdida del beneficio concedido a aquel que, acogiéndose a la ley del arrepentido, proporcionare maliciosamente información falsa o datos inexactos. Podría decirse que el mínimo de cuatro años es demasiado elevado, máxime si se lo compara con el falso testimonio agravado por haber sido cometido en causa penal, en perjuicio del inculpaado, en que la pena va de uno a diez años de prisión. La razón de este nuevo tipo penal es desincentivar lo que en doctrina se llama “déficit de fiabilidad”⁽¹⁰⁾.

d) Valoración tasada de la prueba. Es decir que el órgano judicial no podrá dictar sentencia condenatoria fundada únicamente en las manifestaciones efectuadas por el imputado arrepentido. Para la asignación de responsabilidad penal sobre la base de estos elementos, “el órgano judicial deberá indicar de manera precisa y fundada la correlación existente entre estas manifestaciones y las restantes pruebas en que se sustenta la condena. La materialidad de un hecho delictivo no podrá probarse únicamente sobre la base de esas manifestaciones”⁽¹¹⁾.

e) Protección de los imputados y arrepentidos. La norma establece que los imputados que colaboren en el marco de la presente ley podrán acogerse al Programa Nacional de Protección de Testigos⁽¹²⁾.

Conclusiones

Siendo puristas, cabría señalar que esta “negociación” Estado-delincuente arrepentido vulnera los principios de legalidad e indivisibilidad que caracterizan el ejercicio de las acciones penales públicas en el derecho penal argentino (conf. art. 71, cód. penal).

En todo caso, siguiendo a GUARIGLIA⁽¹³⁾, la solución más coherente hubiera sido la inclusión de esta figura dentro del Código Procesal Penal de la Nación, ya que pareciera que su naturaleza es netamente de índole procesal.

Aquí existiría un nuevo problema, pues los consortes de causa del “penitente” podrían ver cercenadas sus garantías constitucionales. Por ejemplo, sus defensores, en principio, no podrían acceder a la totalidad de la prueba colectada para evitar poner en evidencia la identidad del delator⁽¹⁴⁾.

(9) COLOMBO, MARCELO L. - DIVITO, MAURO A., comentario a los agravantes del art. 142 bis en AA. VV., *Código Penal y normas...*, cit., t. 5.

(10) PASTOR, DANIEL, *Problemas actuales del derecho procesal penal*, Buenos Aires, 2012, pág. 230.

(11) Cfr. art. 15 de la ley 27.304, publicada en B. O. el 2-11-16.

(12) Cfr. art. 14 de la ley 27.304, publicada en B. O. el 2-11-16.

(13) Cfr. GUARIGLIA, FABRICIO, *El ingreso del agente encubierto en el procedimiento penal argentino*, en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, año II, n° 1-2, pág. 202.

(14) Conf. NEIRA, CLAUDIA, *El arrepentido y el agente encubierto. Reflexiones acerca del Proyecto de ley contra las actividades terroristas*, LL, 1997-B-1431.

Otro problema no menor que enfrentaría el juez, ante un eventual pedido de excarcelación del arrepentido, resultaría de tener que valorar *ipso facto* la información suministrada por este en pos de determinar la pena en expectativa.

Ahora bien, según RAGUÉS, la reducción de la pena a los “contritos” es un costo perfectamente asumible por la sociedad en busca del esclarecimiento y castigo de ciertos delitos⁽¹⁵⁾.

En lo referente a los delitos contra la Administración pública, primeramente deberían mejorarse los mecanismos de control administrativos ya existentes, antes de consagrar una nueva expansión de la excepción que constituye la figura del arrepentido.

En suma, el éxito de estas “delaciones premiadas” dependerá de la medida con la cual la apliquen los jueces. Pues, en la práctica, muchas veces significará perdonar a un caníbal para atrapar a otro.

VOCES: DERECHO PENAL - DERECHO PENAL ESPECIAL - DELITO - DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA - CONTRATOS ADMINISTRATIVOS - OBRAS PÚBLICAS - LAVADO DE DINERO - DERECHO PROCESAL PENAL - IMPUTADO - PRUEBA - PRUEBA CONFESIONAL - MINISTERIO PÚBLICO FISCAL - LEY

(15) RAGUÉS I VALLÈS, RAMÓN, *Whistleblowing. Una aproximación desde el derecho penal*, Madrid, 2013, pág. 69.

JURISPRUDENCIA

Responsabilidad Parental:

Cuidado personal de los menores y lugar de residencia: incumplimiento alimentario; irrelevancia; directrices receptadas por la Convención de los Derechos del Niño; derecho constitucional; leyes nacionales y provinciales; Código Civil y Comercial de la Nación; progresividad aptitudinal; autonomía progresiva; derecho a ser oído; consideración de su opinión; extensión y límites; valoración. **Menores:** Interés superior del niño: trascendencia de la opinión de los menores; resolución de conflictos familiares; decisiones judiciales; consecuencias futuras; principio de la inseparabilidad de los hermanos; estabilidad de las relaciones familiares; régimen de cuidado compartido.

1 – La falta de cumplimiento con el pago de los alimentos no resulta un argumento válido para decidir a cargo de quién estará el cuidado personal de los menores de edad, ni para asignar un determinado lugar de residencia.

2 – En la presente causa, en la que se debate a cargo de quién estará el cuidado personal de los hijos menores de las partes, se ponen en juego –por lo menos– tres directrices receptadas por la Convención sobre los Derechos del Niño que integra nuestro bloque de constitucionalidad desde el año 1994: a) el predominio del superior interés del niño (art. 3.1, Convención sobre los Derechos del Niño); b) el respeto de su capacidad progresiva (arts. 5°, 12 y 14, CDN), y c) su derecho a ser oído y a que su opinión sea tomada en cuenta (art. 12.1, CDN). Estos lineamientos han sido recogidos por nuestro ordenamiento interno en la ley 26.061 (y, en la provincia de Buenos Aires, en la ley 13.928) y en el Código Civil y Comercial de la Nación como principios rectores de la responsabilidad parental, en su art. 639, y como pautas para el ejercicio de la capacidad y participación en los procesos en los arts. 26 y 707 del ordenamiento citado, norma esta última que establece que la opinión del niño debe ser tomada en cuenta y valorada según su grado de discernimiento y la cuestión debatida en el proceso.

3 – A fin de poder adoptar una decisión relativa a cuál de los padres debe ejercer el cuidado personal de los hijos menores, en primer término, debe tenerse en cuenta la progresividad aptitudinal de los menores para el ejercicio de sus derechos, conforme dispone la OC-17 de la CIDH sobre Condición Jurídica del Niño, al establecer que deberá tomar en considera-

ción las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de este, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso en la medida de lo posible.

4 – La autonomía progresiva se refiere a la posibilidad que van adquiriendo los niños para tomar decisiones sobre sus derechos fundamentales, conforme el alcance de un cierto grado de madurez y desarrollo que tiene que ser valorado en cada caso concreto. Y, para poder garantizar la autonomía progresiva de las niñas, niños y adolescentes, es imprescindible garantizar su derecho a ser oídos y a que su opinión sea tomada debidamente en cuenta.

5 – Si todo niño, niña y adolescente, sin distinción, tiene derecho a ser oído, en cualquier forma que se manifieste, ello no conlleva que su opinión sea valorada en la decisión por dictar, pues ello no es claramente una garantía exigible a favor de un niño –no tiene el mismo peso la opinión de un niño de 4 años que la de uno de 13 años–. De entenderse lo contrario, la doctrina de la protección integral se tergiversaría y dejaría de cumplir justamente con una de las primordiales garantías de la Convención sobre los Derechos del Niño.

6 – Las opiniones del niño tienen que evaluarse mediante un examen caso por caso. “Madurez” hace referencia a la capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado, por lo que debe tomarse en consideración al determinar la capacidad de cada niño.

7 – Los efectos del asunto en el niño también deben tenerse en consideración. Cuanto mayores sean los efectos del resultado en la vida del niño, más importante será la correcta evaluación de la madurez de ese niño.

8 – En razón de que la mira siempre debe ser puesta en los niños, y en función de lo que caracteriza el establecimiento de un régimen de custodia o cuidado personal, resulta imprescindible conocer de boca propia de ellos cuáles son las sensaciones que experimentan en su realización, las modalidades que más les favorecen y penetrar en lo más íntimo de sus preferencias en esta materia, aunque su opinión deba ser pasada por el rasero que implican sus edades y grado de madurez, para lo cual es imprescindible que el juez analice cuidadosamente las circunstancias que los rodean y las pondere mesuradamente en relación con las restantes connotaciones que presente el caso y, particularmente, con la índole del derecho en juego.

9 – Más allá de escuchar debidamente y respetar la capacidad progresiva de los niños, niñas y adolescentes, también se debe prestar atención primordial al “interés superior del niño” al que alude el art. 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño, que constituye el principio que orienta nuestra legislación en materia de menores.

10 – La atención primordial del “interés superior del niño” apunta a dos finalidades básicas: constituirse en la pauta de interpretación y decisión ante un conflicto de intereses, y en cartabón para ponderar el tipo de intervención institucional destinada a proteger al niño. La opción por escoger se define, entonces, en congruencia con ese criterio ponderativo del mayor beneficio para los menores.

11 – En el caso, si bien es evidente que cada uno de los progenitores actuó en la fiel convicción de estar representando y haciendo respetar los intereses de sus hijos, en definitiva, no han hecho más que sostener una batalla judicial (comprendida de seis causas judiciales en una jurisdicción y una causa penal por incumplimiento de los deberes de asistencia familiar en otra), a expensas de los intereses que cada uno dice defender, lo que, indudablemente, otorga una insoslayable trascendencia a la opinión madura que sus hijos pudieran tener sobre las cuestiones que los vinculan y que aquellos, como progenitores, no supieron o no pudieron resolver.

12 – Las decisiones judiciales, con mucha mayor razón en materia de familia, deben ponderar las circunstancias existentes y vigentes al momento de su dictado, en tanto que resulta totalmente desvirtuada la misión específica de los tribunales especializados en temas de familia si estos se limitan a decidir problemas humanos mediante la aplicación de una suerte de fórmulas o modelos prefijados, o queriendo enmendar errores cometidos por alguno de los progenitores varios años atrás, desentendiéndose de las circunstancias del caso que la ley les manda concretamente valorar. Máxime cuando los jueces deben tener en cuenta que el interés superior de los menores constituye una pauta que orienta y condiciona la decisión de los tribunales en el juzgamiento de las causas en

las que se ven involucrados intereses de aquellos, y, cuando se trata de resguardar el interés superior del niño, atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia y la naturaleza de las pretensiones, encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con particular tutela constitucional.

13 – Los jueces deben pesar las consecuencias futuras de sus decisiones, sobre todo cuando los destinatarios son los niños.

14 – Al momento de tomar una decisión en la causa en que se debate del cuidado personal de los hijos menores de las partes, debe tenerse en cuenta que el principio ético-jurídico de la inseparabilidad de los hermanos integra el del interés superior del menor establecido por la CDN, y que en el sub lite no existen situaciones especiales de gravedad para hacer inaplicable este principio.

15 – El principio de estabilidad en las relaciones familiares implica que todo cambio importa un trauma para el niño, por lo que debe demostrarse que no llevarlo a cabo le causaría un daño mayor o más grave.

16 – Al tratarse de la protección de niños, resulta vital que la mesura y la serenidad de espíritu gobiernen el obrar tanto de la magistratura judicial como el de quienes instan y hacen a dicha actuación, de modo que se evalúe concienzudamente cada una de las consecuencias que se derivan de su proceder y que repercuten directa e indirectamente –pero en forma ineludible– sobre la integridad del niño, con el fin de hacer real y efectiva la preservación de su “interés superior” que, como principio rector, enuncia la Convención sobre los Derechos del Niño de jerarquía constitucional (art. 3.1, CDN) e incorporada en la ley 26.061.

17 – Tal como lo dispone el nuevo texto del Código Civil y Comercial, es posible afirmar que inicialmente el establecimiento de un régimen de cuidado personal compartido indistinto constituye la mejor manera de resolver el problema de desmembramiento de la guarda, pues posibilita que el niño mantenga un trato fluido y significativo con ambos padres. En el mismo sentido, el art. 9.3 de la CDN establece que los Estados parte deben respetar el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo que ello sea contrario a su superior interés. M.M.F.L.

59.793 – CApel.CC Mar del Plata, sala III, marzo 1-2018. – M., P. R. c. A., E. s/cuidado personal de hijos.

En la ciudad de Mar del Plata, a los 1 días de Marzo de 2018, reunida la Excm. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Tercera, en el acuerdo ordinario a los efectos de dictar sentencia en los autos: “M., P. R. c. A., E. s/ Cuidado Personal de Hijos” habiéndose practicado oportunamente el sorteo prescripto por los artículos 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código de Procedimiento en lo Civil y Comercial, resultó que la votación debía ser en el siguiente orden: Dres. Néliida I. Zampini y Rubén D. Gérez.

El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes cuestiones:

- 1) ¿Es justa la sentencia de fs. 781/804?
- 2) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión planteada la Sra. Juez Dra. Néliida I. Zampini dijo:

I. Dicta sentencia la Sra. Juez de Primera Instancia, resolviendo hacer lugar parcialmente a la demanda instaurada por el Sr. P. R. M. contra E. A., respecto del cuidado personal de sus dos hijos. En consecuencia de ello dispone el cuidado personal Unilateral de P. S. M., en cabeza de su progenitor, y como consecuencia de ello dispone que finalizado el primer semestre escolar del año 2017 y al inicio del receso escolar de invierno, la residencia principal del niño, será en el domicilio del Sr. M.

A continuación dispone, respecto del adolescente F. N. M., el cuidado compartido a favor de ambos padres con modalidad indistinta y con residencia principal en el domicilio de la progenitora, debiendo ambos padres compartir las decisiones y distribuir de modo equitativo las labores atinentes al cuidado del adolescente. En consecuencia de ello desestima la reconvenición incoada por la demandada.

Asimismo exhorta a las partes para que dentro del plazo de diez días de quedar firme la sentencia, presenten un plan de parentabilidad que respete el derecho de P. S. y F.

N. a mantener fluido y debido contacto entre los hermanos y sus padres.

Impone tratamiento psicológico para los padres y para ambos menores y establece la modalidad de los tratamientos. Finalmente impone las costas por su orden y regula los honorarios de los profesionales intervinientes.

II. Dicho pronunciamiento es apelado a fs. 820/26 por el niño P. S. M. con el patrocinio letrado del Dr. Alejandro J. Iribarren en su carácter de Abogado del niño, fundando su recurso en el mismo escrito.

A fs. 828/832 apela el adolescente F. N. M., con el patrocinio letrado el Dr. Alejandro J. Iribarren en su carácter de Abogado del niño, fundando su recurso en el mismo escrito.

A fs. 834 apela la Dra. Bettina Berra, en su carácter de apoderada de la Sra. E. A., fundando su recurso a fs. 886/910 con argumentos que merecieron respuesta de la contraria a fs. 915/920.

III. a) *Expresión de agravios del niño P. S. M.*

Agravia al niño que la *a quo* en el decisorio en crisis tome como referencia al dictamen de la Asesora de menores, dictamen que no comparte por carecer de fundamentos válidos, vulnera sus derechos, sobre todo el derecho a ser oído y que su opinión sea primordialmente tenida en cuenta. Manifestando que no se ha valorado “... el impacto en el desarrollo de mi vida social que tiene esta decisión, sin tener miramientos ni conciencia del daño irreparable que implica separarme de mi hermano y mi mamá, desvinculándome de mi centro de vida...” (textual).

Sostiene que la sentencia apelada lo expone a un conflicto mayor pues lo obliga a vivir con su papá en Mar del Plata, no habiendo evaluado la Sra. jueza ni la Asesora de Incapaces el severo daño que le genera alejarlo de su mamá y su seno familiar de manera autoritaria y contraria a su voluntad, pues durante seis años ha manifestado en las diversas entrevistas y audiencias que quiere vivir en Moreno con su madre, su hermano, primas, tías, tíos y abuelos.

Manifiesta que se desestiman o se relativizan sus manifestaciones respecto de dónde desea vivir y con qué progenitor incumpliendo, con el art. 653 inc. d) del Código Civil y Comercial, respecto de mantener su situación actual, como así también lo que dispone el art. 27 de la ley 26.061 inc. 2 en cuanto a su opinión debe ser tenida en cuenta y de lo dispuesto en el art. 3 inc. b) que garantiza su derecho a ser oído.

Manifiesta que se agravia cuando la Jueza “... hace propias las palabras de la Sra. Asesora cuando afirman que mi mamá nos ha impedido ejercer nuestro derecho a tener un adecuado contacto con nuestro papá, la realidad y hay constancias en los expedientes (...) es que esto no es así desde hace más de 3 años venimos cumpliendo el régimen comunicacional con nuestro papá, salvo cuestiones ajenas a la voluntad de nuestra mamá. He desistido de pasar vacaciones con mis amigos y mi familia, realizar viajes con mi mamá y me hermano, me perdí cumpleaños de mis amigos y de mi familia (nunca puedo pasar con mi mamá su cumpleaños) por cumplir el régimen de visitas...” (textual).

También se agravia de que no se lo ha escuchado en cuanto ha pedido que su papá viaje a verlos a Moreno, pues nunca ha viajado para visitarlos por cuestiones de salud o a participar de un acto escolar. También le causa un perjuicio que se comparta el criterio de la Sra. Asesora en cuanto realiza un análisis por separado no teniendo en cuenta el vínculo que lo une con su hermano F.

Se agravia también de que en el decisorio en crisis no se tenga en cuenta lo que dispone el art. 3 de la ley 26.061 en cuanto entiende por interés superior del niño la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley. Como así también que la citada ley entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.

Señala que la *a quo* no interpreta razonablemente sus dichos y pedidos y los transforma en algo que nunca ha expresado en estos actuados queriendo de esa forma sostener una sentencia “inédita”, como la Jueza la llama. También le causa un perjuicio que interprete las pericias existentes y del dictamen de la Asesora de Menores, de manera que justifican el cuidado personal unilateral en cabeza de mi padre [sic], cambiando el centro de su vida y separándolo de su hermano y su mamá sin tener presente lo que dispone el art. 653 del CCyC.

Finalmente se agravia de que se tenga en consideración el art. 653 del CCyC en su inicio y no los apartados de la

opinión del hijo y el mantenimiento de la situación existente y respeto del centro de vida del hijo, como así tampoco que se valore debidamente los arts. 24 y 27 de la ley 26.061.

III. b) *Expresión de agravios del adolescente F. N. M.*

En atención a que F. N. en su expresión de agravios reedita los agravios expresados por su hermano P. S., por una cuestión de economía procesal, no efectuaré la transcripción de sus agravios.

III. c) *Expresión de agravios de la Sra. E. A.*

En primer término se agravia de las imprecisiones, conclusiones erradas, la falta de fundamentación e irregularidades contenidas en el decisorio en crisis, como lo es la manifestación de la *a quo* en cuanto a que la demandada no concurrió a las audiencias del 19 de agosto y 9 de septiembre de 2011 a pesar de encontrarse notificada, cuando del expediente surge que en ambos casos si bien fue notificada ello sucedió sin respetar la antelación mínima de tres días prevista por el código ritual.

Señala que estas circunstancias son de suma importancia pues a partir de ellas la Jueza comenzó a esbozar el perfil de incumplidora con el cual es atacada su representada a lo largo de la sentencia. Asimismo sostiene que como contrapartida la sentenciante no ha mencionado las incomparencias del Sr. M. como así tampoco de sus incumplimientos de los deberes alimentarios.

Asimismo se agravia de que tanto la *a quo* como la Asesora de menores sostengan que resulta conveniente que P. resida en la ciudad de Mar del Plata en el domicilio de su padre según las pruebas acompañadas en autos y que ambos no especifiquen e individualicen en el dictamen y en la sentencia cuáles son esos medios probatorios que las han llevado a tal convicción.

Manifiesta que “... Más grave aún resulta la omisión del expediente ‘A., E. c/M., P. s/Ejecución de sentencia’ (Expte. N° 44150). Curiosamente en dicho expediente se reclama la deuda alimentaria, tanto histórica como la de los últimos dos años. Si, el Sr. M. no cumple con su obligación alimentaria hace dos años (esto sin contar la deuda anterior) (...) No se entiende por qué la Sra. Jueza omite analizar para resolver el presente el proceso referenciado...” (textual).

Efectúa una detallada referencia a varias circunstancias de incumplimiento valorada por la jueza, de las cuales entiende que su representada ha probado los motivos de las incomparencias como así también de los cambios de días y horarios de los distintos regímenes de visitas acordados por las partes.

En segundo lugar se agravia de las apreciaciones de la prueba que realiza la jueza de grado, pues entiende que la misma es parcial y carente de fundamentación. Específicamente señala que al valorar los informes y pericias técnicas la *a quo* hace referencia a la contundencia de la pericia psicológica respecto a su representada, la Sra. A., junto con las demás pruebas recolectadas, sin especificar cuál es la pericia a la que se refiere, pues en la causa se le han efectuado varias pericias a la Sra. A. y tampoco precisa cuáles son las demás pruebas, ello conlleva –a su entender que dicha convicción de la jueza carezca de valor.

Expresa que en varios párrafos de la sentencia apelada se cita algunas fojas “*Que manifiesta son pruebas, limitándose a remitirse a su análisis ‘brevitatis causae’.* El órgano judicial debe exteriorizar el razonamiento que justifica la decisión, no resultando suficiente una remisión a determinadas fojas sin el análisis de lo que cada uno aportó a la convicción que dice tener. Lo contrario viola el principio de integración en la valoración de las sentencias...” (textual). Efectúa un detallado análisis de las pruebas que referencia.

Señala que existen dos pericias psicológicas en autos una la de fs. 630/633 realizada por el Lic. Macias y otra a fs. 435/438 efectuada por el Lic. Moiano fundando la Sra. jueza su sentencia en la primera pericia por lo que “... se agravia porque la sentenciante no explica el motivo por el que se desecha una pericia y toma la otra como fuente de sus conclusiones. Sobre todo teniendo en cuenta que ambas fueron realizadas por el equipo técnico del Juzgado y son a todas luces contradictorias en sus conclusiones...” (textual).

También se agravia de que la jueza no ha tenido en cuenta todos los elementos probatorios que demuestran la intención del Sr. M. de ensombrecer la imagen materna para sus hijos, y lo que le resulta más grave es que no ha explicado las causas por las cuales no las ha tenido en cuenta. Expresa que “... del pormenorizado análisis realizado surge la diferencia con que la sentenciante aprecia

las conductas de las partes de este proceso, de lo que me agravo expresamente...” (textual).

Se agrava de la decisión de la *a quo* de separar a los hermanos F. y P. debido a que tal posición no solo resulta excepcional sino también grave para la vida actual y futura de los hermanos, máxime cuando debió estar debidamente motivada y fundada, lo que –a su entender– no se observa en el decisorio en crisis.

En tercer término se agrava del cuidado personal de P. M., solicitando que se le otorgue a su representada el cuidado personal unilateral del menor. Sostiene ello a partir de lo ya sostenido en los restantes agravios esto es la orfandad probatoria de las conclusiones de la sentenciante y la falta de fundamentación y motivación de sus decisiones.

Señala que si bien la Jueza de grado, su equipo técnico y la Asesora de menores han oído en innumerables ocasiones a P. y este ha manifestado en todas las oportunidades su deseo de vivir en la ciudad de Moreno junto a su hermano y su madre y de visitar a su padre, a pesar de ello se ha adoptado una posición contraria lo cual vulnera el interés superior de P.

IV. AUDIENCIA DE LOS ARTS. 12 DE LA C.D.N. Y 4, INC. B DE LA LEY 13.928

Llegados los autos a esta Alzada, se citó a audiencia para oír a los menores, como así también a sus progenitores y a la Sra. Asesora de Incapaces (arts. 12 de la C.D.N.; 4, inc. b de la ley 13.928).

Comparecen a la audiencia llevada a cabo el 1º de noviembre del 2017 los menores F. N. y P. S. y el Dr. Germán Riera en representación de la Asesora de Menores Nº 3.

En la mencionada audiencia, junto con el restante integrante de esta Sala, Dr. Rubén Gérez y con la participación del representante de la Asesora de Incapaces, oímos a todos los menores (ver fs. 874; arts. 12 y códtes. de la CDN; art. 4 de la ley 13.928).

Asimismo, con posterioridad a dicho acto procesal se llevó a cabo una audiencia conciliatoria con los progenitores de los menores, Sra. E. A. y Sr. P. M., en la cual si bien no se logró arribar a un acuerdo conciliatorio, las partes consensuaron un régimen comunicacional provisorio hasta tanto exista resolución firme del presente proceso (ver fs. 875/876).

V. PASARÉ A ANALIZAR EN CONJUNTO LOS AGRAVIOS PLANTEADOS POR EL NIÑO P. S. M., EL ADOLESCENTE F. N. M. Y POR LA SRA. E. A.

Inicialmente corresponde señalar que más allá de la propuesta de modificación de la sentencia de grado que efectuaré más adelante, hay un aspecto de los agravios de la Sra. E. A. que no resulta idónea para la revocación pretendida. En este punto considero importante señalar que la falta de cumplimiento con el pago de los alimentos no resulta un argumento válido para decidir a cargo de quién estará el cuidado personal de los menores de edad, ni para asignar un determinado lugar de residencia.

Luego de analizar la sentencia en crisis, los agravios de los menores y la totalidad de las causas que involucran a las partes del *sub lite*, debo señalar que en el presente caso se ponen en juego –por lo menos– tres directrices receptadas por la Convención de los Derechos del Niño que integra nuestro bloque de constitucionalidad desde el año 1994: a) el predominio del superior interés del niño (art. 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño); b) el respeto de su capacidad progresiva (arts. 5, 12 y 14 de la CDN); y c) su derecho a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta (art. 12.1 de la CDN).

Estos lineamientos han sido recogidos por nuestro ordenamiento interno en la ley 26.061 (y a nivel provincial en la ley 13.928) y en el Código Civil y Comercial de la Nación como principios rectores de la responsabilidad parental en su art. 639 y como pautas para el ejercicio de la capacidad y participación en los procesos en los artículos 26 y 707 del ordenamiento citado, norma esta última que establece que la opinión del niño “debe ser tenida en cuenta y valorada según su grado de discernimiento y la cuestión debatida en el proceso”.

Ahora bien a fin de poder adoptar una decisión relativa a cuál de los padres debe ejercer el cuidado personal de P. S. y F. N. M. en primer término debe tenerse en cuenta la progresividad aptitudinal de los menores para el ejercicio de sus derechos, a ello se refiere la OC-17 de la CIDH sobre Condición jurídica del niño, estableciendo que se “... deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determi-

nación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso en la medida de lo posible...”.

En tal sentido se ha sostenido, la autonomía progresiva “... se refiere a la posibilidad que van adquiriendo los niños para tomar decisiones sobre sus derechos fundamentales, conforme el alcance de un cierto grado de madurez y desarrollo, que tiene que ser valorado en cada caso concreto” (Cfr. Gil Domínguez, Andrés - Famá, María Victoria - Herrera, Marisa, *Ley de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes*, Edit. Ediar, Bs. As., 2007, págs. 453 y ss.).

Y para poder garantizar la autonomía progresiva de las Niñas, Niños y Adolescentes (en adelante NNA) es **imprescindible garantizar su derecho a ser oído y a que su opinión sea tenida debidamente en cuenta** (arts. 4.b y ccds. de la ley 13.298; 3.b, 19 incs. b y c, 24 y ccds. de la ley 26.061; 12 de la Conv. Derechos del Niño; 707 del Cód. Civil y Comercial).

Ahora bien si todo NNA, sin distinción, tiene derecho a ser oído, en cualquier forma que se manifieste, ello no conlleva a que su opinión sea valorada en la decisión a dictar pues ello no es claramente una garantía exigible a favor de un niño –no tiene el mismo peso la opinión de un niño de 4 años que el de uno de 13 años–. De entenderse lo contrario la doctrina de la protección integral se tergiversaría y dejaría de cumplir justamente con una de las primordiales garantías de la Convención sobre los Derechos del Niño (Cfr. Fernández, Silvia; *Responsabilidad parental y autonomía progresiva de Niñas, Niños y Adolescentes*, en obra colectiva Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, Dir. Fernández, Silvia, T. I, Edit. AbeledoPerrot, Cdad. de Bs. As., 2015, pág. 670/671).

Asimismo, el Comité de Derechos del Niño ha dedicado una Observación General específica relativa al derecho del niño a ser escuchado (Observación General Nº 12 del año 2009) en la cual establece que “... las opiniones del niño tienen que evaluarse mediante un examen caso por caso. ‘Madurez’ hace referencia a la capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado, por lo que debe tomarse en consideración al determinar la capacidad de cada niño (...) es la capacidad de un niño para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente...”.

Asimismo agrega, y que resulta de suma importancia al momento de resolver la cuestión de autos, que “... los efectos del asunto en el niño también deben tenerse en consideración. Cuanto mayores sean los efectos del resultado en la vida del niño, más importante será la correcta evaluación de la madurez de ese niño...” (Observación Gral. 12 [2009], El Derecho del Niño a ser escuchado; ptos. 28/31).

En tal sentido la Suprema Corte de la Provincia ha expresado que: “La mira siempre debe ser puesta en los niños. En función de lo que caracteriza el establecimiento de un régimen de custodia o cuidado personal, resulta **imprescindible conocer de boca propia de ellos cuáles son las sensaciones que experimentan en su realización, las modalidades que más les favorecen**, y penetrar en lo más íntimo de sus preferencias en esta materia, aunque su opinión deba ser pasada por el rasero que implican sus edades y grado de madurez, para lo cual es imprescindible que el juez analice cuidadosamente las circunstancias que los rodean y las pondere mesuradamente en relación con las restantes connotaciones que presente el caso, y particularmente con la índole del derecho en juego...” (SCBA, Ac. C. 118.503 del 22/06/2016, el resaltado me pertenece).

Por otra parte más allá de escuchar debidamente y respetar la capacidad progresiva de los NNA, también se debe prestar atención primordial al “interés superior del niño” al que alude el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño que constituye el principio que orienta nuestra legislación en materia de menores.

Y como bien expresa nuestro Máximo Tribunal Provincial “... La atención primordial de dicho bien jurídico apunta a dos finalidades básicas: constituirse en la pauta de interpretación y decisión ante un conflicto de intereses y cartabón para ponderar el tipo de intervención institucional destinada a proteger al niño. La opción a escoger se define, entonces, en congruencia con ese criterio ponderativo del mayor beneficio para los menores...” (S.C.B.A., Ac. 119.871 S. del 19/04/2017, el resaltado me pertenece).

Así el Comité de los Derechos del Niño ha dicho que deben considerarse, al evaluar y determinar el interés superior del niño, en la medida en que sean pertinentes para la situación de que se trate, (i) **su opinión**, (ii) su identi-

dad, (iii) **la preservación del entorno familiar y mantenimiento de sus relaciones**, (iv) su cuidado, protección y seguridad, (v) su situación de vulnerabilidad, (vi) su derecho a la salud y a la educación (conf. Comité de los Derechos del Niño, Observación General Nº 14, párr. 52).

2. Trasladando estos conceptos a la situación de autos, entiendo que la resolución dictada por la jueza de grado debe modificarse.

Para ello en primer término debo valorar que habiendo asistido –junto con mi colega de Sala, el Dr. Gérez– a la entrevista personal con el fin de escuchar al niño P. S. y al adolescente F. N. (ver fs. 874), tuve oportunidad de conocerlos, escuchando sus opiniones, pareciendo el grado de madurez de ambos menores y advirtiendo sus expectativas y su situación frente al conflicto suscitado entre sus progenitores con relación a su cuidado personal, las que me permitieron reconocer su realidad actual y llegar a la convicción de que la solución propuesta en el decisorio en crisis es antifuncional en la armonización de todos los intereses puestos en juego.

Ello en razón de que ambos menores sostuvieron durante la audiencia, de manera clara, seguros en su posición y con una madurez superior a la edad que poseen, que más allá de que quieren mucho a ambos padres su deseo es “... **vivir juntos en la ciudad de Moreno...**” agregando que también quieren “... **mantener un contacto estable con su padre...**” (ver fs. 874, el resaltado me pertenece).

Asimismo, en uno de los últimos informes psicológicos (30/4/2015) que obran en la causa la Lic. Codias, luego de mantener entrevista personal con P. y F., dictamina que, más allá de que ambos hermanos se encuentran atravesados por la situación de conflicto que sostienen los adultos, “**En las circunstancias evaluadas no parece conveniente en este momento para los niños vivir en Mar del Plata, en tanto fracturaría la continuidad en su experiencia, que han construido en los últimos años...**” (ver informe psicológico a fs. 601, art. 844 del CPCC; el resaltado me pertenece).

En otro de los informes de la Lic. Codias, que obra glosado en los autos: “M., P. R. c/A., E. s/ incidente de comunicación con los hijos” (Expte. Nº 14.189, que en este acto tengo a la vista), la profesional dictamina que al entrevistar a F., respecto de dónde quería pasar sus vacaciones, éste manifiesta –con mayor seguridad y claridad que en otras oportunidades–, que independientemente de lo que los adultos deseen o consideren **su lugar de pertenencia hoy es la ciudad de Moreno**, siendo ello sostenido por el adolescente con argumentos que tienen que ver con cuestiones fundamentalmente sociales (ver a fs. 387/388 informe Psicológico del 29/12/20016; ver también en sentido similar el dictamen de fs. 101 del 17/12/2013).

Por otra parte en un informe de mayo de 2013, de la misma profesional, en los autos: “M., P. R. c/A., E. s/ Régimen de visitas” (Expte. Nº 19.247, que en este acto tengo a la vista), dictamina que luego de entrevistar a los niños “**No se observa a partir del discurso de los niños, contaminación de su posición por parte de los adultos...**” agregando que de lo expresado por los menores de edad, **ambos se sienten más seguros y contenidos en el ámbito materno, es decir en la ciudad de Moreno** (ver informe psicológico a fs. 98).

Por otra lado, valorando la actitud adoptada por los padres durante la tramitación de los presentes actuados si bien en el comienzo del conflicto familiar fue la progenitora quien efectuó el traslado ilícito a la ciudad de Moreno (sin consentimiento del Sr. M.), e incluso –como bien señala la jueza de grado– también incumplió con resoluciones judiciales que le imponían regímenes de comunicación provisorios, también se observa de las constancias de autos (y de la audiencia mantenida con ambos progenitores ante este Tribunal, ver fs. 875/876) que el Sr. M. ha demostrado intransigencia ante cambios de los distintos regímenes de comunicación, incluso los efectuados por sus propios hijos en materia de vacaciones (ver fs. [sic]).

Si bien es evidente que cada uno actuó en la fiel convicción de estar representando y haciendo respetar los intereses de sus hijos, en definitiva, no han hecho más que sostener una batalla judicial (comprensiva de seis causas judiciales ante estos tribunales y una causa penal por incumplimiento de los deberes de asistencia familiar en la ciudad de Moreno), a expensas de los intereses que cada uno dice defender, lo que, indudablemente, otorga una insoslayable trascendencia a la opinión madura que sus hijos pudieran tener sobre las cuestiones que los vinculan y que aquellos como progenitores, no supieron o no pudieron resolver.

Por otra parte, también debo valorar que las decisiones judiciales, y con mucha mayor razón en materia de fami-

lia, deben ponderar las circunstancias existentes y vigentes al momento de su dictado, en tanto que resulta totalmente desvirtuada la misión específica de los tribunales especializados en temas de familia si éstos se limitan a decidir problemas humanos mediante la aplicación de una suerte de fórmulas o modelos prefijados o queriendo enmendar errores cometidos por alguno de los progenitores varios años atrás, desentendiéndose de las circunstancias del caso que la ley les manda concretamente valorar (CSJN, 15/02/2000, “Torres, A. D. s/ adopción”, Fallos: 323:91; id., 02/08/2005, “S., C. s/ adopción”, Fallos: 328:2870).

Máxime que los jueces debemos tener en cuenta que el interés superior de los menores constituye una pauta que orienta y condiciona la decisión de los tribunales en el juzgamiento de las causas en las que se ven involucrados intereses de aquellos y ponderando lo que sostiene nuestra Corte Federal que “cuando se trata de resguardar el interés superior del niño, atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia y la naturaleza de las pretensiones, encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con particular tutela constitucional” (CSJN, 26/09/2012, “M. d. S., R. y otra s/ ordinario s/ nulidad de sentencia e impugnación declaratoria de herederos”, M.73.XLVII.RHE, Fallos: 335:1838, cons. 16, con cita de Fallos: 324:122 y 327:2413; argto. jurisp. CSJN, 15/02/2000, “Torres, A. D. s/ adopción”, Fallos: 323:91; id., 02/08/2005, “S., C. s/ adopción”, Fallos: 328:2870).

Asimismo, y lo que cobra mayor relevancia en el caso de autos, cabe destacar, como bien sostiene el Máximo Tribunal Federal que “los jueces **deben pesar las consecuencias futuras de sus decisiones**, sobre todo cuando los destinatarios son los niños” (CSJN, 29/04/2008, “M. D. H. c. M. B. M. F.”, Fallos: 331:941, con cita de “A. F.” del 13/03/2007 y Fallos: 312-371, cons. 61 y 71), lo cual a mi entender no ha sucedido en la sentencia en crisis.

Sumado a lo dicho, también debo meritarse al momento de tomar una decisión autos que el principio ético-jurídico de **la inseparabilidad de los hermanos** integra el del interés superior del menor establecido por el CDN, y que en el *sub lite* no existen situaciones especiales de gravedad para hacer inaplicable este principio (argto. art. 595 del Cód. Civ. y Com.).

Al mismo tiempo, debemos tener en cuenta que el principio de estabilidad en las relaciones familiares implica –en palabras de la Corte Suprema de Justicia de la Nación– que todo cambio implica un trauma para el niño, por lo que debe demostrarse que no llevarlo a cabo le causaría un daño mayor o más grave, no surgiendo esto último de ninguna de las distintas entrevistas mantenidas por el Equipo Interdisciplinario del juzgado de Familia, como así tampoco lo he percibido al momento de entrevistar personalmente al niño P. S. (Cfr. CSJN, 29/04/2008, LA LEY, 2008-C, 693 con nota de Néstor Solari, *Criterios de atribución de tenencia en un fallo de la Corte Suprema*).

En consecuencia de todo ello, y trasladándolo al *sub lite*, observo que si este Tribunal mantuviese lo dispuesto por la jueza de grado (F. viviendo con su madre en Moreno y P. con su padre en Mar del Plata), no solo se estaría dejando de lado la opinión de los menores y la preservación de su entorno familiar y mantenimiento de sus relaciones, sino que estaríamos nuevamente produciendo un desarraigo del niño P. S., quien ya vivió un primer desarraigo producido por su progenitora a partir del traslado ilícito desde Mar del Plata a la ciudad de Moreno, por lo que bien conoce lo que significa un cambio de residencia, el que ya puede ponderar con edad y grado de madurez suficiente, a partir de su propia experiencia anterior.

Máxime cuando esta Sala viene sosteniendo que “*Tratándose de la protección de niños, resulta vital que la medida y la serenidad de espíritu gobiernen tanto el obrar de la magistratura judicial como el de quienes instan y hacen a dicha actuación, de modo que se evalúe concienzudamente cada una de las consecuencias que se derivan de su proceder y que repercuten directa e indirectamente –pero en forma ineludible– sobre la integridad del niño, con el fin de hacer real y efectiva la preservación de su ‘interés superior’ que, como principio rector, denuncia la Convención sobre los Derechos del Niño de jerarquía constitucional (art. 3.1 del CDN) e incorporado en la ley 26.061...*” (Esta Sala, causa N° 162.345 RSI 342/16 del 08/11/2016).

En definitiva, advierto así, a la luz de los criterios jurídicos y jurisprudenciales antes expuestos y en el marco del respeto de la capacidad progresiva de los menores, que me encuentro en condiciones de valorar como un dato determinante la opinión de ellos, la que expresada bajo tales circunstancias, supone una casi inexorable identificación con su superior interés que, como se dijera, constituye una pauta que guía todas las decisiones de los jueces que involucren intereses de niños, niñas y adolescentes (art. 3 CDN), y me permite también advertir, los riesgos y consecuencias que en la hora actual y a partir de los incontrastables términos en los que se expresaron en sus expresiones de agravios y en la audiencia mantenida ante este Tribunal generaría en sus personas actuar en contra de su voluntad (ver fs. 820/26, fs. 828/832 y fs. 874).

Por otra parte, y en relación al régimen de cuidado personal del niño P. S. entiendo que el que mejor se adecua a la situación de autos es el “**compartido con modalidad indistinta y con residencia principal en el domicilio de la progenitora**” (art. 650 y ccds. del Cód. Civil y Comercial).

Ello en razón de que como bien sostiene nuestro Máximo Tribunal Provincial: “... *Tal como lo dispone el nuevo texto del Código Civil y Comercial, es posible afirmar que inicialmente el establecimiento de un régimen de cuidado personal compartido indistinto constituye la mejor manera de resolver el problema de desmembramiento de la guarda, pues posibilita que el niño mantenga un trato fluido y significativo con ambos padres (conf. arts. 651 y 656). En el mismo sentido, el art. 9.3 de la CDN establece que los Estados partes deben respetar el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario a su superior interés...*” (S.C.B.A., Ac. C. 120208 S. del 21/12/2016).

En el mismo sentido, apunta la Dra. Marisa Herrera que la reforma privilegia el cuidado compartido en la modalidad indistinta, al ser considerado el sistema que mejor asegura el derecho a “*mantener relaciones personales y contacto directo de ambos padres de modo regular*” en igualdad (arts. 9 y 18 de la CDN); y respeta así el principio de coparentalidad (Herrera, Marisa, *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*, Dir. Ricardo Lorenzetti, T. IV, Edit. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, pág. 343).

Sin perjuicio de ello, se exhorta –como bien lo ha expresado la jueza de grado– a **ambos progenitores** no solo a cumplir con el régimen de cuidado personal establecido y con el régimen de comunicación provisorio acordado en la audiencia llevada a cabo ante este Tribunal (ver fs. 875/876), sino también a presentar en el tiempo establecido en 1era. instancia un plan de parentabilidad definitivo que garantice la comunicación constante entre todos los miembros de la familia a fin de que los padres puedan terminar lo que algún día empezaron juntos: **la crianza de sus hijos, es decir de los hijos “de los dos”** (Cfr. Wagmaister, Adriana, *Acceso a ambos progenitores como un derecho humano de los niños*, pub. en L.L. 2003-C, pág. 1212).

Por consiguiente, propongo que se revoque la sentencia de fs. 781/804 y se disponga respecto al niño P. S. M. el cuidado personal compartido a favor de ambos padres (la Sra. E. A. y el Sr. P. R. M.), con modalidad indistinta **y con residencia principal en el domicilio de la progenitora** (Localidad de Moreno), debiendo ambos progenitores compartir las decisiones y distribuir de modo equitativo las labores atinentes al cuidado de ambos hijos (arts. 3, 3.1, 5, 9, 12, 12.1, 14 y ccdtes. de la CDN; 1º, 18, 31, 33, 75 inc. 22 y ccdtes. Const. Nacional; arts. 1º, 11, 15, 36.2 y ccds. de la Const. provincial; 26, 595, 639 inc. c, 646 inc. c, 648, 649, 650, 651, 653 inc. c, 656, 706, 707 y ccdtes., Cód. Civ. y Com.; arts. 2, 3b, 4, 5, 19 incs. b y c, 24, 27 y ccdtes., ley 26.061; 4, 5, 6, 7 y ccdtes., 4.b y ccds. ley 13.298; 375, 384, 844, 853 y ccdtes. del C.P.C.C.).


Así lo voto.

El Sr. Juez Dr. Rubén D. Gérez votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

A la segunda cuestión planteada la Sra. Juez Dra. Néli-da I. Zampini dijo:

Corresponde: I) Hacer lugar a los agravios traídos a esta instancia por los apelantes de fs. 820/826 y de fs. 828/832, y en consecuencia, revocar parcialmente la sentencia de fs.

NOVEDADES 2018



S. J. Danessa (coord.)
Guía de Derecho Internacional Público
 Segunda edición
 corregida y aumentada

EDUCA
 2018
 664 páginas
 ISBN 978-987-620-357-9

Venta telefónica: (11) 4371-2004
 Compra online: ventas@elderecho.com.ar
www.elderecho.com.ar

781/804, disponiendo el cuidado personal compartido del niño P. S. M. a favor de ambos padres, la Sra. E. A. y el Sr. P. R. M. con modalidad indistinta y con residencia principal en el domicilio de la progenitora (Localidad de Moreno); II) En atención a la complejidad de la causa, a los antecedentes del caso, y también a la circunstancia de que no todos los argumentos planteados por los recurrentes fueron receptados por este Tribunal, se imponen las costas por su orden (art. 68 del C.P.C.). III) Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31 de la ley 8904). Así lo voto.

El Sr. Juez Dr. Rubén D. Gérez votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Por los fundamentos dados en el precedente acuerdo: I) Se hace lugar a los agravios traídos a esta instancia por los apelantes de fs. 820/826 y de fs. 828/832, y en consecuencia, se revoca parcialmente la sentencia de fs. 781/804, disponiendo el cuidado personal compartido del niño P. S. M. a favor de ambos padres, la Sra. E. A. y el Sr. P. R. M., con modalidad indistinta y con residencia principal en el domicilio de la progenitora (Localidad de Moreno); II) Se imponen las costas en el orden causado (art. 68 del C.P.C.). III) Se difiere la regulación de honorarios para su oportunidad (arts. 31 y 51 de la ley 8904). Notifíquese personalmente o por cédula (art. 135 del C.P.C.). Devuélvase. – *Nélida I. Zampini*. – *Rubén D. Gérez* (Aux. let.: Marcelo M. Larralde).

OPINIONES Y DOCUMENTOS

Aborto y mortalidad materna: atacar la pobreza y no a los pobres^(*)

Espero con estas breves reflexiones aportar verdades científicas a las mentes abiertas a la razón, fundamentos éticos a los que luchan por la vida priorizando a los más débiles, visión holística a los que sienten el dolor de la pobreza y su impacto social. Pero como ustedes saben los fundamentos científico-técnicos difícil-

(*) Exposición de MIGUEL ÁNGEL SCHIAVONE (entonces Decano de la Facultad de Ciencias Médicas y hoy Rector de la Pontificia Universidad Católica Argentina) en la reunión informativa del 12-4-18 sobre los proyectos de ley de legalización del aborto en debate ante las Comisiones de Legislación General, Legislación Penal, Acción Social y Salud Pública y Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de la Cámara de Diputados de la Nación Argentina.

EDICTOS

CIUDADANÍA

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 3, a cargo del Dr. **José Luis Cassinerio**, Juez Subrogante, Secretaría N° 5, a mi cargo, sito en Libertad 731, piso 4º, de esta ciudad, hace saber que el Sr. ARNALDO FLORENTIN AVALOS, D.N.I. N° 92.593.356, de nacionalidad paraguaya ha solicitado la declaración de la “Ciudadanía Argentina”. Cualquier persona que conozca algún impedimento para la concesión de dicho beneficio podrá hacerlo saber a través del Ministerio Público, dentro del plazo de quince días. Publíquese por dos días. Buenos Aires, 7 de mayo de 2018. **Ana María Álvarez**, sec. fed.

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 3, a cargo del Dr. **José Luis Cassinerio**, Juez Subrogante, Secretaría N° 5, a mi cargo, sito en Libertad 731, piso 4º, de esta ciudad, hace saber que la Sra. DIANA MARGARITA MURCIA VILLAREAL DNI 94.914.691, de nacionalidad colombiana ha solicitado la declaración de la “Ciudadanía Argentina”. Cualquier persona que conozca algún impedimento para la concesión de dicho beneficio podrá hacerlo saber a través del Ministerio Público, dentro del plazo de quince días. Publíquese por dos días. Buenos Aires, 8 de mayo de 2018. **Ana María Álvarez**, sec. fed.

I. 23-5-18. V. 24-5-18

42B

I. 22-5-18. V. 23-5-18

40B



EL DERECHO

Diario de Doctrina y Jurisprudencia

Primer Director: Jorge S. Fornieles (1961 - 1978)

Propietario UNIVERSITAS S.R.L. Cuit 30-50015162-1
Tucumán 1436/38 (1050) Capital Federal

REDACCIÓN Y ADMINISTRACIÓN:

TEL. / FAX: 4371-2004 (líneas rotativas)

E-MAIL: elderecho@elderecho.com.ar • www.elderecho.com.ar

mente modifiquen la forma de pensar de los fanáticos ni la de los que se mueven por intereses meramente políticos u económicos, a pesar de lo cual intentaré que revisen críticamente sus posiciones dentro del marco del debate impulsado por el gobierno nacional.

Abordemos el problema del aborto y la mortalidad materna en cuatro dimensiones: biológica, bioética, salud pública y política demográfica.

Desde la biología

No hay duda de que el huevo o cigoto recién fecundado es un ser viviente. Los filósofos y juristas podrán debatir si se lo denomina persona, pero yo quiero resaltar que se trata de un ser viviente que por sus características genéticas y desarrollo embrionario es un ser humano. *Sí... es un ser humano en desarrollo.* Tenemos que cambiar el eje del debate, no se trata de ponernos de acuerdo sobre el concepto de persona, hablemos de ser humano y nos quedará claro que ese ser viviente, débil, frágil, al que queremos eliminar es un ser humano... un ser humano con los derechos que le corresponden.

La genética establece claramente que el óvulo recién fecundado tiene la misma secuencia de ADN que tendrá ese ser humano adulto, que a su vez no es la misma que tiene la madre. *El embrión entonces no es un órgano de la madre* (como el hígado, el pulmón o el riñón), aunque dependa de ella para alimentarse; es biológicamente un ser distinto de sus padres, singular y único, con una vida tan respetable e inviolable como la de cualquiera de nosotros. Ese ADN y sus secuencias –aun con posibles variaciones– se mantendrán al nacer y durante toda su vida.

Sobre estas afirmaciones hay poco margen de debate, basta con recorrer publicaciones y textos de embriología y genética humana.

Desde la bioética

La defensa de la vida debe extenderse desde la fecundación hasta la muerte natural. El desarrollo embrionario y el nacimiento no establecen una diferencia que trace una línea clara entre un ser humano desarrollado y no desarrollado. La finalidad del genoma del embrión es alcanzar el desarrollo del individuo adulto comenzando desde el momento de la fecundación y extendiéndose este proceso durante toda la vida.

Algunos se atreven a afirmar que existe un punto en la vida en que se alcanza el desarrollo para justificar el aborto. Con este mismo razonamiento, ¿está un recién nacido desarrollado si aún no sabe caminar ni leer ni hablar? ¿Podemos incluir a los discapacitados aplicando esta lógica ilógica, ya que no han desarrollado algunas de sus funciones?

Provoca temor pensar en ciertas teorías que invitan a eliminar a los más débiles, justamente por no estar plenamente "desarrollados", o por no ser plenamente conscientes o plenamente productivos. ¿Son menos persona humana por eso?

¿Tienen derecho las sociedades y los pueblos más fuertes a destruir o someter a los menos desarrollados? *Las organizaciones de derechos humanos y la justicia, que siempre protegieron a los más frágiles, deben entender lo que estamos defendiendo. Recordemos que "los pueblos se diferencian según la actitud que asumen frente a las personas más débiles".*

Desde la salud pública

En 2016 hubo 245 muertes maternas, de ellas 43 fueron por aborto, el 82,5 % restante fue por causas obstétricas directas e indirectas (diabetes, hipertensión y otras enfermedades previas de la mujer, sepsis, hemorragias y otras complicaciones del embarazo y parto). ¿Quién se preocupa por estas otras 202 muertes? Más aún, teniendo en cuenta la responsabilidad que tiene el Estado y su sistema de salud sobre ellas (falta de control del embarazo, falta de obstétricas, maternidades inseguras por falta de sangre, de insumos, áreas quirúrgicas deficientes, incapacidad de resolver procedimientos anestésicos en un sistema de salud fragmentado, ineficiente e injusto). En 2015 el 56 % de las maternidades⁽¹⁾ en la Argentina son inseguras al no cumplir con las Condiciones Obstétricas y Neonatales Esenciales establecidas por la OMS en 1986⁽²⁾. ¿La legalización del aborto va a resolver este déficit...?

En ese mismo 2016 murieron en la Argentina 525 mujeres por deficiencias de la nutrición y anemias nutricionales⁽³⁾. Problema que se resuelve en algunos casos con un medicamento muy barato: "comida". Siguen en este repertorio de muertes femeninas 233 por tuberculosis, 194 por Chagas y 3 mujeres muertas por jetáanos!

La otra falacia la constituye la afirmación de que una ley de aborto no punible reduce la mortalidad materna. Los hechos concretos demuestran que el aborto es legal en los Estados Unidos desde 1973 y, sin embargo, su tasa de mortalidad materna es 26 veces más alta que la de Irlanda, en donde el aborto está prohibido⁽⁴⁾.

¿Dónde está la diferencia? Estados Unidos posee un sistema de salud mercantilizado con alto gasto, sectores excluidos y sin acceso al sistema. Irlanda tiene un Sistema Nacional de Salud basado en un Sistema Público Estatal con menor gasto y mejores indicadores sanitarios.

La OMS afirma que la mortalidad materna es una tragedia global, "585.000 mujeres en edad fértil, en plena etapa productiva y creativa de sus vidas, fallecen por año. El 99 % de ellas 'viven en el mundo subdesarrollado' y menos del 1 % en los países desarrollados"⁽⁵⁾.

¿Qué tienen en común estas mujeres que mueren en regiones con legislación dispar? Tienen en común la pobreza. *Las evidencias demuestran que la pobreza es el mayor factor de riesgo de mortalidad materna, el aborto es solo un factor de confusión.*

Siempre se asoció la mortalidad infantil con la pobreza, la exclusión social y las barreras para acceder al sistema de salud. Si las regiones con altas tasas de mortalidad infantil tienen también elevadas tasas de mortalidad materna, ¿por qué no vincular esta última al mismo factor causal? *El problema es la pobreza, en cualquiera de sus expresiones: económica, social, educativa, de salud pública y también espiritual.*

Las evidencias demuestran que la legalización del aborto no reduce la mortalidad materna (E. KOCH y otros), seguramente va a contribuir en reducir la mortalidad infantil al seleccionar los nacimientos..., pero de lo que estamos seguros es que este debate eclipsará la discusión de fondo sobre la pobreza y sus consecuencias que, hoy por hoy, afecta al 28 % de nuestra población.

Desde las políticas demográficas

En las Cumbres Mundiales sobre población se intenta permanentemente fomentar el aborto (¿pretenden reivindicar a

(3) Ver <http://www.deis.msal.gov.ar/index.php/anuario/>.

(4) Ver <http://www.resumenlatinoamericano.org/2017/11/27/la-verdadera-tasa-de-mortalidad-materna-en-estados-unidos/>.

(5) Ver http://www.who.int/maternal_child_adolescent/topics/maternal/maternal_perinatal/es/; <https://books.google.com.ar/books?isbn=8484682773>.

COLUMNA LEGISLATIVA

Legislación Nacional

Resolución 42 de mayo 10 de 2018 (SRT) - **Derecho del Trabajo.** Riesgos del Trabajo. Accidente de Trabajo. Trabajadores de la Construcción. Manipulación y Desplazamiento de Bolsas de Cemento. Establecimiento (B.O.: 14-5-18).

Resolución General 4240 de mayo 11 de 2018 (AFIP) - **Impuestos.** Procedimiento Tributario. Plazo. Impuesto al Valor Agregado. Servicios Digitales Prestados por Sujeto Residente o Domiciliado en el Exterior. Ingreso del Gravamen. Formas, Plazos y Condiciones. Establecimiento (B.O.: 14-5-18).

Resolución General 4242 de mayo 11 de 2018 (AFIP) - **Impuestos.** Procedimiento Tributario. Habéas Data. Procedimiento. Secreto Fiscal. Pautas de Suministro de Información. Modificación (B.O.: 14-5-18).

Legislación de la Provincia de Buenos Aires

Ley 15023 - **Poder Judicial.** Policía Judicial. Selección, designación y remoción de funcionarios y empleados. Funciones. Requisitos. Modificación (Sanción: 12-4-18; Promulgación: 8-5-18; B.O.: 14-5-18).

Próximamente en nuestros boletines EDLA.

Malthus?). Este interés de los grupos de poder no es filantrópico ni inofensivo. Ellos promueven que haya menos gente para preservar los recursos no renovables del planeta. De otra manera, *si crece la población mundial, no podrá sostenerse el altísimo nivel de consumo que estos grupos mantienen.* Este dato no puede ser ingenuamente ignorado.

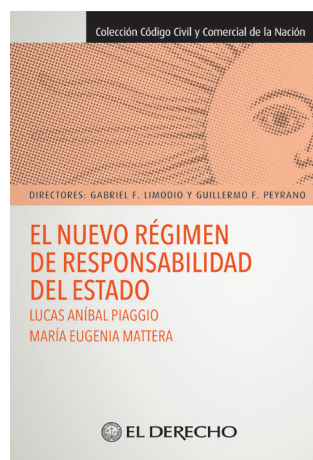
A modo de conclusión

Defender la vida no es una cuestión religiosa, científica, política, filosófica ni de militancia. Es una cuestión de derechos humanos básica. *Nacer es el primer derecho de toda persona humana.*

MIGUEL ÁNGEL SCHIAVONE
Universidad Católica Argentina
www.centrodebioetica.org
10 de mayo de 2018

VOCES: DERECHOS HUMANOS - SALUD PÚBLICA - MÉDICO - BIOÉTICA - ABORTO - PERSONA - FAMILIA - MENORES - CÓDIGOS - PODER LEGISLATIVO - ORGANISMOS ADMINISTRATIVOS - HOSPITALES Y SANATORIOS - DELITOS CONTRA LA VIDA - POLÍTICAS PÚBLICAS - MIGRACIÓN - ECONOMÍA

NOVEDADES 2018



LUCAS ANÍBAL PIAGGIO - MARÍA EUGENIA MATTERA
COLECCIÓN CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

EL NUEVO RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

El Derecho
2018
232 páginas
ISBN 978-987-3790-74-4

Venta telefónica: (11) 4371-2004
Compra online: ventas@elderecho.com.ar
www.elderecho.com.ar

(1) Ver <http://www.msal.gov.ar/images/stories/cofesa/2008/acta-03-08/anexo-10-03-08.pdf>.

(2) Ver http://www.sap.org.ar/docs/congresos_2015/37%20CO-NARPE/speranza.regionalizacionperinatal.pdf.