



Vacunación: hacia un equilibrio entre libertad de conciencia e interés público

ANÁLISIS JURÍDICO COMPARADO DURANTE LA CRISIS DEL COVID-19

Sandra M. Wierzba, Juli Mansnerus y Toni P. Malminen (*)

SUMARIO: I. Planteo.— II. Enfoques jurídicos actuales en materia de vacunación.— III. Reticencia a la vacunación y derechos de los pacientes.— IV. Marco regulatorio y experiencia jurisprudencial latinoamericana.— V. Perspectivas europeas: la jurisprudencia del TEDH sobre la vacunación obligatoria.— VI. Reflexiones jurídicas en torno a la vacunación durante la pandemia de COVID-19.— VII. Palabras finales.

Los debates sobre la vacunación obligatoria impactan en el corazón del Derecho Constitucional, la Teoría del Derecho, la Filosofía Política y el Derecho a la Salud. Giran en torno a un interrogante esencial, que puede expresarse del siguiente modo: ¿Cómo lograr un equilibrio entre la libertad de conciencia -incluidas las excepciones de orden religioso a las leyes generalmente aplicables- y el interés público -incluida la salud pública-?

I. Planteo

Se considera a la vacunación como una de las vías más eficaces para prevenir enfermedades, al tratarse de un método capaz de generar inmunidad contra ellas(1). De hecho, resulta habitual leer que, luego de la potabilización del agua, la vacunación es el hito sanitario que más vidas ha salvado en el mundo a lo largo de la historia de la humanidad(2).

La Organización Mundial de la Salud (OMS) ha expresado reiteradamente que la inmunización reduce en gran medida las enfermedades, la discapacidad, la muerte y la desigualdad a nivel mundial(3). Su efectividad puede advertirse en la erradicación de la viruela y la restricción de múltiples enfermedades, como la poliomielitis, el sarampión, la rubéola y el tétanos, estimándose que actualmente las vacunas evitan de dos a tres millones de muertes cada año(4).

A su vez, se destaca la idea de “inmunidad colectiva” o “de rebaño”, de acuerdo con la cual se requiere que una proporción suficiente de la población, generalmente una gran parte de ella, se vacune, para proteger a quienes no pueden hacerlo, por ejemplo, por problemas o condiciones de salud previas(5)(6). En otros términos, la eficacia en la prevención de enfermedades depende de la tasa de cobertura de las vacunas(7). Y si bien los procedimientos médicos realizados en una persona suelen referirse únicamente a esa persona en particular, la inmunidad de rebaño y la salud pública son los elementos esenciales que

hacen que la vacunación no afecte solo el interés individual, sino, asimismo, el de terceros y de la población en general. Es así que, aunque comprometa una decisión individual, la vacunación afectará el derecho a la salud de los demás.

Por ese tipo de razones, algunos Estados disponen de sistemas de vacunación obligatoria.

Los debates sobre la vacunación obligatoria impactan en el corazón del derecho constitucional, la teoría del derecho, la filosofía política y el derecho a la salud. Giran en torno a un interrogante esencial, que puede expresarse del siguiente modo: ¿Cómo lograr un equilibrio entre la libertad de conciencia —incluidas las excepciones de orden religioso a las leyes generalmente aplicables— y el interés público —incluida la salud pública—?

Tal pregunta se resignifica en un mundo donde los llamados “movimientos antivacunas” vienen cobrando fuerza en los últimos años y donde la inmunización masiva podría poner fin a la mayor crisis sanitaria global desde la gripe española.

Asimismo, la vacunación supone un procedimiento médico y, por lo tanto, involucra también los derechos del paciente(8), que hoy en día están fuertemente asociados a los derechos humanos(9) y, en algunas legislaciones, a los “derechos personalísimos”(10). En última instancia, el tema planteado compromete la cuestión de la seguridad colectiva frente a los derechos de las personas; la salud de una comunidad y los derechos de cada uno de sus integrantes.

Sin ofrecer una conclusión definitiva, este artículo pretende arrojar luz sobre los temas en juego, mediante la adopción de un enfoque comparativo, describiendo los marcos regulatorios actuales y ciertas experiencias habidas con la vacunación en Latinoamérica y en la Unión Europea, con especial referencia a la situación de la Argentina y de Finlandia(11).

II. Enfoques jurídicos actuales en materia de vacunación

En los últimos años ha habido una creciente resistencia hacia las vacunas, con brotes de

enfermedades prevenibles por vacunación que solían estar mejor controlados, incluso en los países desarrollados(12). Ello ha generado preocupaciones sobre cómo lograr una inmunización efectiva, que garantice la salud pública.

Así, por ejemplo, algunos países europeos, como Alemania e Italia, han dispuesto la obligatoriedad parcial de ciertas vacunas, imponiendo diferentes sanciones a los infractores y prohibiendo la asistencia a la escuela a los niños no vacunados(13). A su vez, la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) está considerando una serie de casos conocidos como “Vavricka” (solicitud 47621/13) y otras cinco solicitudes contra la “República Checa”, todos referidos a la legislación checa sobre vacunación obligatoria y a las consecuencias para los demandantes que se negaron a cumplirla (en lo sucesivo, “Vavricka y otros vs. La República Checa”)(14)(15). Es así que resultará de gran interés conocer la decisión que por primera vez dictará el TEDH con relación al concepto de vacunación obligatoria, bajo la perspectiva de los derechos protegidos por la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) y su interpretación sobre si las interferencias que tal método supone respecto de los derechos individuales resultan justificadas.

Las políticas de vacunación obligatoria pueden ser una novedad para algunas naciones y son parte de una discusión presente en Europa. Sin embargo, cuentan con una larga tradición y relevancia en varios países de América Latina, muchas veces castigados por enfermedades prevenibles por vacunación, asociadas a la fragilidad de la infraestructura y a la carencia de servicios básicos. Así, por ejemplo, en la Argentina, además de haberse establecido por ley el derecho a la vacunación en todas las etapas de la vida, se ha dispuesto la obligatoriedad de distintas vacunas en el Calendario Nacional de Vacunación, conforme a criterios que establece la autoridad de aplicación (p. ej., según edad, para el personal de salud), con posibilidad de aplicar sanciones que van desde la simple notificación hasta la vacunación compulsiva, en caso de incumplimiento de las obligaciones correspondientes (ley 27.491, de 2019, arts. 2º, 7º, 8º y 14).

Los cuestionamientos en torno a la vacunación obligatoria resultan de gran actualidad, considerando la pandemia de COVID-19 en curso. Pero, además, las presentes circunstancias pueden condicionar las políticas públicas a futuro, en cuanto los Estados pueden razonablemente plantearse qué tipo de medidas deben tomar de tal modo de garantizar la inmunidad de su población, con el fin de eliminar o prevenir nuevas pandemias. A su vez, se impone investigar este tema y plantearse preguntas sobre posibles violaciones a los derechos de las personas, desde la perspectiva del paciente y con base en los derechos humanos, pero también sobre la seguridad colectiva, mientras se mantienen los esfuerzos por crear vacunas y esquemas de inmunización que sean mejores y más seguros.

Ahora bien, antes de entrar en algunos detalles sobre el estado actual del derecho a la salud en las comunidades de referencia, contrastaremos dos tipos ideales de libertad de creencia.

El primero suele dar prioridad a las libertades individuales por sobre el interés público. En este sentido, cabe afirmar que el más conocido sistema legal existente que representa este tipo ideal es el derecho de los Estados Unidos de América. Así, por ejemplo, en el caso “Masterpiece Cakeshop”(16), la Corte Suprema de ese país reconoció una excepción a las leyes que garantizan la no discriminación en alojamientos y comercios que prestan servicios al público, al revocar la decisión de los tribunales inferiores que consideraran discriminatoria la negativa a elaborar una torta para el casamiento de una pareja del mismo sexo, priorizando así las creencias religiosas del propietario de una pastelería. Del mismo modo, casi todos los Estados de esa nación prevén excepciones a la vacunación obligatoria por motivos religiosos o filosóficos. Tal modelo es comprensible en una sociedad como la de ese país, nacida de la persecución religiosa, donde la legitimidad del gobierno se cuestiona continuamente y los derechos individuales a menudo triunfan.

Un tipo ideal contrastante es el modelo social nórdico, donde la sociedad se encuentra altamente secularizada, el Estado y las políticas públicas son centrales en el desarrollo y los gobiernos gozan de gran legitimidad. Allí, los mo-

DOCTRINA

Vacunación: hacia un equilibrio entre libertad de conciencia e interés público

Análisis jurídico comparado durante la crisis del COVID-19

Sandra M. Wierzba, Juli Mansnerus y Toni P. Malminen 1

NOTA A FALLO

Comentario a un fallo desalentador sobre las técnicas de reproducción humana asistida

María Laura Berterreix 7

La gestación por sustitución, un obstáculo cultural más que jurídico o técnico

Fabiana Quaini 7

JURISPRUDENCIA

GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN. Revocación de sentencia que desplazó la filiación materna de la mujer gestante y admitió el emplazamiento filial de una pareja homosexual. Figura que no está admitida por el ordenamiento jurídico. Determinación de la maternidad por el útero. Orden público. Inexistencia de vacío legislativo. Inaplicabilidad del art. 19 de la Constitución Nacional. Disidencia. Derecho a formar una familia. Voluntad procreacional. Igualdad. Interés superior del niño e identidad (CNCiv.) 7

vimientos antivacunas han sido contenidos, aunque algunos ejemplos sorprendentes surgieron en los últimos años, en ocasiones a partir de los debates estadounidenses. Sin historia de persecución religiosa, el logro de un equilibrio entre la libertad de conciencia y el interés público ha resultado más fácil entre los nórdicos. Ello es así, aunque el aumento de la inmigración y el mayor interés en los derechos humanos está ejerciendo algunas presiones sobre este modelo.

Latinoamérica comprende comunidades que presentan fuertes contrastes y desigualdades estructurales. Algunas de sus naciones han sido cuna de construcciones sobre derechos humanos reconocidas a nivel global, incorporando y desarrollando profusamente normas, doctrina y jurisprudencia sobre los derechos de los pacientes. Sin embargo, y acaso por las fragilidades y carencias mencionadas, que impactan fuertemente en la salud de sus poblaciones, la vacunación obligatoria hace a una práctica ya tradicional en distintos países, apreciada por la mayor parte de sus ciudadanos y avalada por la ley.

III. Reticencia a la vacunación y derechos de los pacientes

La indecisión o reticencia a la vacunación (*vaccine hesitancy*) se asocia a la *desgana o negativa a vacunarse a pesar de la disponibilidad de vacunas* (17). En 2019, la OMS incluyó tal conducta entre las diez amenazas para la salud mundial, además del cambio climático y las pandemias.

Sin embargo, tal fenómeno no es nuevo (18). Existen múltiples razones por las que las personas se oponen a la vacunación, que incluyen las propias creencias, la sospecha generalizada sobre la eficacia de las vacunas y la voluntad de decidir sobre su propio plan de vacunación (19).

Según la OMS, las vacunas pueden causar algunos eventos adversos muy raros pero graves, como parálisis, anafilaxia y meningitis aséptica, que son impredecibles e incluso pueden provocar la muerte (20). Este es un factor que debe tenerse en cuenta en lo que respecta a los derechos del paciente, en especial con relación al derecho a la autodeterminación. Sin embargo, la reticencia no siempre proviene del temor a

posibles efectos secundarios adversos. Algunas personas simplemente no quieren vacunarse, incluso por razones que nada tienen que ver con la salud. Y, considerando la evidencia científica sobre la eficiencia de las vacunas, la racionalidad de ese tipo de decisiones puede cuestionarse.

En general, cabe afirmar que los pacientes tienen un derecho genérico a tomar decisiones sobre el cuidado de su propio cuerpo, incluido el derecho a rechazar tratamientos, incluso si tal rechazo importa consecuencias negativas para su la salud. En la Argentina ello surge claramente de profusas fuentes jurídicas, como el art. 59 del Cód. Civ. y Com. de la Nación y los arts. 5º y 6º de la Ley de Derechos del Paciente (ley 26.529, de 2009); de múltiples decisiones judiciales, entre las que se destacan los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Albarracini Nieves” y “D., M. A. s/ declaración de incapacidad” (21) (22), y de muy variados trabajos de doctrina (23).

El consentimiento informado del paciente es uno de los temas fundamentales en el derecho de la salud, también amparado por el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con Respecto a las Aplicaciones de la Biología y la Medicina (en adelante, Convenio Relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina) (24), que en su art. 5º establece: “Una intervención en el campo de la salud solo podrá llevarse a cabo después de que el interesado haya dado su consentimiento libre e informado”. Dicho Convenio ha sido considerado en la jurisprudencia del TEDH (25).

A su vez, se ha considerado que el elemento más esencial en el cuidado de la salud de las personas es la autodeterminación, interpretándose que toda persona competente tiene derecho a decidir sobre su propio cuerpo, además de tener derecho a recibir asistencia de otros, con el fin de tomar decisiones informadas (26). También implica la idea de permitir que una persona viva de acuerdo con sus creencias, siempre que no atente contra el derecho de otras personas a ejercer su propia autodeterminación (27).

Ahora bien, la reticencia a la vacunación no necesariamente depende de la obligatoriedad de las vacunas. Por ejemplo, en Finlandia, a pesar

de que las vacunas no son obligatorias para los niños, ha habido cierto rechazo hacia la vacunación, al menos en algunas regiones (28). De hecho, en países donde la vacunación es voluntaria, la reticencia podría generar presión sobre las autoridades de salud pública a cargo de garantizar la cobertura adecuada, llevándolas a considerar la necesidad de optar por un sistema obligatorio. Así, la vacunación obligatoria podría ser una respuesta de algunos Estados hacia la creciente oposición a la inmunización.

Más específicamente, en Finlandia la mayoría de las vacunas son voluntarias, aunque las autoridades sanitarias fomentan energicamente su aplicación (29). Sin embargo, la Ley de Enfermedades Transmisibles (ley 1227, de 2016, en su versión modificada) establece la posibilidad de disponer la vacunación obligatoria en algunos casos puntuales, mediante una resolución gubernamental, si resulta necesaria una inmunización extendida para evitar la propagación de una enfermedad contagiosa generalmente peligrosa, capaz de causar daños sustanciales a la vida y la salud de la población o de parte de ella (art. 47). A su vez, la ley impone una obligación de vacunación a empleados y estudiantes de ciencias de la salud, para proteger a los pacientes (art. 48). Ahora bien, la resistencia general hacia las vacunas y las críticas formuladas por los profesionales de la salud finlandeses a la legislación enmendada lucen indicativas de cierta mirada negativa hacia la obligatoriedad de la vacunación (30). Es que las personas son cada vez más conscientes de sus derechos; existen pocos procedimientos médicos obligatorios en este país, y un esquema de esa naturaleza puede resultar incompatible con el individualismo, en una sociedad donde no se acostumbra renunciar al propio derecho a la autodeterminación.

En ese contexto, la idea de “dañar los derechos de otras personas” puede aparecer como bastante vaga. Y, teniendo en cuenta los derechos de los pacientes y, particularmente, el derecho a la autodeterminación, la vacunación obligatoria podría considerarse como propia de una facultad del poder supremo del Estado, de carácter extraordinario.

En cambio, a pesar de la acción de grupos antivacunas inspirados generalmente en razones

no religiosas, cabe afirmar que, en la Argentina, la vacunación obligatoria —para ciertos grupos humanos y con relación a ciertas patologías— hace a un criterio claramente prevaleciente en la ley, en las políticas públicas y en la jurisprudencia. El temor al contagio de enfermedades infectocontagiosas, como la gripe o las hepatitis; la idea generalizada en el sentido de que ningún medicamento ha salvado tantas vidas como las vacunas, e incluso la impronta dejada por la epidemia de poliomielitis en la década del 50 del siglo pasado (31) justifican tal criterio. A su vez, el Supremo Tribunal de la Nación, al pronunciarse en un caso de reticencia, sostuvo que “el obrar de los actores en cuanto perjudica los derechos de terceros, queda fuera de la órbita del ámbito de reserva del art. 19 de la CN; y por lo tanto, se trata de comportamientos y decisiones sujetas a la interferencia estatal la que, en el caso, está plasmada en el Plan de Vacunación Nacional” (32), fijando así un límite a la autonomía personal y al derecho a decidir el modelo de vida familiar.

Este criterio, que pudo verse fortalecido por la reaparición de enfermedades erradicadas, como consecuencia de la falta de vacunas suficientes para inmunizar a la población, evidenciada años atrás en un contexto de recortes de gastos en materia de salud (33), luce explícito en la ley especial vigente, que se pronuncia directamente por la “...Prevalencia de la salud pública por sobre el interés particular” [ley 27.491, de 2019, art. 2º, inc. c)].

Pero en la actualidad, y en un movimiento que parece contrario al observado en Finlandia, en la Argentina, la reticencia a la vacunación parece estar propiciando un sistema de vacunación voluntaria (34). Claro que este fenómeno se observa en el contexto de la pandemia de COVID-19 y de las singulares circunstancias que rodean la elaboración de vacunas y la regulación de su uso (35).

En cualquier caso, los derechos de los pacientes hacen al núcleo de los derechos humanos y comprenden, además de la autonomía y la autodeterminación citadas, la integridad física, siendo esta una de las cuestiones que también ha abordado el TEDH en sus decisiones (36). Tales derechos también cuentan con anclaje en la nor-

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(*) Sandra M. Wierzba: Profesora titular de Obligaciones Civiles y Comerciales, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

Juli Mansnerus: Investigadora posdoctoral en Derecho Médico y Biomédico, Facultad de Derecho, Universidad de Helsinki.

Toni P. Malminen: Profesor de Práctica en Derecho de la Competencia y Defensa Jurídica, Universidad de Eastern Finland.

(1) WHO, “The World Health Organization: Vaccines”, *The World Health Organization: Q&A on vaccines*, 2019.

(2) SOCIEDAD ARGENTINA DE INFECTOLOGÍA, “Vacunas: comunicado oficial”, disponible en https://sadi.org.ar/index.php?option=com_acymailing&ctrl=archive&task=view&mailid=115&key=HANrx2a4&subid=665-01e11314b09ca7bd3d3832caee630388&tmpl=component, al 18/10/2020.

(3) WHO, “Vaccination greatly reduces disease, disability, death and inequity worldwide”, disponible en <https://www.who.int/bulletin/volumes/36/2/07-040089/en>, al 20/08/2020.

(4) OMS, “Cobertura vacunal”, disponible en <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/immunization-coverage>, al 06/11/2020.

(5) FINNISH INSTITUTE FOR HEALTH AND WELFARE, “Vaccination coverage”, disponible en <https://thl.fi/en/web/infectious-diseases-and-vaccinations/information-about-vaccinations/vaccination-coverage>, al 23/08/2020. Ver, asimismo, “La importancia de vacunarse”, disponible en <https://www.argentina.gob.ar/noticias/la-importancia-de-vacunarse>, al 12/10/2020.

(6) ZELAYA, Mario A., “Los nuevos desafíos que enfrenta la Ley de Vacunación Obligatoria”, SJA del 18/09/2019, 3; JA 2019-III; AP AR/DOC/2178/2019.

(7) SIVELÄ, J. - LAUNIS, V. - JÄÄSKELÄINEN, S. - PUUMALAINEN, T. - NOHYNEK, H., “Käsitykset rokotuksista ja rokotuskattavuuteen vaikuttavat tekijät [Perceptions on vaccines and factors affecting vaccination coverage]”, *Review Article*, 09/03/2018, *Lääkärilehti*, 10/2018, 73, ps. 648-652, disponible en <https://www.laakarilehti.fi/tieteess/>

[sa/katsausartikkeli/kasitykset-rokotuksista-ja-rokotuskattavuuteen-vaikuttavat-tekijät/?public=2f3f74d60f7d8f8e8ef2767ac50c1ca6](https://www.laakarilehti.fi/tieteess/sa/katsausartikkeli/kasitykset-rokotuksista-ja-rokotuskattavuuteen-vaikuttavat-tekijät/?public=2f3f74d60f7d8f8e8ef2767ac50c1ca6), al 20/08/2020.

(8) LEHTONEN, L. - LOHINIVA-KERKELÄ, M. - PAHLMAN, I., “Terveys oikeus [Health law]”, *Talantum Media Oy*, 2015, p. 162.

(9) NIEMINEN, L., “Terveys ihmisoikeuskysymyksenä [Health as a human right]”, *Suomalainen Lakimiesyhdistys*, 2015, p. 1.

(10) Conf. arts. 51 a 61 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, muy especialmente el art. 59.

(11) Donde los autores hemos desarrollado la mayor parte de nuestra experiencia.

(12) WHO, “The World Health Organization. Improving vaccination demand and addressing hesitancy”, disponible en https://www.who.int/immunization/programmes_systems/vaccine_hesitancy/en/, al 23/08/2020. Ver, asimismo, HICKLER, B. - GUIRGUIS, S. - OBREGON, R., “Vaccine special issue on vaccine hesitancy”, *Vaccine*, 2015:33:34, ps. 4155-4156.

(13) PAUL, K. T. - LOER, K., “Contemporary vaccination policy in the European Union: tensions and dilemmas”, *J. Public Health Pol*, 2019:40, ps. 166-179.

(14) THE ECTHR 2020, “Grand Chamber to examine case concerning compulsory vaccination”; THE ECTHR 2020, “Factsheet. Health”, disponible en https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Health_ENG.pdf, al 20/08/2020. “ECTHR” es el acrónimo en idioma inglés para “TEDH”.

(15) Cabe aclarar que el TEDH ya había considerado algunos casos relacionados con la vacunación obligatoria con anterioridad; sin embargo, estos fueron declarados inadmisibles y las circunstancias eran bastante diferentes.

(16) 584 US 2018.

(17) WHO, “Ten threats to global health in 2019”, disponible en <https://www.who.int/news-room/feature-stories/ten-threats-to-global-health-in-2019>, al 20/08/2020.

(18) SIVELÄ, J. - LAUNIS, V. - JÄÄSKELÄINEN, S. - PUUMALAINEN, T. - NOHYNEK, H., “Perceptions on vaccines and factors affecting vaccination coverage”, ob. cit., ps. 648-652.

(19) *Ibid.*

(20) WHO, “Q&A on vaccines”, publicado el 26/08/2019, disponible en <https://www.who.int/vaccines/questions-and-answers/>, al 20/08/2020.

(21) CS, 01/06/2002, “Albarracini Nieves, Jorge W. s/ medidas precautorias”, Fallos 335:799.

(22) CS, 07/07/2015, “D., M. A. s/ declaración de incapacidad”, Fallos 338:556.

(23) Solo como botón de muestra, cabe mencionar a AI-ZENBERG, Marisa - ROITMAN, Adriel J., “Los derechos de los pacientes y su reconocimiento a nivel nacional”, LA LEY, 2010-A, 826; AR/DOC/4541/2009; BENAVENTE, María Isabel, “El respeto por la autonomía del paciente. Algunas reflexiones sobre el consentimiento informado”, ED 186-1344; HIGHTON, Elena I. - WIERZBA, Sandra M., “La relación médico-paciente: el consentimiento informado”, 2ª ed. actual. y ampl., Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003; TOBIAS, José W., “El consentimiento del paciente en el acto médico”, ED 93-803, y “El asentimiento del paciente y la ley 26.529”, Academia Nacional de Derecho, 2da. sept. 2010, p. 5; DFyP 171.

(24) Oviedo, 04/04/1997.

(25) NIEMINEN, L., “Health as a human right”, ob. cit., p. 45.

(26) LOUHIALA, P. - LAUNIS, V., “Parantamisen ja hoitamisen etiikka [Ethics of healing and care]”, *Edita Publishing Oy*, 2009, p. 31.

(27) *Ibid.*

(28) SIVELÄ, J. - LAUNIS, V. - JÄÄSKELÄINEN, S. - PUUMALAINEN, T. - NOHYNEK, H., “Perceptions on vaccines and factors affecting vaccination coverage”, ob. cit., ps. 648-652.

(29) LEHTONEN, L. - LOHINIVA-KERKELÄ, M. - PAHLMAN, I., “Health law”, ob. cit., p. 110.

(30) TEHY (The Finnish Union of Health and Social Care Professionals), “Tartuntatautilaki uudistui, näin henkilöstön rokottaminen muuttuu [The Communicable Diseases Act was amended, that is how practices regarding vaccination of health care personnel were changed]”, publicado el 28/02/2017 y disponible en <https://www.tehy.fi/fi/ajanko>

[htaista/tartuntatautilaki-uudistui-na-in-henkiloston-rokottaminen-muuttuu](https://www.tehy.fi/fi/ajankohtaista/tartuntatautilaki-uudistui-na-in-henkiloston-rokottaminen-muuttuu), al 20/08/2020.

(31) MARCÓ DEL PONT, José, “Poliomielitis: qué tipo de vacunas debemos utilizar?”, en *Arch. Argent. Pediatr.*, 2002, 100[1]/3, disponible en <https://www.sap.org.ar/docs/publicaciones/archivosarg/2002/3.pdf>, al 13/11/2020. La epidemia habría afectado a casi 6500 personas, con una mortalidad mayor al 30% y gran cantidad de casos de parálisis infantil.

(32) CS, 12/06/2012, “N.N. o U. V. s/ protección y guarda de personas”, 157.XLVI, REX, Fallos 335:888. Ver especialmente consids. 14 y 23.

(33) Este fenómeno se hizo público en los más variados medios periodísticos. Ver, p. ej., “Alarma por la falta de vacunas: causas y consecuencias”, del 12/07/2019, <https://www.perfil.com/noticias/equipo-de-investigacion/causas-consecuencias-faltante-de-vacunas-salud.phtml>; “Presentación en Diputados. Polémica por las vacunas: según un informe oficial, en 2018 se compraron menos dosis”, actualizado al 02/07/2019, https://www.clarin.com/buena-vida/polemica-falta-vacunas-informe-oficial-compraron-dosis_0_kyQsH-dd3.html; “Falta de vacunas: nuevo pedido de informes al gobierno”, del 13/07/2019, <https://www.pagina12.com.ar/205906-falta-de-vacunas-nuevo-pedido-de-informes-al-gobierno>, todos recuperados el 20/10/2020.

(34) VIZZOTTI, Carla (secretaria de Acceso a Salud de la Nación Argentina), “Ninguna vacuna contra la COVID-19 será obligatoria”, disponible en <https://www.telam.com.ar/notas/202011/532446-carla-vizzotti-vacuna-covid-no-obligatoria.html>, al 07/11/2020. Esta y otras declaraciones públicas de los funcionarios de gobierno aparecieron luego de una serie de críticas a una futura y supuesta inmunización obligatoria contra el COVID-19.

(35) En especial, cabe mencionar la entrada en vigencia de la ley 27.573 de Vacunas Destinadas a Generar Inmunidad Adquirida contra el COVID-19, BO del 06/11/2020, que será objeto de análisis más adelante.

(36) 01/07/1998, “Passannante vs. Italy”, application 32647/96, parágs. 91-93.

mativa fundamental americana, tal como surge de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) (37), especialmente en los arts. 5º, 7º y 11. Así, por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) se pronunció muy especialmente sobre el derecho a la integridad física y mental (en conexión con los derechos reproductivos de las personas), en los autos “Artavia Murillo vs. Costa Rica” (38).

Por lo demás, cabe mencionar que, si bien durante mucho tiempo los derechos de los pacientes fueron leídos desde una perspectiva individual, en la actualidad tal concepto se ha ampliado, dado que se está tomando en consideración el nivel colectivo en lo que respecta a la ética del tratamiento (39).

IV. Marco regulatorio y experiencia jurisprudencial latinoamericana

Nos referiremos en este apartado a la normativa y la jurisprudencia de algunos países de Latinoamérica, centrándonos en la Argentina, pero mencionando el caso de otras naciones que cuentan con verdaderos precedentes sobre disputas que involucran la vacunación.

IV.1. Normativa aplicable

IV.1.a. Argentina

En el año 1941, el Congreso Nacional argentino aprobó la ley 12.670 (40), que declaró obligatoria y gratuita en todo el territorio la vacunación y revacunación antidiftérica en los niños desde la edad de nueve meses a doce años.

Más de cuarenta años más tarde, el mismo cuerpo legislativo estableció un régimen general para la vacunación contra las enfermedades prevenibles. Se trató de la ley 22.909, de 1983, norma que delegó en la autoridad sanitaria nacional la nómina de enfermedades a incluirse en tal régimen, a ejecutarse en programas de vacunación de las distintas jurisdicciones, con obligación de garantía oportuna y suficiente, tanto en cuanto a las vacunas en sí como en cuanto a los medios para su administración, con alcances hasta los núcleos más alejados de población. Se destacó en dicha normativa la importancia de la información y el asesoramiento a los ciudadanos, el desarrollo de campañas permanentes de educación sanitaria y el reconocimiento de un deber social de someterse a este medio de inmunización (art. 7º). A su vez, la norma previó la vacunación gratuita (arts. 8º y 9º) y obligatoria, colocando en manos de los padres, tutores, curadores y guardadores de menores o incapaces la responsabilidad de su efectivización (art. 18). Pero, además, la norma dispuso: “La falta de vacunación oportuna en que incurran los obligados [...] determinará su emplazamiento, en término perentorio para someterse y/o someter a las personas a su cargo, a la vacunación que en cada caso corresponda aplicar, sin perjuicio, en caso de incumplimiento, de ser sometidos los obligados o las personas a su cargo a la vacunación en forma compulsiva” (art. 18).

Ya en el siglo XXI, el Congreso Nacional aprobó la Ley de Control de Enfermedades

Prevenibles por Vacunación (ley 27.491, de 2018) (41) (42), donde se califica a la vacunación como “una estrategia de salud pública preventiva y altamente efectiva”, concepto que define el lugar prioritario que el Estado argentino asigna a esta herramienta sanitaria. Se mantiene su carácter gratuito —garantizado por el Estado en los centros de salud y hospitales de todo el país— y obligatorio, haciéndose explícito a su respecto el principio de equidad social para todas las etapas de la vida [art. 2º, incs. a) y b)] e imponiéndose a la autoridad pública obligaciones concretas en materia de información y educación (art. 24). La norma define a la vacunación como un bien social y, según mencionáramos, dispone explícitamente la prevalencia de la salud pública sobre el interés particular [art. 2º, inc. c)], y prevé sanciones ante la omisión, que van desde la simple notificación hasta la vacunación compulsiva (conf. arts. 7º, 8º, 10, 11, 13 y 14).

Y si bien dicha ley no prevé excepciones fundadas en razones médicas (al igual que las de Chile, Bolivia, Paraguay, Uruguay y Perú, y diversamente a lo previsto por diversas legislaciones estatales de los Estados Unidos), se ha afirmado que los profesionales médicos, en cumplimiento del deber de cuidado, tendrían que analizar eventuales contraindicaciones que aumenten el riesgo de padecer un efecto adverso en sus pacientes (43). De hecho, existe una práctica extendida en las escuelas por la que se da intervención a las autoridades sanitarias, en el caso de alumnos que carecen de certificación sobre vacunación completa, solo cuando se omite presentar un certificado médico que lo justifique.

Ahora bien, en esencia, los supuestos de vacunación obligatoria se explicitan en el Calendario Nacional de Vacunación (44), considerado uno de los más completos de la región (45). Si bien allí se incluyen vacunas para todas las etapas de la vida, para situaciones especiales y para grupos específicos, debiendo certificarse su aplicación en las escuelas, en el marco de las relaciones laborales, ante la tramitación de distintos documentos (DNI, pasaporte, licencia de conducción, etc.) y ante la tramitación de asignaciones familiares, lo cierto es que tales certificaciones se controlan fundamentalmente en el ámbito educativo y previsional, para niños, niñas y adolescentes (NNA). Y aunque algunas instituciones sin duda cumplirán con su obligación en este sentido, por lo general no se advierte una verificación estatal sobre tal cumplimiento. La casuística jurisprudencial argentina respecto de la reticencia a la vacunación se refiere casi exclusivamente a la situación de NNA, donde la tensión entre derechos individuales y salud pública se ve incrementada por el compromiso del interés superior de personas muy jóvenes, generalmente incompetentes para decidir.

En cuanto a la vacunación de los trabajadores de la salud, la obligatoriedad se justifica cuando puedan actuar como vectores del contagio de enfermedades prevenibles por vacunación.

En cambio, al menos en el contexto pre-COVID-19 y durante la pandemia, la vacunación obligatoria para adultos luce más bien asociada a la protección de tales personas, a su derecho

a una aplicación gratuita en ámbitos públicos y a su financiamiento por el sector privado y de la seguridad social. Cuesta imaginar la persecución legal a un adulto mayor por no haber recibido vacunación contra la gripe. Ello tiene todo un sentido ante cualquier discusión sobre una posible vacunación “obligatoria” contra el COVID-19, que abordaremos más adelante.

Por lo demás, cabe advertir que, si bien nuestro derecho sanitario prevé otros casos de imposición de prácticas médicas a la población (46), el caso de la vacunación luce como un verdadero paradigma de intervención estatal en pos de la salud pública, por sobre las decisiones privadas. Es así que si bien toda actuación médica requiere de consentimiento informado y puede ser rechazada incluso sin expresión de causa (47), bien puede interpretarse que la vacunación obligatoria constituye una excepción a tal criterio, justificada en normas de carácter especial y posterior (conf. ley 27.491 y Cód. Civ. y Com. de la Nación) (48).

IV.1.b. Costa Rica

Según el art. 46 del Cód. Civil de este país: “Toda persona puede negarse a ser sometida a un examen o tratamiento médico o quirúrgico, con excepción de los casos de vacunación obligatoria o de otras medidas relativas a la salud pública, la seguridad laboral y de los casos previstos en el art. 98 del Código de Familia...”.

A su vez, según el art. 2º de la Ley Nacional de Vacunación (ley 8111, de 18/07/2001), garantiza “...a toda la población la obligatoriedad y gratuidad de las vacunas, así como el acceso efectivo a la vacunación, en especial, para la niñez, los inmigrantes y los sectores ubicados por debajo del índice de pobreza. Las vacunas aprobadas deberán suministrarse y aplicarse a la población, sin que puedan alegarse razones económicas o falta de abastecimiento en los servicios de salud brindados por instituciones estatales. Estas vacunas aprobadas se refieren al esquema básico oficial que se aplique a toda la población, y a las vacunas para esquemas especiales dirigidos a grupos de riesgo específicos”. Además, el art. 3º aclara que “son obligatorias las vacunaciones contra las enfermedades cuando lo estime necesario la Comisión Nacional de Vacunación y Epidemiología, que se crea en esta ley, en coordinación con el Ministerio de Salud y la Caja Costarricense de Seguro Social”.

IV.2. Experiencia jurisprudencial

IV.2.a. Casos de negativa a la vacunación

IV.2.a.1. Argentina

La jurisprudencia argentina ha sido consistente y reiterada al priorizar el interés público por sobre el particular, rechazando variados reclamos judiciales de negativa a la vacunación. En este sentido, en el citado precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “N.N. o U. V. s/ protección y guarda de personas” (2012) (49), se confirmó una sentencia que intimaba a los padres de un menor de edad a que acreditarasen el cumplimiento del Plan de Vacunación oficial,

bajo apercibimiento de ordenar la vacunación en forma compulsiva. Se trató de progenitores con una particular visión de la medicina, propia de los paradigmas del “modelo homeopático” y, en especial, los “ayurvédicos”. En ese sentido, manifestaron haber optado por un modelo básico de inmunización basado en directrices nutricionales, sanitarias y de profilaxis que, como regla, excluía los procedimientos médicos intrusivos. El citado fallo tuvo por antecedente una decisión de la Corte Suprema de Justicia de la provincia de Buenos Aires (50), donde la mayoría se pronunció en favor del carácter obligatorio de la inmunización previsto por la legislación. Sin embargo, hubo una disidencia (51), en la cual se postuló que el reclamo no significaba una transgresión al orden público; que la vacunación compulsiva importaba sustituir una determinación familiar por otra estatal, invirtiendo el orden natural de las sociedades domésticas y políticas, sugiriendo que los riesgos de la no vacunación no eran diferentes a los propios de cualquier decisión existencial y de los propios de su aplicación compulsiva, proponiendo la confirmación del decisorio de la instancia anterior.

El Supremo Tribunal entendió que la cuestión excedía el ámbito personal para incidir directamente en la salud pública, considerando que la reducción y erradicación de contagios prevista por la ley (52) se basaba en razones de interés colectivo que hacían al bienestar general (53). Por lo demás, invocó el compromiso asumido por el Estado argentino en variados tratados internacionales en miras a promover y facilitar las prestaciones de salud que requiera la minoridad (54), afirmando que, en definitiva, se encontraba en juego el interés superior del niño, que no podía dejarse a un lado por la circunstancia de hallarse él bajo el cuidado de sus padres.

Variados otros casos judiciales involucraron discusiones similares, decidiéndose la imposición obligatoria de la vacunación (55). Algunos de ellos incorporaron elementos adicionales, que dan cuenta de la problemática local, según veremos.

Así, por ejemplo, en un caso se confirmó una sentencia que intimaba a los progenitores de un menor a que acreditaran el cumplimiento de la aplicación de las vacunas neonatal antihepatitis B y BCG —antituberculosa— a su hijo, bajo apercibimiento de disponer su vacunación compulsiva, al no verificarse una situación particular de salud del niño que desaconsejara tal criterio. Allí se decidió que un informe de la pediatra tratante cuestionando de manera genérica la necesidad de incluir las vacunas en el calendario oficial para niños de corta edad resultaba insuficiente para justificar el rechazo de la vacunación (56).

Desde lo teórico, luego de un pormenorizado recorrido por la normativa constitucional local e internacional y por la jurisprudencia fundamental aplicable al caso (57), el tribunal concluyó que la aplicación compulsiva del Plan de Vacunación Obligatorio en el derecho argentino cumplía con la exigencia constitucional para admitir una injerencia en el ámbito de lo privado, en cuanto: “(i) resguarda la salud del niño involucrado, entendida en su máxima expresión conforme los

{ NOTAS }

(37) San José de Costa Rica, 22/11/1969, texto que en la Argentina se incorporara por ley 23.054, de 1984.

(38) Sentencia del 28/11/2012, AR/JUR/68284/2012.

(39) LOUHIALA, P. - LAUNIS, V., “Ethics of healing and care”, ob. cit., p. 153.

(40) BO del 08/05/1941.

(41) BO del 04/01/2019.

(42) Puede verse una revisión detallada de la ley en SUÁREZ, Enrique L., “Sobre la ley 27.491. Control de enfermedades prevenibles por vacunación”, 26/07/2019, Microjuris.

(43) Conf. ZELAYA, Mario A., “Los nuevos desafíos que enfrenta la Ley de Vacunación Obligatoria”, ob. cit.

(44) Conf. “Vacunas y Calendario Nacional de Vacunación”, disponible en <https://www.argentina.gob.ar/salud/vacunas>, al 16/10/2020.

(45) Conf. Organización Panamericana de la Salud (OPS), ver [https://www.telam.com.ar/notas/201305/18565-para-la-](https://www.telam.com.ar/notas/201305/18565-para-la-ops-argentina-tiene-uno-de-los- calendarios-de-vacunacion-mas-completos-de-la-region.html)

[ops-argentina-tiene-uno-de-los- calendarios-de-vacunacion-mas-completos-de-la-region.html](https://www.telam.com.ar/notas/201305/18565-para-la-ops-argentina-tiene-uno-de-los- calendarios-de-vacunacion-mas-completos-de-la-region.html), disponible al 18/10/2020.

(46) P e j., de exámenes obligatorios, según la ley 22.360 de Chagas, de 1980, y ley nacional 23.798 de Lucha contra el Sida, de 1990 —criterio revisado en su dec. regl. 1244/1991—; tratamiento obligatorio según la ley 22.953 de Rabia, de 1983; y, en su tiempo, ley 12.331 de Profilaxis de Enfermedades Venéreas, de 1987.

(47) Conf. arts. 2º, inc. e), y 6º, ley 26.529 de Derechos del Paciente, de 2009.

(48) Más precisamente, conf. art. 2º, inc. b), de la ley 27.491 de Vacunación, de 2018, y art. 59, Cód. Civ. y Com. de la Nación, en cuanto establece: “...Nadie puede ser sometido a exámenes o tratamientos clínicos o quirúrgicos sin su consentimiento libre e informado, excepto disposición legal en contrario”.

(49) CS, 12/06/2012, 157.XLVI, REX, Fallos 335:888.

(50) SC Buenos Aires, 06/08/2010, “N.N. o U., V. Protección y guarda de personas”, causa III.870.

(51) Del ministro Héctor Negri.

(52) Ley 22.909, entonces vigente.

(53) MONZÓN, José M., “La vacunación como deber positivo general”, 04/07/2012, Microjuris, al comentar esta decisión, destaca que “...es un hecho que los Estados tienen al bienestar general como una finalidad de sus actividades [...]. En esta línea [...] el derecho a la salud es no solo una condición para el bienestar de la persona, sino que es un elemento esencial en la construcción de un desarrollo saludable del niño. Por lo tanto, si el Estado impone medidas para su realización, es porque es vital cuidar la salud de la población y lo es independientemente de los juicios de los particulares...”, afirmando que el aseguramiento de la salud conlleva una acción de asistencia al prójimo y un deber positivo general del Estado.

(54) Art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. VII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 25.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 3º de la Convención sobre los Derechos del Niño, entre otros.

(55) Ver, p. ej., STJ Jujuy, 12/07/2016, “F. S. de B., Ñ. y R. N. S. de B. en situación de riesgo”, AR/JUR/52077/2016; Juzg. Familia Luis Beltrán, 2º Circ. Río Negro, 16/05/2018, “Q. K. H. s/ situación (f)”, sentencia no firme.

(56) CNCiv., sala de feria, 15/01/2019, “Defensoría de Menores e Incapaces Nº 1 c. C. F., T. S. s/ medidas precautorias”, AR/JUR/11/2019.

(57) Constitución Nacional (art. 19), Declaración Universal de los Derechos Humanos (arts. 3º y 12), Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 3º, inc. 3º, y 1º, 6º, 19, 23, incs. 3º

instrumentos internacionales ratificados por el país; (ii) protege la eficacia del propio sistema de salud y con ello los intereses de la comunidad en su conjunto; y (iii) ofrece una adecuada razonabilidad entre los beneficios que se obtienen para la salud individual y colectiva y la afectación que supone la medida para el ámbito de autonomía de la decisión familiar”.

En otro caso basado en circunstancias prácticamente idénticas (58), los progenitores finalmente vacunaron a su hijo contra la hepatitis B, pero con relación a la BCG, solicitaron la suspensión del término para su cumplimiento hasta tanto obtuvieran los resultados de un estudio de mutación genética sobre el sistema inmunológico de su hijo, afirmando que se encontraba científicamente probado que tal vacuna podía causar daño cerebral y neurológico al niño, incluida la muerte súbita, aunque solo habrían acompañado un certificado médico y fotos. Para resolver el caso, el tribunal decidió entrevistar al director, a una infectóloga pediatra y a la vacunóloga del Hospital Materno Infantil de la localidad, quienes explicaron que todas las vacunas del calendario nacional prevenían enfermedades graves o mortales y, luego de leer la historia clínica, concluyeron que el niño no tenía indicio clínico ni de laboratorio alguno que sugiriera una inmunodeficiencia que pudiera provocar un evento adverso con la aplicación de la BCG. Aclararon que todas las vacunas podían tener efectos contraproducentes, en su mayoría leves frente a sus beneficios. Informaron, además, que en la Argentina se observa un aumento del bacilo de la tuberculosis sobre todo en niños y adolescentes, con el consiguiente aumento de la mortalidad (59). En función de tales elementos, se confirmó la resolución que intimaba a los representantes legales a la vacunación, bajo apercibimiento de ordenar su aplicación compulsiva.

Se observa, en estos últimos casos —ambos resueltos con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley 27.491, de 2018—, un intento de esquivar la preeminencia del interés público sobre el privado (60). En el primero, mediante la presentación de un certificado médico que solo cuestionara “de manera genérica” la inclusión de la vacuna en el calendario oficial; en el segundo, mediante la mera proposición de la necesidad de realizar “estudios de compatibilidad genética”, pero sin una gestión concreta al efecto por parte de los interesados. Y el tenor de los decisivos resulta sugerente de una política judicial por la cual las excepciones a la vacunación obligatoria se concederán solo en casos de peligro comprobado para la salud individual.

IV.2.a.2. Costa Rica

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de este país debió resolver un amparo (61), en el cual el progenitor de una niña se opuso a su vacunación contra sarampión, rubéola e intensificación contra polio, por considerar que tal prác-

tica obedecía a una campaña nacional de carácter meramente preventivo y que ponía en riesgo su salud. Opuso, además, razones religiosas, al pertenecer él a la Asociación Círculo de Investigación de Antropología Gnóstica, que solo admitiría tal procedimiento como último recurso en caso de existir una epidemia. Se quejó, además, de la falta de observancia del debido proceso, con oportunidad para el ejercicio del derecho de defensa, y de la afectación del derecho a la vida, a la integridad física, a la patria potestad y al consentimiento informado, reconocidos en variados instrumentos fundamentales.

El tribunal afirmó la existencia de un derecho de toda persona a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, que incluía a los niños, pero destacó que tal libertad contaba con limitaciones establecidas por la ley para proteger la salud pública y los derechos de los demás (conf. CDN, art. 14). Así, con base en la Constitución Política y en normativa fundamental, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, consideró que el resguardo de la salud pública y la prevención de las enfermedades constituía un fin constitucionalmente legítimo, que justificaba la obligatoriedad de las vacunas. Y sostuvo que tal razonamiento resultaba especialmente aplicable al caso, ya que el plan nacional de vacunación procuraba evitar el riesgo potencial de brotes epidémicos de enfermedades infecciosas que podían provocar la muerte (como el sarampión) y discapacidades permanentes (como la rubéola congénita). Pero, a su vez, refirió la existencia de excepciones por razones médicas que debían ser autorizadas por el personal de salud con base en el art. 43 del Código de la Niñez y la Adolescencia, cuestión que, por requerir un complicado sistema probatorio, excedía el marco del amparo intentado, que fue rechazado.

IV.2.b. Casos de responsabilidad civil por efectos adversos de una vacuna

La experiencia argentina da cuenta de algunos reclamos donde se requirió la reparación de los daños causados por efectos adversos de la inmunización. En un caso, un joven menor de edad contrajo poliomielitis luego de recibir la vacuna Sabin (62). En otro, luego de recibir la vacuna contra la rubéola y el sarampión, una mujer sufrió una patología neurológica (cerebritis postvacunal) que le causó gravísimas consecuencias en su salud (63).

Al verificarse que no se trató de la inoculación de sustancias viciosas, sino de la materialización de riesgos extraordinarios pero previsibles de la vacunación, los tribunales intervinientes hicieron lugar a las acciones entabladas con base en la doctrina de la responsabilidad del Estado por actividad lícita. Así, no quedó cuestionado el de-

ber del Estado de preservar la salud pública, ni la legitimidad de la política de vacunación obligatoria, enmarcada dentro del poder de policía sanitaria que en forma irrenunciable le compete. Pero, dado que a sabiendas del riesgo severo y excepcional que la vacunación podía causar en algún caso se decidió afrontarlo con el fin de beneficiar al resto de la comunidad, se consideró justa la indemnización de los daños que fueran consecuencias anormales y significaran un sacrificio desigual para las víctimas afectadas.

IV.2.c. Reclamos para la efectiva vacunación por parte del Estado

IV.2.c.1. Argentina

La Argentina cuenta ya con una larga tradición de reclamos judiciales contra el Estado, los financiadores privados y de la seguridad social para la cobertura de tratamientos médicos, en miras al reconocimiento del *derecho al disfrute del más alto nivel de salud posible* de las personas (64), generalmente considerado con criterio individual. Tal derecho se halla consagrado por el art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y fue reconocido por el Máximo Tribunal en diversas causas (65) (66). Pero, aun para quienes observan el fenómeno instalado con cierta reserva (67), este tipo de reclamos cuentan con un claro sentido en el caso de las vacunas, máxime cuando se trata de acciones que tienen por finalidad el beneficio de toda una comunidad. Sobre la materia, se destaca el precedente “Viceconte, Mariela C. c. Ministerio de Salud y Acción Social” (68), en el cual, con fundamento en disposiciones como el citado art. 12 del PIDESC, el art. XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos —todas de jerarquía constitucional para la Argentina—, se ordenó al Estado Nacional ejecutar las medidas necesarias para completar la unidad de producción de la vacuna Candid 1 —avalada por la OMS y con una efectividad mayor al 95%— para combatir la fiebre hemorrágica argentina, como enfermedad endémica que ponía especialmente en riesgo a unos 3.500.000 habitantes de la zona de Junín.

A su vez, según esbozáramos, hace poco tiempo la Argentina atravesó una etapa donde lisa y llanamente escasearon las vacunas necesarias para inmunizar a la población. De hecho, la prensa dio cuenta de un informe presentado por la Secretaría de Salud de la Nación a la Cámara de Diputados del Congreso Nacional, que refirió la reducción de vacunas programadas para el 2019, con una situación que fuera calificada como “más que alarmante, para todo el país” (69) (70). El déficit en la disponibilidad habría sido, además, denunciado por variadas sociedades científicas, como la Sociedad Argentina de Vacunología y Epidemiología (SAVE) y la Sociedad Argentina de

Pediatría (SAP), que requirieron priorizar su solución frente a otras problemáticas sanitarias, dada la importancia del tema en términos de salud pública (71) (72).

En tal escenario, el concepto de acceso al máximo nivel de salud, previsto en la normativa de rango constitucional y tantas veces esgrimido por la jurisprudencia para garantizar tratamientos costosos individualmente reclamados en acciones sumarias, se desvanecía ante la imposibilidad del Estado de cumplir con el compromiso legalmente asumido hacia la comunidad en su conjunto de administrar vacunas indispensables para evitar nuevos casos de enfermedades que habían sido controladas y que afectaban fundamentalmente a los más jóvenes.

Fue entonces que tramitaron los autos “AJUS La Plata y otro c. Ministerio de Salud y Desarrollo Social Nación (Secretaría de Salud) s/ amparo colectivo” (73), donde se ordenó al Estado Nacional la entrega de las vacunas contra la bacteria del meningococo, para niños de todas las edades.

IV.2.c.2. Costa Rica

La sala Cuarta de la Corte Suprema de Justicia costarricense debió intervenir reiteradamente en este tipo de cuestiones.

Así, por ejemplo, ante un amparo iniciado por un grupo de adultos mayores que requerían su inclusión en la categoría de personas con derecho a recibir la vacuna de polisacáridos contra neumococo, con independencia de contar con factores individuales de riesgo y con base en un informe de la ministra de Salud, el tribunal condenó a la Caja Costarricense de Seguro Social a cumplir con tal pedido y aplicar la vacuna en cuestión, con fundamento en normas como el art. 51 de la Constitución Política, que establece que el Estado se encuentra obligado a brindar protección especial al *anciano* (74).

En otro caso, los progenitores de una niña menor de edad accionaron ante la negativa de aplicar a su hija la vacuna contra el virus del papiloma humano (75), por contar ella con once años de edad al momento de los hechos. Pudo acreditarse que la Comisión Nacional de Vacunación y Epidemiología había decidido incorporar esta vacuna en el esquema oficial con base en un análisis de costo-efectividad, considerándose el promedio de inicio de la vida sexual de las mujeres en Costa Rica. Al ser así, e interpretando el tribunal que el derecho a la salud no podía ceder ante un criterio de naturaleza económica, con apoyo en variadas fuentes normativas y en su jurisprudencia previa, y teniendo en cuenta, además, que desde el punto de vista científico la vacuna podía aplicarse sin problemas a jóvenes hasta los quince años de edad, el reclamo fue acogido, ordenándose la vacunación.

{ NOTAS }

y 4º, 24, incs. 1º y 2º); y precedentes de la CS, 01/06/2012, “Albarracini Nieves”, Fallos 335:799, y 11/12/1984, “Ponzetti de Balbín”, Fallos 306:1892, entre otros.

(58) CCiv. y Com. San Isidro, sala I, 10/04/2019, “XXX c. XXX s/ medidas precautorias (art. 232 del CPCC)”, AR/JUR/5426/2019.

(59) Según el boletín epidemiológico de tuberculosis elaborado por la Secretaría de Salud de la Nación (*Boletín sobre Tuberculosis en la Argentina*, 1, año I, marzo/2018, www.msal.gov.ar).

(60) ZELAYA, Mario A., “Los nuevos desafíos que enfrenta la Ley de Vacunación Obligatoria”, ob. cit.

(61) Corte Suprema de Justicia, sala Constitucional, 21/11/2017, 17-017944-0007-CO, res. 2017018720, disponible en <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-729555>, al 24/10/2020.

(62) CNFed. Cont. Adm., sala V, 01/07/2014, “O., J. N. y otro c. EN - Ministerio de Salud de la Nación y otros s/ daños y perjuicios”.

(63) Trib. Col. Responsabilidad Extracontractual N° 6 Rosario, 10/10/2012, “T., M. A. c. Provincia de Santa Fe s/ daños y perjuicios”, AR/JUR/74908/2012.

(64) Puede verse un extenso detalle en KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, “Los recursos limitados y el ‘amparo

ro’ como instrumento de acceso a la salud”, LA LEY del 09/09/2020.

(65) P. ej., en el precedente CS, 24/10/2000, “Campodónico de Beviacqua, Ana C. c. Ministerio de Salud y Acción Social”, Fallos 323:3229.

(66) El alcance dado al concepto luce distinto en la lectura del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR), como organismo responsable de la interpretación del PIDESC, que sostuvo que “el concepto del ‘más alto nivel posible de salud’, tiene en cuenta tanto las condiciones biológicas y socioeconómicas esenciales de la persona como los recursos con que cuenta el Estado [...] en particular, un Estado no puede garantizar la buena salud ni puede brindar protección contra todas las causas posibles de la mala salud del ser humano”, conf. Observación General N° 14, “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 12 del PIDESC)”, 22º período de sesiones, 2000, UN Doc. E/C.12/2000/4, apart. 9º.

(67) WIERZBA, Sandra M. - CZERNIZER, D. G., “El derecho al disfrute del más alto nivel de salud y su judicialización”, LA LEY, 2016-C, 834; AR/DOC/1237/2016, donde se propone una mirada crítica respecto del impacto social de la extendida judicialización individual de la salud.

(68) CNFed. Cont. Adm., sala IV, 02/06/1998, AR/

JUR/3219/1998.

(69) Según el informe entregado por la Secretaría de Salud de la Nación al Parlamento, en el caso puntual de la vacuna para la hepatitis A, pasó de 880 mil dosis en 2016 a 401 mil en 2018, la mitad de lo necesario; por su parte, para la hepatitis B, pasó de 715.939 en 2016 a 300.000 en 2018.

(70) Incluso fueron imputados la ministra de Salud y Desarrollo Social y el secretario de Salud, ante el incumplimiento de una sentencia firme donde se hizo lugar a una acción colectiva para que el gobierno cumpla con la vacunación contra el meningococo. Conf. “Imputaron a Stanley y Rubinstein por la falta de vacunas”, disponible al 08/07/2019 en <http://www.parlamentario.com/noticia-118940.html>.

(71) Conf. CUNZOLO, Florencia, “Presentación en Diputados. Polémica por las vacunas: según un informe oficial, en 2018 se compraron menos dosis”, 01/07/2019, disponible al 24/07/2019 en https://www.clarin.com/buena-vida/polemica-falta-vacunas-informe-oficial-compraron-dosis_0_kyQsH-dd3.html.

(72) Ver, asimismo, la nota periodística “No sabemos qué vacunas vamos a tener”, del 03/07/2019, disponible al 24/07/2019 en <https://www.pagina12.com.ar/203923-no-sabemos-que-vacunas-vamos-a-tener>, que da cuenta de la situación en el interior del país y de una baja sostenida en la compra de

vacunas desde el año 2016, según el informe de la Secretaría de Salud y Desarrollo Social.

(73) JCiv., Com. y Cont. Adm. Fed. N° 4 La Plata, 30/08/2019, AR/JUR/27506/2019.

(74) Corte Suprema de Justicia, sala Constitucional, 22/05/2009, res. 08339-2009, disponible al 22/10/2020 en <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-447895>.

(75) Corte Suprema de Justicia, sala Constitucional, 10/09/2019, res. 17343-2019, disponible en <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-960976>. Igual criterio se había seguido en la res. 15.643/2019, del 23/08/2019, disponible en <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-932236>, al 24/10/2020, y más tarde se seguiría en la res. 12.317/2020, del 01/07/2020, disponible en <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-982054> y en la res. 15.103/2020, del 12/08/2020, disponible en <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-988362>, entre otras, todas recuperadas el 24/10/2020. En esta última, se aclaró que la vacunación debía efectivizarse “salvo criterio en contrario de un médico especialista, siempre y cuando sea posible de acuerdo con la reorganización del servicio decretada por la emergencia hospitalaria con ocasión de la pandemia del coronavirus COVID-19”.

IV.2.c.3. Colombia

La Corte Constitucional de este país debió intervenir ante un significativo reclamo donde el defensor regional del Pueblo de Vaupés solicitó que se tutelaran los derechos fundamentales a la seguridad social, a la vida en condiciones dignas, a la igualdad, a la integridad personal y a la salud de la población indígena y no indígena del departamento (76).

La sentencia dictada dio cuenta de niveles bajísimos de acceso a los servicios de salud, con indebida atención, condiciones de salubridad deplorables, desnutrición crónica, alta mortalidad de menores de cinco años víctimas de diarrea, neumonía, septicemia, sarampión y otras enfermedades prevenibles por vacunación y por otras causas que podían ser evitadas con una atención de salud adecuada (77). Expresó, a su vez, que la vacunación, el acceso a saneamiento, agua y adecuada nutrición son esenciales para la protección y garantía del derecho a la salud de los niños. Consecuentemente, ordenó —entre variadas acciones— la disposición de una jornada de vacunación, además de la planificación y ejecución de las acciones necesarias para que todos los niños de la comunidad completaran su esquema básico de inmunización.

V. Perspectivas europeas: la jurisprudencia del TEDH sobre la vacunación obligatoria

En este apartado proponemos una revisión global del tema, a partir del rol que viene desempeñando el TEDH en la resolución de este tipo de casos.

V.1. Nuevos casos checos pendientes ante el TEDH

Actualmente hay seis casos pendientes ante el TEDH. Todos ellos han sido presentados por ciudadanos checos contra la República Checa. La primera solicitud (47621/13) fue presentada en 2013 por el Sr. Pavel Vavricka; otras dos se presentaron en 2014, y tres más en 2015. Cabe señalar que todas ellas se refieren a NNA, es decir, a personas menores de edad —al menos en el momento en que ocurrieron las presuntas violaciones—, y a vacunas de aplicación obligatoria. El primer demandante, Sr. Vavricka, fue multado porque se negó a “vacunar a sus dos hijos, de 14 y 13 años, contra la poliomielitis, la hepatitis B y el tétanos”. Estas vacunas eran exigidas por la legislación nacional checa, según orden 439/2000 del Ministerio de Salud (78).

En el segundo caso (solicitud 3867/14), la demandante —nacida en 2002— había recibido, con acuerdo de sus progenitores, todas las vacunas obligatorias, a excepción de la conocida como MMR (contra sarampión, paperas y rubéola), debido a las sospechas de estos sobre dicha vacuna. En 2008, se le prohibió asistir a un jardín de infantes, después de que se informara a los funcionarios de la escuela sobre la falta de aplicación de las vacunas. Los TEDH locales checos consideraron el caso y decidieron que “el ejercicio del derecho del solicitante a continuar asistiendo a la escuela infantil (derecho a la educación) podría poner en peligro la salud de los demás, siendo que el derecho a la protección de la salud era fundamental” (79).

Luego fueron presentadas otras dos solicitudes por personas nacidas en 2011 (19306/15 y 19298/15). En estos casos, los solicitantes no habrían recibido las vacunas por la negativa de sus progenitores, basada en “lo prescrito por la ley con relación a sus creencias y convicciones”. Se negó también a las niñas y niños el acceso a la escuela. Los funcionarios educativos argumentaron que “la vacunación obligatoria constituía una restricción permisible al derecho a manifestar libremente la religión, o las creencias, porque era una medida necesaria para la protección de la salud pública y los derechos y libertades de los demás” (80).

La última solicitud (43883/15) fue presentada por un niño nacido en 2008. Los padres biológicos del solicitante habían elaborado un plan de vacunación individual. Así, el solicitante recibió las vacunas más tarde de lo programado por los funcionarios del Estado. Además, el menor de edad carecía de vacunas contra la tuberculosis, poliomielitis, hepatitis B, sarampión, paperas y rubéola. A él también se le prohibió asistir al jardín de infantes, debido a que no se habían cumplido las condiciones establecidas en la ley pertinente (ley 258, de 2000) (81).

En enero de 2020 se anunció que la Gran Sala del TEDH decidirá sobre los casos, hecho que da cuenta de la gran importancia que el tribunal les asigna. En sus reclamos, los demandantes alegaron que, de acuerdo con la CEDH, se habían violado varios de sus derechos, en particular su derecho al respeto de la intimidad y la vida familiar (art. 8º), a la libertad de pensamiento, conciencia y religión (art. 9º), y a la educación (art. 2º del Protocolo N° 1) (82). Se programó una audiencia para julio de 2020 y los casos aún están pendientes de resolución (83).

V.2. Jurisprudencia previa del TEDH en materia de vacunación

El caso “Vavricka y otros vs. República Checa” no fue el primero en el que se solicitó al TEDH que se pronunciara sobre la vacunación obligatoria en relación con los arts. 8º y 9º de la Convención. En el caso “Boffa y otros vs. San Marino”, la Comisión Europea de Derechos Humanos rechazó la pretensión de varios progenitores de no vacunar a sus hijos, en contra de la obligación establecida en su legislación nacional, con base en el art. 9º § 1 de la CEDH (84). La Comisión sostuvo que “...en lo que respecta al objetivo de la legislación impugnada, la injerencia se basa en la necesidad de proteger la salud de la población y de las personas interesadas, por lo que está justificada” (85).

En cambio, el caso “Salveti vs. Italia” fue iniciado por una persona que sufrió de parálisis, ceguera y disartria como resultado de la vacunación obligatoria contra la poliomielitis (86). La accionante alegó que “la ley italiana imponía las vacunas obligatorias, pero no preveía una compensación justa por las enfermedades o dolencias derivadas de ellas” (invocando los arts. 2º § 1, 5º § 1, 12 y 17 de la Convención) (87). El TEDH afirmó que no había existido violación de los artículos mencionados por la demandante, pero examinó el reclamo bajo el art. 8º de la Convención, con base en el precedente “Passanante vs. Italia”, donde se estableció que la vida privada incluía la integridad física de la persona (88). Así,

sostuvo que “...las vacunas obligatorias como tratamientos médicos no voluntarios, significan una injerencia en el derecho al respeto de la vida privada garantizado por el art. 8º § 1” (89). Sin embargo, dado que la Convención solo regía los hechos posteriores a su entrada en vigor, el TEDH se negó a considerar las circunstancias del caso, relacionadas con una inoculación ocurrida en 1971, ya que no entraban dentro del ámbito de su competencia *ratione temporis* (90). Por lo tanto, el Tribunal declaró inadmisibles los casos.

Debido a la decisión de inadmisibilidad, es difícil sacar conclusiones definitivas para los casos pendientes de “Vavricka y otros vs. República Checa”, basadas en el precedente “Salveti vs. Italia”. El TEDH simplemente declaró que las vacunas obligatorias dan lugar a una injerencia en virtud del art. 8º § 1 de la CEDH, que prevé el derecho al respeto de la vida privada y familiar; pero no analizó si tal injerencia se hallaba justificada en virtud del art. 8º § 2, referido a situaciones que justifican tal intrusión por parte de la autoridad pública. En segundo lugar, las circunstancias son diferentes en estos casos, ya que, la Sra. Salvetti sufrió daños físicos como resultado de la efectiva aplicación de una vacuna obligatoria; mientras que en “Vavricka y otros vs. República Checa”, el procedimiento fue directamente rechazado por quienes luego reclamaron, y su consecuencia fue la prohibición de asistir a la escuela y la imposición de multas (91). Es así que en el primer caso las consecuencias podrían considerarse mucho más graves, con una fuerte afectación de la integridad física; refiriéndose la acción a la indemnización y no a la vacunación obligatoria en sí. También han pasado décadas, y la situación actual de pandemia global puede implicar nuevos matices en la discusión.

El TEDH también ha resuelto otros asuntos relacionados con las vacunas. En el caso “Sanofi Pasteur vs. Francia”, una enfermera en formación tuvo que ser vacunada y sufrió daños físicos causados por la inoculación (92). Sin embargo, la acción tramitada ante el TEDH fue interpuesta por el laboratorio Sanofi Pasteur, que había sido declarado responsable y condenado por un tribunal francés a pagar los daños y perjuicios causados, versando sobre el art. 6º de la CEDH, referido al derecho a un juicio equitativo y a su trámite en un plazo razonable (93).

V.3. Art. 8º de la CEDH: derecho al respeto de la vida privada y familiar

En ausencia de más jurisprudencia del TEDH en relación con la vacunación obligatoria, vale la pena analizar las decisiones de ese Tribunal para otros casos similares referidos a la salud y a la autodeterminación, en los que se analizaron los arts. 8º y 9º de la CEDH. En cuestiones concernientes a la vacunación, y según la interpretación del citado Tribunal, basada en el art. 8º, apart. 2º, de la CEDH, cabe interpretar que la protección de la salud y la moral, como, asimismo, la protección de los derechos y libertades de terceros, son las principales limitaciones relevantes. En este sentido, hay varios casos en la jurisprudencia del TEDH que significaron tensiones entre el cuidado y el tratamiento de la salud —de un lado— y el derecho al respeto de la vida privada y familiar (art. 8º) o la libertad de pensamiento, conciencia y religión

(art. 9º) (94) —del otro—. Tales disposiciones incluyen la protección de la integridad física y moral de las personas, según se estableciera en los casos “Salveti vs. Italia” y “Solomakhin vs. Ucrania” (95). El TEDH también había hecho hincapié en que “incluso una pequeña injerencia en la integridad física de una persona debe considerarse una injerencia en el derecho al respeto de la vida privada en virtud del art. 8º, si se lleva a cabo contra la voluntad de la persona” (96).

El caso “Solomakhin vs. Ucrania” también se considera uno de los más importantes en cuanto a la valoración de la salud pública en relación con los derechos individuales. A pesar de haberse opuesto reiteradamente a la vacunación, el demandante en este caso recibió la vacuna contra la difteria, lo cual le generó una serie de enfermedades crónicas. Al respecto, el Tribunal interpretó que la injerencia estaba prevista por la ley y perseguía el objetivo legítimo de proteger la salud (97). Cabe destacar que en los casos pendientes de “Vavricka y otros vs. República Checa”, según la plataforma fáctica, las vacunas obligatorias estaban ordenadas por la ley y su objetivo era la protección pública (98).

A su vez, en el caso “Solomakhin vs. Ucrania”, el TEDH determinó que se habían violado los derechos del demandante en virtud del art. 8º de la CEDH, pero, no obstante, la violación estaba justificada por motivos de salud pública (99). De allí que existe jurisprudencia previa que establece que la vacunación, como tratamiento médico, requiere de consentimiento y que, faltando este, habrá una injerencia. Pero también tal jurisprudencia admite que ese tipo de injerencia o vulneración se justifica por motivos de salud pública. Es así que, para el caso “Vavricka y otros vs. República Checa”, una decisión equilibrada por parte del TEDH podría depender de las específicas circunstancias de los casos.

Además, se deberá examinar si la injerencia relevante resultó necesaria en una sociedad democrática, cuestión que resulta esencial en la valoración del TEDH (100). En el caso “Solomakhin vs. Ucrania”, el Tribunal interpretó que la injerencia en la integridad física del actor “estaba justificada por consideraciones de salud pública y la necesidad de controlar la propagación de enfermedades infecciosas en la región” (101). También interpretó que los trabajadores de la salud habían tomado medidas para garantizar la seguridad de las vacunas.

Un aspecto no considerado por el Tribunal fue que, de acuerdo con ciertos estudios europeos sobre el tema, los sistemas obligatorios de vacunación no garantizarían una mayor tasa de cobertura en la población concernida (102). Así, cabría preguntarse si resulta necesario imponer políticas de vacunación obligatoria, y si estas cumplen con el requisito de necesidad establecido por el TEDH en su jurisprudencia anterior (103), dado que el objetivo de la cobertura vacunal podría lograrse con medidas menos restrictivas.

V.4. ¿Podría la pandemia de COVID-19 afectar la doctrina del margen de apreciación en el campo de la salud pública aplicada por el TEDH?

La teoría del margen de apreciación otorga a los Estados nacionales la facultad discrecional

{ NOTAS }

(76) Corte Constitucional Bogotá, sala Quinta de Revisión, 26/05/2017, sentencia T-357/17, disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/T-357-17.htm>, al 07/11/2020.

(77) Con referencia también a su decisión mediante sentencia T-357/17, 26/05/2017, consid. 65, párr. 5º.

(78) “Grand Chamber to examine case concerning compulsory vaccination”, Press Release issued by the Registrar of the Court, 06/01/2020, ECHR 003 (2020), disponible en www.hudoc.echr.coe.int, al 20/08/2020.

(79) *Ibid.*

(80) *Ibid.*

(81) *Ibid.*

(82) “Cases pending before the Grand Chamber”, disponible en <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=hearings/>

gcpending, al 20/08/2020.

(83) *Ibid.*

(84) “Guide on article 9 of the European Convention on Human Rights. Freedom of thought, conscience and religion”, actualizada al 30/04/2020, ps. 13-14.

(85) “Boffa and Others vs. San Marino”, application 26536/95, decision on admissibility on 15/01/1998, p. 34.

(86) “Salveti vs. Italy”, application 42197/98, decision on admissibility on 09/07/2002.

(87) *Ibid.*

(88) “Passanante vs. Italy”, application 32647/96, cit., párrs. 91-93.

(89) “Salveti vs. Italy”, application 42197/98, cit.

(90) *Ibid.*

(91) “Grand Chamber to examine case concerning com-

pulsory vaccination”, ob. cit.

(92) “Reclamo por daños contra Sanofi Pasteur, por esclerosis múltiple sufrida luego de una vacunación contra la hepatitis B”, comunicado de prensa emitido por el secretario de la Corte el 06/01/2020, TEDH062 (2020), consultado en www.hudoc.echr.coe.int, el 21/08/2020.

(93) *Ibid.*

(94) NIEMINEN, L., “Health as a human right”, ob. cit., p. 96.

(95) “Salveti vs. Italy”, application 42197/98, cit., y “Solomakhin vs. Ukraine”, solicitud 24429/03, sentencia del 15/03/2012, párr. 33.

(96) “Storck vs. Germany”, solicitud 61603/00, sentencia del 16/06/2005, párr. 143.

(97) “Storck vs. Germany”, cit., párr. 35.

(98) “Grand Chamber to examine case concerning compulsory vaccination”, ob. cit.

(99) “Solomakhin vs. Ukraine”, cit., párr. 36.

(100) “Solomakhin vs. Ukraine”, cit., párr. 35.

(101) “Solomakhin vs. Ukraine”, cit., párr. 36.

(102) HAVERKATE, M. - D’ANCONA, F. - GIAMBI, C. - JOHANSEN, K. - LOPALCO, P. L. - COZZA, V. - APPELLGREN, E., “Mandatory and recommended vaccination in the EU, Iceland and Norway: results of the VENICE 2010 survey on the ways of implementing national vaccination programmes”, *Eurosurveillance*, 2012;17:[22], disponible en <http://www.eurosurveillance.org/content/10.2807/ese.17.22.20183-en>, al 15/11/2020.

(103) “Solomakhin vs. Ukraine”, cit., párr. 35.

de aplicar los criterios establecidos por el TEDH en asuntos para los que no existe un consenso. Más precisamente, significa que, allí donde no existe un mínimo común europeo para entender de una determinada manera el contenido de un derecho, se abre para los Estados miembros un margen de acción que les permite fijar —de acuerdo con circunstancias jurídicas, sociales y culturales— el contenido y alcance de ciertos derechos. Ello así, hasta tanto el TEDH encuentre elementos nuevos que le permitan establecer contenidos que se integrarán al orden público europeo y serán por tanto aplicables a todos los Estados miembros del Consejo de Europa por igual (104). En cuanto a las vacunas, los Estados miembros han adoptado diferentes enfoques, ya que algunos de ellos las exigen obligatoriamente (como la República Checa), mientras que otros no lo hacen (como Finlandia).

En este sentido, cabe preguntarse: ¿podría el TEDH concluir que la obligatoriedad de la vacunación hace a decisiones que se encuentran dentro del margen de apreciación de cada Estado? Este Tribunal ha considerado anteriormente que “las cuestiones de política sanitaria, en particular en lo que respecta a las medidas preventivas generales, están en principio dentro del margen de apreciación de las autoridades nacionales, por hallarse estas en mejores condiciones para evaluar las prioridades, el uso de los recursos y las necesidades sociales” (105). Si el TEDH decidiera que la obligatoriedad de la vacunación hace a una materia donde rige el margen de apreciación de un Estado, cabría interpretar que los Estados miembros tienen un derecho soberano a decidir sobre los asuntos de salud pública. La justificación para ello también derivaría del hecho de que son los Estados nacionales y sus autoridades quienes asumen principalmente los costos y responsabilidades de la atención de la salud y de la forma en que se procura el bienestar general.

Sin embargo, la cuestión podría complejizarse en el caso de las vacunas, ya que las enfermedades prevenibles por vacunación no reconocen fronteras. Además, antes del brote pandémico de COVID-19, la gente realizaba viajes internacionales como nunca antes. Podría, entonces, haber razones para argumentar que las cuestiones relacionadas con la vacunación y su obligatoriedad no pueden considerarse puramente locales.

VI. Reflexiones jurídicas en torno a la vacunación durante la pandemia de COVID-19

En la actualidad, millones de ciudadanas y ciudadanos del mundo aguardamos esperanzados el inicio de la aplicación de vacunas que puedan contener la pandemia. Varias de ellas se encuentran bajo ensayo a nivel global, con extensas pruebas en seres humanos. Si bien se han flexibilizado ciertos requisitos para su aprobación, en razón de la crisis sanitaria y de la inexistencia de tratamientos efectivos para la cura de la enfermedad por COVID-19, aún debe completarse la mayoría de las investigaciones y atravesarse los controles aplicables a nivel local e internacional.

En el ínterin existen múltiples acciones para una producción y distribución rápida, segura y equitativa de las vacunas. Tales acciones se realizan aún sin certeza sobre la efectividad de las inmunizaciones y, en varios casos, se ha hecho público el compromiso de los responsables de desechar las producciones, de no resultar las vacunas adecuadas.

En este contexto, en la Argentina recientemente se sancionó la citada ley 27.573 (BO del 06/11/2020), sobre vacunas destinadas a generar inmunidad adquirida contra el COVID-19, que en

esencia brinda un marco para que el Poder Ejecutivo de la Nación (PEN), a través del Ministerio de Salud de la Nación (MSAL), pueda celebrar convenios con distintos laboratorios para la adquisición de tales vacunas. Además de apoyos, sus términos han merecido críticas, especialmente en cuanto faculta a tal autoridad a incluir cláusulas que establezcan la prórroga de jurisdicción a favor de tribunales extranjeros, con renuncia a oponer la defensa de inmunidad soberana, aunque tal prórroga se refiere “exclusivamente respecto de los reclamos [...] con relación a tal adquisición” y que “En ningún caso la prórroga de jurisdicción podrá extenderse o comprender a terceros residentes en la República Argentina, sean personas humanas o jurídicas, quienes en todos los casos conservan su derecho de acudir a los tribunales locales o federales del país por cuestiones que se susciten o deriven de la aplicación de estos contratos” (art. 2º). Se concluye así, claramente, que las acciones por daños y perjuicios que puedan derivar de la aplicación de vacunas podrán iniciarse por los damnificados y contra cualquiera de los responsables, en este país.

Asimismo, se criticó la facultad atribuida al PEN, por intermedio del MSAL, para incluir “cláusulas que establezcan condiciones de indemnidad patrimonial respecto de indemnizaciones y otras reclamaciones pecuniarias relacionadas con y en favor de quienes participen de la investigación, desarrollo, fabricación, provisión y suministro de las vacunas, con excepción de aquellas originadas en maniobras fraudulentas, conductas maliciosas o negligencia por parte de los sujetos aludidos” (art. 4º). Esta disposición habría sido solicitada por laboratorios que comercializarían la vacuna a precio subsidiado y con renunciación a derechos de patentes (106), sin fines de lucro (107) y aceptando el acceso de auditores a su contabilidad para controlar tal circunstancia (108). En cualquier caso —pensamos—, la experiencia argentina da cuenta de que la implementación inadecuada de disposiciones de esta naturaleza sería superada fácilmente por acciones de inconstitucionalidad.

También se ha cuestionado la disposición que permite “...incluir cláusulas o acuerdos de confidencialidad”, aunque se establece que estas deben ser “acordes al mercado internacional de las vacunas destinadas a generar inmunidad adquirida contra la COVID-19, de conformidad con las leyes 27.275, de Acceso a la Información Pública, 26.529, de Derechos del Paciente, y normas concordantes, complementarias y modificatorias” (art. 4º), habiéndose informado que la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología (ANMAT) contará con información completa sobre las vacunas (incluyendo fórmulas, resultados de fases de investigación, costos, dosis), tratándose de una confidencialidad atinente a la patentabilidad (109). Claro está que la transparencia en todo aquello que pueda interesar a la salud de las personas (p. ej., naturaleza del producto, beneficios, riesgos esperables) hace a una información que debiera brindarse y que resulta ajena a la norma.

Los citados requisitos excepcionales lucen propios de las extraordinarias circunstancias que venimos viviendo a nivel global, por causa de la crisis provocada por la COVID-19, en cuyo contexto se prevé que las primeras vacunas se apliquen bajo una autorización de uso de emergencia. Y cabe destacar que la ley en cuestión no deroga disposición alguna, razón por la cual sigue vigente la normativa sanitaria, bioética, civil, penal y cualquier otra pertinente a la materia.

Por lo expuesto, si bien las críticas esgrimidas podrían hallarse justificadas en abstracto,

pierden fuerza al analizarse la norma en forma circunstanciada. Y no dejan de sorprender cuando provienen de referentes que han apoyado públicamente el uso de sustancias no aprobadas para el consumo humano como remedio para la enfermedad causante de la pandemia, o de operadores jurídicos que han trabajado para garantizar judicialmente el financiamiento de tratamientos médicos experimentales, en pos de una alegada defensa del derecho a la salud.

En cualquier caso, luego de las naturales discusiones que debieron darse acerca del carácter de la futura vacuna contra el COVID-19, las autoridades de salud argentinas han confirmado una política pública de inmunización no obligatoria para la emergencia (110). Tal criterio nos parece prudente, teniéndose en cuenta factores como los tiempos acotados de los ensayos clínicos en curso; las posibles limitaciones para la disponibilidad de vacunas en cantidad suficiente en el corto plazo; el aparente aumento de la reticencia a la vacunación en este contexto y el hecho de que los grupos vulnerables para el COVID-19 comprenden mayormente poblaciones de adultos que no dependerán de terceros para tomar sus propias decisiones.

Por su parte, en Finlandia por ahora no se ha dictado legislación especial sobre la materia, resultando aplicable la normativa general y siendo esperable el dictado de algunas disposiciones administrativas que puedan facilitar la implementación de las próximas campañas de inmunización.

VII. Palabras finales

De acuerdo con la evidencia científica, la vacunación constituye una estrategia de salud pública preventiva y altamente efectiva. Ello es así en la Argentina y en Finlandia, en Europa y Latinoamérica. Pero aquello que hace que toda discusión a su respecto devenga especialmente interesante es que la decisión de recibirla o de no hacerlo no solo afecta a las personas individualmente, sino a terceros y a la comunidad como un todo.

Es así que la cuestión obliga a formularse preguntas como las siguientes: ¿hasta qué punto deberíamos optar por proteger los derechos de una persona, si ello puede tener un efecto muy negativo sobre las demás? Pero, de otro lado, ¿hasta qué punto podrían sacrificarse los derechos de un individuo para proteger “el bien común”? Son estas algunas de las preguntas relevantes, para las que la ética y el derecho no tienen respuestas definitivas, pero que han motivado conflictos jurídicos puntuales en muy diversas culturas, cuya resolución hemos podido apreciar a lo largo de este trabajo.

En Europa, donde rigen distintas políticas en torno a la vacunación —voluntaria u obligatoria—, con conflictos que finalmente serán resueltos por el Máximo Tribunal continental de Derechos Humanos, es difícil predecir cuál será la decisión a su respecto. Sin embargo, será interesante conocer cómo se procura un equilibrio entre los derechos cuya violación alegan los demandantes y la seguridad colectiva. Los precedentes previos datan de hace casi veinte años y habrá que ver qué impacto tiene en la futura decisión del TEDH la acción de los movimientos antivacunas, los brotes de enfermedades prevenibles y la crisis global del COVID-19. Desde lo fáctico, ciertos estudios sugieren que la obligatoriedad de la vacunación no significa necesariamente el aumento de la población efectivamente inoculada. Además, los posibles efectos adversos de las vacunas no se pueden evitar por completo.

En Latinoamérica, un territorio marcado por las desigualdades, la obligatoriedad de la vacu-

nación, con su consiguiente financiamiento por el Estado y demás prestadores de servicios de salud, parece haber tenido todo un sentido en términos de prevenir enfermedades y salvar la vida de muchísimas personas con necesidades básicas insatisfechas. Hubo casos paradigmáticos, donde enfermedades potencialmente fatales, condicionadas por el ambiente, fueron controladas gracias a la inmunización dispuesta en forma generalizada y obligatoria (111). Ello no obstó a una extensa judicialización de los conflictos, en esencia resueltos por los tribunales nacionales.

Pero con el impacto de las migraciones masivas y de los grupos antivacunas, entre otros fenómenos de la globalización, sumados a la inusitada situación provocada por la actual pandemia, los dilemas asociados a la vacunación parecen encontrar a las naciones del mundo en situaciones similares.

A futuro, no será posible predecir toda pandemia y sus particularidades. Sin embargo, resulta deseable prepararse para este tipo de escenarios, trabajando por la seguridad de las vacunas, más allá de su aprobación, y habilitando su prueba con tiempo suficiente. Una educación e información basadas en la ciencia, una legislación acorde y, asimismo, la transparencia en las comunicaciones, serán también herramientas importantes.

Actualmente, asistimos con perplejidad a los efectos del coronavirus. Con una población mundial asustada, cansada y empobrecida, y un planeta donde proliferan las posturas radicales, una serie de vacunas diseñadas y probadas velozmente aparecen como el elixir. En esas condiciones, enfrentándonos todavía a la incerteza propia de todo nuevo remedio y a la inédita complejidad de la distribución de vacunas para una población de miles de millones de personas, su aplicación voluntaria en el contexto de la crisis del COVID-19 parece la alternativa más adecuada, al menos para la generalidad de los casos. Además, tal opción habilita un verdadero equilibrio entre los derechos individuales y el interés público.

Por lo demás, si bien no podemos hoy evadir el angustioso escenario trazado por la pandemia, nos encontramos ante la oportunidad inédita de que, mediante un trabajo experto y solidario, se logre la producción y distribución equitativa de vacunas, evitándose un sufrimiento mayor y renovando la esperanza sobre la condición humana.

Cita on line: AR/DOC/3839/2020

MÁS INFORMACIÓN

Kemelmajer de Carlucci, Aída, “Los recursos limitados y el ‘amparo’ como instrumento de acceso a la salud”, LA LEY 09/09/2020, 1, AR/DOC/2350/2020

Palacios, Marcelo, “La atención médica primaria, extrahospitalaria, infrautilizada contra la COVID-19”, SJA 09/12/2020, 69, JA 2020-IV, AR/DOC/3603/2020

Maglio, Ignacio; Neira, Jorge; Ravioli, Julio; Wierzb, Sandra M., “Perspectivas jurídicas y médicas en situaciones de desastre”, LA LEY 17/11/2020, 1, AR/DOC/3398/2020

LIBRO RECOMENDADO

Manual de Obligaciones Civiles y Comerciales
Autor: Wierzb, Sandra M.
Edición: 2018
Editorial: La Ley, Buenos Aires

{ NOTAS }

(104) Conf. BENAVIDES CASALS, María Angélica, “El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos”, *Revista Ius et Praxis*, 15 (1):295-310, 2009, disponible al 18/09/2020 en <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122009000100009>.

(105) “Shelley vs. the United Kingdom”, solicitud 23800/06, decisión sobre la admisibilidad del 04/01/2008, párr. 116.

(106) Conf. lo expuesto por el diputado Pablo Yedlin, pre-

sidente de la Comisión de Acción Social y Salud Pública de la Cámara de Diputados del Congreso Nacional en entrevista a distancia con los integrantes de la Federación Argentina de Colegios de Abogados, de fecha 05/11/2020.

(107) Conf. nota periodística disponible al 04/09/2020 en <https://www.telam.com.ar/notas/202008/504435-alberto-fernandez-vacuna-coronavirus-astrazeneca.html>.

(108) Conf. nota periodística disponible al 04/09/2020 en

<https://forbes.co/2020/07/30/actualidad/astrazeneca-no-responder-por-demandas-contra-vacunas-de-covid-19/>.

(109) Conf. entrevista cit. en nota 107.

(110) VIZZOTTI, Carla (secretaría de Acceso a Salud de la Nación Argentina), “Ninguna vacuna contra la COVID-19 será obligatoria”, ob. cit.

(111) En este sentido, resulta elocuente lo sucedido en la Argentina con la vacunación para la hepatitis A: la enfermedad tenía

una importante incidencia en niñas y niños de hasta cuatro años y podía provocar una falla hepática fulminante, solo tratable mediante el trasplante de hígado. Antes de la aparición de la vacuna, la prevención consistía esencialmente en medidas higiénicas. En 2005 el Ministerio de Salud y Ambiente de la Nación incorporó la vacuna al Calendario Nacional y desde 2007 no se realizaron trasplantes de hígado en la población objetivo de la vacunación (ver <https://www.argentina.gob.ar/salud/vacunas/hepatitisa>).

NOTA A FALLO

Gestación por sustitución

Revocación de sentencia que desplazó la filiación materna de la mujer gestante y admitió el emplazamiento filial de una pareja homosexual. Figura que no está admitida por el ordenamiento jurídico. Determinación de la maternidad por el útero. Orden público. Inexistencia de vacío legislativo. Inaplicabilidad del art. 19 de la Constitución Nacional. Disidencia. Derecho a formar una familia. Voluntad procreacional. Igualdad. Interés superior del niño e identidad.

1.- En el actual régimen jurídico cabe considerar a la gestante como madre de la menor con independencia del posible aporte que pudiere haber hecho de material genético y de su eventual intención de ejercer el rol materno. Mientras el legislador no autorice otra consecuencia jurídica, no corresponde apartarse de la ley que atribuye en la especie la maternidad por el parto con prescindencia del nexo genético que tenga la madre con la niña y la ausencia de voluntad procreacional que pueda haber mediado de parte de la gestante. Es decir, pudiendo existir dos vínculos filiatorios, el único modo de admitir la pretensión sería contrariar el orden público; lo que no resulta admisible. Además, encontrándose en juego el derecho a la identidad del menor frente al derecho de los mayores

a formar una familia con hijos no biológicos, borrando de sus antecedentes a la donante anónima del gameto femenino y la gestante, consideramos que debe otorgarse primacía al primero, pues de lo contrario el vínculo biológico con el progenitor que no da a luz, como el de la mujer gestante, sería irrelevante en oportunidad de tener que establecerse la filiación. Por lo demás, el ordenamiento legal da la solución puntual al caso, contemplando en el art. 630 y concs. del Cód. Civ. y Com. de la Nación un proceso con debida intervención y contralor judicial otorgante de vínculo filiatorio pleno, al cual podrá acceder quien así lo estime.

- 2.- La intención del legislador fue clara al excluir la gestación por sustitución del proyecto de reforma. Por ende, no existe vacío legislativo que justifique resolver el caso en función de lo normado por el art. 19 de la CN.
- 3.- De admitirse lo que pretenden las partes, estas podrían acordar tanto sobre la voluntad procreacional como respecto al procedimiento de determinación de la filiación y el modo de entrega del niño de una persona a quien no se estima como la madre a los progenitores que serían los padres por el solo acuerdo de aquellas ante la inexistencia de prohibición alguna, lo que no se puede avalar. Se naturalizaría este tipo de procedimiento flexibilizando indebidamente los requerimientos que deben exigirse de acuerdo al espíritu y marco normativo que regula la cuestión.

4.- Los términos en que se encuentra redactado el art. 562 del Cód. Civ. y Com. actualmente imponen concluir que la figura no está admitida, guardando ello coherencia con los términos que emergen del art. 17 del Cód. cit. que prohíbe contratos gratuitos u onerosos sobre el propio cuerpo. Dicha situación no es menor, si se toma en cuenta que el orden público que regula la materia proyecta sus efectos sobre la normativa en trato.

- 5.- El legislador no solo descartó la gestación por sustitución del anteproyecto, sino que, además, fue cuidadoso en aclarar cómo se determina la maternidad, por medio de una norma que es de fuerza imperativa y no disponible por la voluntad de los particulares.
- 6.- La voluntad procreacional no sirve para determinar la maternidad, dado que se determina por el útero, más allá de todo consentimiento. En otras palabras, la voluntad procreacional rige en el ámbito donde no rige el vientre, como una nueva forma jurídica de enlazar al niño con sus progenitores de deseo.
- 7.- El art. 565 del Cód. Civ. y Com. dispone, como principio general, que en la filiación por naturaleza la maternidad se establece con la prueba del nacimiento y la identidad del nacido; es decir, prevé un sistema de determinación legal y objetivo de la maternidad.
- 8.- El art. 588 del Cód. Civ. y Com. de la Nación señala que en los supuestos de filiación por

TRHA la falta de vínculo genético no puede invocarse para impugnar la maternidad, si ha mediado consentimiento previo, informado y libre. Se pretende reafirmar que ese hijo o hija es de quien dio a luz. El artículo no descarta ni prohíbe la gestación por sustitución, sino que la autoriza, aunque con los límites o modalidades citadas, específicamente que el niño o niña nacidos sean hijos de quien dio a luz y, además, del hombre o de la mujer que ha dado su consentimiento previo. Por ello, no existe la prohibición de que haya un cuerpo gestante, sino que se constriñe a determinar que el hijo nacido será de quien dio a luz, más allá que no haya coincidencia genética (del voto en disidencia de la Dra. Bermejo).

- 9.- La gestación por sustitución no conculca el orden público, pues, de haber sido así, no se pudo haber incorporado al ordenamiento un artículo como el 2634 (arts. 558, 560 y ss., Cód. Civ. y Com. de la Nación). La coherencia de un mismo sistema jurídico no puede admitir una propia contradicción o un doble *standard* de antijuridicidad (del voto en disidencia de la Dra. Bermejo).
- 10.- De interpretar que el art. 562 del Cód. Civ. y Com. de la Nación integra el orden público —como opina el señor Fiscal coadyuvante—, no se podría admitir que la gestación por sustitución realizada en el extranjero se anote en nuestro país. No podría la ley prever el reconocimiento en el país de un derecho que resulte contrario a nuestro ordena-

Comentario a un fallo desalentador sobre las técnicas de reproducción humana asistida

María Laura Berterreix (*)

SUMARIO: I. Introducción.— II. Breve consideración previa sobre la inconstitucionalidad de las normas.— III. Análisis —y crítica— de los fundamentos del fallo de la Cámara.— IV. Palabras finales: propuesta de reforma.

I. Introducción

Pese a que ya han pasado más de cinco años desde la sanción del actual Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante Cód. Civ. y Com.) —con la constitucionalización del derecho privado que implicó su reforma y, en particular, con la incorporación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en adelante TRHA) como tercera fuente de filiación y en clave con el acogimiento de la diversidad en la formación de las familias— con fecha 28 de octubre de 2020, la Sala K de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil dictó un fallo sobre la aplicación de dichas técnicas en parejas conformadas por dos hombres que merece la pena ser abordado por resultar, como indica nuestro título, desalentador para brindar respuesta a personas que buscan en el derecho una solución a sus problemas y en contra del desarrollo jurisprudencial que se viene consolidando.

Es que en el fallo que comentamos, la Cámara resolvió hacer lugar a los agravios expresados por el Sr. Fiscal de Cámara —a los que adhirió la Sra. Defensora de Menores de Cámara— y revocar por mayoría una sentencia dictada por primera instancia en la cual se había hecho lugar al desplazamiento de la filiación materna de la

niña —mujer gestante— y consiguiente emplazamiento en carácter de progenitores a los Sres. R. R. F. y D. H. R como consecuencias de la utilización de TRHA.

Para así decidir, expresaron que no existe vacío legal alguno con relación a la figura de la “gestación por sustitución” y que dicha institución no se encuentra admitida en virtud del art. 562 del Cód. Civ. y Com., centrándose en la literalidad de la norma y manifestado que el punto de partida de toda filiación es el vientre y que la voluntad procreacional rige en el ámbito donde este no aparece.

Indicaron que, con el actual estado de cosas, cabe considerarse a la gestante como madre de la menor, con independencia de los aportes que pudo haber hecho o no de material genético o con su deseo o no de ser madre, y que en tanto no se regule otra consecuencia jurídica, no corresponde apartarse de la norma que atribuye en la especie la maternidad por el parto con prescindencia del nexo genético y la ausencia de voluntad procreacional que pudo haber mediado.

Expresaron que encontrándose en juego el derecho a la identidad del menor frente al derecho de los mayores a formar una familiar, deberá estarse al primero.

La gestación por sustitución, un obstáculo cultural más que jurídico o técnico

Fabiana Quaini (*)

SUMARIO: I. Introducción.— II. Antecedentes.— III. El orden público.— IV. La interpretación del art. 562 del Cód. Civ. y Com. referente a que *mater semper certa est.*— V. Pedido o no de inconstitucionalidad.— VI. La eliminación de la gestación por sustitución por la Comisión Redactora del Código Civil y Comercial de la Nación.— VII. Interpretación del art. 19 de la CN.— VIII. Argumentación sobre el límite de la cantidad de vínculos filiales conforme art. 558 del Cód. Civ. y Com. de la Nación.— IX. Llevar a las partes a iniciar un nuevo proceso de adopción por el art. 630 del Cód. Civ. y Com. de la Nación.— X. El Interés Superior del niño y la vulneración de derechos propios de cualquier ser humano.— XI. Una reflexión final.

I. Introducción

La Dra. Bermejo con su voto en notable disidencia, llevando un 50% más de texto que lo desarrollado por su colega de sala preopinante, el Dr. Osvaldo O. Álvarez, se refirió a la gestación por sustitución, expresando que “Todas las disyuntivas que presentan estas nuevas alternativas que la ciencia ofrece encuentran un obstáculo cultural más que jurídico, o técnico”.

La sala K no reconoce la gestación por sustitución, desestimando la demanda de impugnación de maternidad, enviando a los padres, a su hija de 4 años y a la mujer gestante si así lo desearan a encausar una demanda por una adopción.

Con este fallo la sala K se alinea con la sala E (“S., I. N. c. A. C. L. s/ impugnación de filiación”, expediente 86.767/2015) en rechazar estas prácticas, mientras que la sala I (“S. M, D. y otros c. A. S. S. s/ filiación”, sentencia caso 55.012/2017, del

28/08/2020) está a favor de estas prácticas junto a la sala H (CIV 14153/2017, “S. T., V. s/ inscripción de nacimiento” y el Procurador de la Corte Suprema se alinea en favor de estas prácticas (CIV 14153/2017/CSI, “S. T., V. s/ inscripción de nacimiento”). Por cierto, todos los anteriores casos ya están en espera a ser tratados en la Corte Suprema.

II. Antecedentes

Los cónyuges integrantes de un matrimonio igualitario tenían el deseo de convertirse en padres, no por adopción sino con el convencimiento de ser padres a través de las técnicas de reproducción asistida recurriendo a un útero portador. Una persona que los conocía desde años se ofrece a llevar el embarazo y ayudarlos a convertirse en padres. Así todos concurrieron al Centro Médico Halitus, donde se desarrolló la formación de los

CONTINÚA EN PÁGINA 10

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)
(*) Abogada, Universidad Nacional del Sur.

CONTINÚA EN PÁGINA 8

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)
(*) Abogada, Maître en Droit de la Université de Tours y DESS (*Diplôme des Etudes Supérieures Spécialisées*) de la Université de Toulouse (Francia). Miembro de la “International

Academy of Family Lawyers”, de la “Academy of Adoption and Assisted Reproduction Attorneys”, del LGTB Bar Family Law Institute de los EE.UU.

miento. Por este mismo fundamento tampoco se aprecia vulnerado el art. 12 del Cód. Civ. y Com. de la Nación (del voto en disidencia de la Dra. Bermejo).

11. - La reforma del texto del Anteproyecto no obliga a negar la gestación por sustitución, sino que solo se puede afirmar que su reglamentación se suprimió en la versión sancionada. La interpretación constitucional lleva a igual respuesta. El art. 19 de la Carta Magna prevé que nadie puede ser obligado a hacer lo que la ley no obliga. Así, al no estar prohibido, su falta de regulación no coarta su práctica, justamente para asegurar la libertad que destaca su mismo preámbulo (del voto en disidencia de la Dra. Bermejo).

12. - Al no haberse regulado la gestación por sustitución, existe un vacío legislativo que las decisiones judiciales han suplido. Así en diversos precedentes se acudió a los requisitos contenidos en el Proyecto de Reforma y Unificación del Cód. Civ. y Com. presentado en el Congreso de la Nación —que culminara con la sanción del Código hoy vigente—, para

encauzar una posible respuesta (del voto en disidencia de la Dra. Bermejo).

13. - Definir que solo por gestar es madre limita el concepto de la palabra y de los alcances que la misma realidad social y la propia ciencia brinda a ese término. La acota a una noción médica que olvida la incidencia de los adelantos técnicos que permiten que un cuerpo gestante porte a un niño o niña de otras personas, al igual que da la espalda a las múltiples realidades sociales que admiten que ese sea un rol que se asuma y ejerza desde la socioafectividad, por ejemplo, como ocurre en la adopción (del voto en disidencia de la Dra. Bermejo).

14. - En el caso de gestación por subrogación, la persona gestante, sin vínculo genético con el niño o niña, será progenitor por determinación de la ley solo por el hecho de haberlo alumbrado. Se impone, de tal manera, un criterio biológico que borra la historia de la gestación y de las voluntades que intervinieron en su concreción. Detenerse solo en el parto para definir a uno de los progenitores es recortar al proceso que llevó a que la in-

tención de dos o tres personas, según pueda acontecer, haya culminado en el nacimiento de un ser humano (del voto en disidencia de la Dra. Bermejo).

15. - Convenir que solo el vientre es lo que convierte en progenitora a una persona conlleva que se le otorgue ese título a quien pueda no desearlo ni tener vínculo genético con la persona nacida, quien no desee ejercer su rol paternal, desplazando a quien sí lo persigue y que solo podría concretar esa voluntad con intervención de la ciencia, pues su propia naturaleza se lo impide. Esta realidad es lo que impone flexibilizar la mirada, en pos del respeto a los derechos humanos de los adultos y de los niños nacidos por esta técnica (del voto en disidencia de la Dra. Bermejo).

16. - Determinar, como lo hace la ley, que es madre quien da a luz un hijo es desconocer la verdad, pues si no hubiera habido un aporte genético de una tercera persona, de gametos masculinos y femeninos, esa gestación no se hubiera originado y esa persona no hubiera nacido. También cabría preguntarse si un hecho de la naturaleza, como es

el nacimiento de una persona, puede ser definido jurídicamente por una afirmación de la ley para darle una connotación jurídica que la propia persona gestante no tuvo como intención (del voto en disidencia de la Dra. Bermejo).

17. - Ya sea que se trate de parejas heterosexuales, que no pueden gestar a su propio hijo, o parejas del mismo sexo, que deben recibir un gameto que pueda combinarse con uno del de ellos y que el hijo crezca en un cuerpo gestante, se enfrentan a la circunstancia que la ley predetermina que quien da a luz sea uno de los progenitores. Ello coloca en desventaja a la pareja de hombres frente a la de una de dos mujeres cuando una de ellas es quien da a luz y la otra quien aportó su gameto —necesario para que haya gestación por subrogación—, además del insustituible gameto masculino aportado por un donante. Así, en el caso de parejas conformadas por dos mujeres, incluso antes de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, en el dec.1006/2012 se preveía la inscripción del nacimiento de los hijos nacidos de una unión de dos mujeres. La Ciudad Autónoma

María Laura Berterreix

VIENE DE PÁGINA 7

Aclararon que el control de constitucionalidad no incluye el examen de la conveniencia o acierto del criterio adoptado por el legislador en el ámbito de sus atribuciones, sino que debe limitarse al examen de compatibilidad de las normas con lo observado en la Constitución Nacional, no advirtiendo en el presente ninguna norma altere que el equilibrio armonio de las leyes en su conjunto.

Por último, remarcaron que la solución legal para el caso se encuentra en las normas sobre adopción.

Entendemos que en la actualidad una sentencia como la dictada no puede tener acogida y merece la pena su comentario por resultar, a nuestro criterio, contraria a principios y derechos consagrados en nuestro ordenamiento legal, como lo son el principio de realidad y solidaridad familiar (1), derecho a la libertad en la elección del proyecto de vida familiar y protección de esa familia (2), el derecho a gozar del desarrollo de la ciencia (3), el interés superior del niño (4) y el derecho a la identidad (5), entre otros y que en el presente desarrollaremos.

Desde ya adelantamos que coincidimos con lo decidido por el Juzgado de primera instancia —pese a la falta de declaración de inconstitucionalidad del art. 562 del Cód. Civ. y Com.— y con la disidencia de la Dra. Bermejo en segunda instancia (6), en tanto la niña debió ser inscripta como hija de sus progenitores, quienes exteriorizaron su voluntad procreacional.

II. Breve consideración previa sobre la inconstitucionalidad de las normas

Entendemos que el Juzgado de primera instancia para arribar a su decisión debió haber declarado la inconstitucionalidad del art. 562 del Cód. Civ. y Com. (7) por resultar contrario a principios y derechos consagrados en el bloque constitucional y, de esta manera, evitar dictar una sentencia que ignore la existencia de una norma y sea fácilmente atacable por falta de congruencia entre fundamentos y decisión.

Ello así, en tanto el vacío legal con relación a la “gestación por sustitución” que subyace no es tal por la regulación de la norma en cuestión y que resulta una barrera que debe saltarse para arribar a la conclusión que apoyamos, conforme lo expondremos en el acápite siguiente.

Si bien aceptamos que la declaración de inconstitucionalidad es un remedio que debe utilizarse como *ultima ratio* y es de suma gravedad institucional, el caso concreto lo ameritaba toda vez que la aplicación de la norma en cuestión implicaba una vulneración de los derechos en juego que resultaba de una gravedad significativa y manifiesta.

Sin perjuicio de ello, y al igual que lo describe la Dra. Bermejo, entendemos que la falta de declaración de inconstitucionalidad de la norma no empaña a la conclusión correcta a la que arribó primera instancia analizando la cuestión desde un marco constitucional y convencional.

En todo caso, y para dar lugar a una sentencia congruente en todos sus aspectos, atendiendo a los precedentes en la materia y sistema de control judicial difuso que rige en nuestro país, cualquier juez puede declarar la inconstitucionalidad de la norma al hacer el control mencionado, como lo pudo haber hecho en este caso la Cámara Civil de haber fallado conforme lo proponemos y de oficio.

Ya nuestro Alto Tribunal ha mencionado que “...no se sigue de ello la necesidad de petición expresa de la parte interesada, pues como el control de constitucionalidad versa sobre una cuestión de derecho y no de hecho, la potestad de los jueces de suplir el derecho que las partes no invocan o invocan erradamente —trasuntado en el antiguo adagio *iura novit curia*— incluye el deber de mantener la supremacía de la Constitución (art. 31 de la Carta Magna) aplicando, en caso de colisión de normas, la de mayor rango, —2— vale decir, la constitucional, desechando la de rango inferior...” (8).

Esto garantiza que el Poder Judicial, en todo momento, realice un control de las normas para evitar aplicar leyes que se contrapongan o vulneren principios consagrados en nuestro plexo normativo mayor y dictar sentencias conforme a derecho.

III. Análisis —y crítica— de los fundamentos del fallo de la Cámara

Habiendo saltado la barrera de la declaración de la inconstitucionalidad de la norma —o no— por parte del Juzgado de primera instancia, corresponde realizar un análisis de los fundamentos centrales del polémico fallo dictado por la Cámara y explicar por qué, a nuestro entender, el art. 562 del Cód. Civ. y Com. no supera el test de constitucionalidad.

Palmariamente surge que, en el caso concreto, la aplicación de la norma acarrea la violación a principio de realidad y solidaridad familiar, derecho a la libertad en la elección del proyecto de vida familiar y protección de esa familia, el derecho a gozar del desarrollo de la ciencia, el interés superior del niño y el derecho a su identidad, entre otros, y atenta contra la finalidad del ordenamiento jurídico en su conjunto, de lo cual la Cámara hubiera dado cuenta de haber realizado el correspondiente control de constitucionalidad que le impone aun de oficio nuestro ordenamiento y no alegar que se trata de simples cuestiones de políticas legislativas en las cuales no es posible inmiscuirse.

III.1. Principio de realidad y solidaridad familiar

Primeramente, es necesario aclarar que compartimos con la Cámara el análisis estrictamente legal sobre la figura de la gestión por sustitución y que no existe, en este aspecto, vacío legal alguno, lo cual no implica que estemos de acuerdo con la solución legislativa brindada.

En tal sentido, antes de la sanción del actual Código Civil y Comercial, la Cámara de Senadores eliminó del proyecto lo relativo a la “gestación por sustitución”, es decir recurrir a un vientre ajeno para gestar un niño. Se dieron muchas controversias con relación a esta figura, pero principalmente la alarma se puso en la intervención de una tercera persona, que ningún vínculo tendría con el nacido, a los fines de concretar un proyecto de vida.

En consonancia con ello, el art. 562 del Cód. Civ. y Com. establece que “Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento”.

to previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos”, imponiendo la norma un claro límite a las TRHA: que solo intervengan dos personas en la realización del proyecto de vida — la que da a luz y la otra que presta su consentimiento, sin importar si se aportan materiales genéticos propios o donados— o solo una, en el caso de familias monoparentales (9).

No se trata de una norma discriminatoria en razón del género, pues las parejas heterosexuales, o una conformada por dos mujeres que no pueden o no quieren tener hijos en forma biológica, sufren la misma limitación.

A nuestro entender, el principio de que “todo lo que no está prohibido por el ordenamiento jurídico está permitido” (10) se encuentra morigerado por la norma del art. 562 del Cód. Civ. y Com., toda vez que implícitamente excluye de la legislación argentina la “gestación por sustitución” al decir que los hijos nacidos por las TRHA son de quien “dio a luz” y el hombre o mujer que también ha prestado su consentimiento informado.

En este sentido, cualquier expresión de voluntad de utilizar las TRHA donde intervengan más de dos personas —en su caso la pareja y la persona gestante— resulta contrario a la norma en cuestión.

No coincidimos con lo expuesto por la Dra. Bermejo en su disidencia en este punto (11), quien esboza que al existir un vacío legislativo debe ser llenado en el caso por las decisiones judiciales. Si existiera tal vacío alegado, ¿cuál sería el sentido entonces de declarar la inconstitucionalidad de la norma del art. 562 del Cód. Civ. y Com., como propone?, la cual a su modo de ver y siguiendo su razonamiento no implica una barrera para llevar adelante la gestación por sustitución, en tanto dicha institución se encontraría autorizada por el juego de las normas y el principio consagrado en el art. 19 de la Constitución Nacional.

Es hasta este punto que llegó el análisis efectuado por la Cámara y, a partir de allí, realizó una aplicación literal de la norma del art. 562 del Cód. Civ. y Com. —dando relevancia en el caso al vientre y la persona que dio a luz—, lo que, inde-

{ NOTAS }

(1) Estos principios invaden todo el Código, especialmente en las relaciones de familia.

(2) Art. VI de la Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre; Art. 7, 11.2 y 17 de la CADH; art. 15 del protocolo de San Salvador.

(3) Art. XIII de la Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre; art. 14.1.b) del Protocolo de San Salvador.

dor.

(4) Art. 3 de la CDN; art. 3 de la ley 26.061.

(5) Art. 8 de la CDN; art. 11 de la ley 26.061.

(6) Remitimos para su lectura a los fundamentos de la Dra. Bermejo expuestos en el fallo por una cuestión de espacio y metodología.

(7) Así también lo menciona el Sr. Fiscal de Cámara, con

quien coincidimos.

(8) CS, “Banco Comercial Finanzas S.A. (en liquidación Banco Central de la República Argentina) s/ quiebra. Recurso de hecho”, 19 de agosto de 2004, AR/JUR/1630/2004.

(9) Es el caso de una persona que gesta a su hijo con material aportado por otro y de ella misma - o no-. En ella coincidirá tanto la persona “la persona que dio a luz” y que “dio su

consentimiento”.

(10) Art. 19 de la Constitución Nacional.

(11) En igual sentido que la Dra. Bermejo falló por mayoría CNCiv., sala H, en autos “S. T., V. s/ inscripción de nacimiento” de fecha 15 de marzo de 2018, cita online: AR/JUR/5414/2018 y la Sala I en los autos “S., M.D. y otros c. A., S. S. s/ Filiación” de fecha 28 de agosto de 2020, cita online:

ma de Buenos Aires también lo admitió por res. 38/ 2012 (SSJ), lo que implica una desigualdad frente a la voluntad procreacional de dos progenitores hombres (del voto en disidencia de la Dra. Bermejo).

18. - Tampoco es un argumento que el art. 558 del Cód. Civ. y Com. establezca que una persona no puede tener más de dos vínculos filiales, pues en este caso si se pretende tener dos, el quid reside en cuáles. Por ello, esa disposición no es dirimente en este caso (del voto en disidencia de la Dra. Bermejo).

19. - Si las personas solo pueden concretar su deseo de formar una familia gracias a los avances médicos, estos deben estar disponibles. La misma Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró que la imposibilidad de las personas a acceder a esos adelantos científicos vulnera los derechos a la vida privada y familiar y el derecho a la integridad en relación con la autonomía personal, el derecho a decidir si tener hijos biológicos a través de una TRHA, la salud sexual, el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico, así como el principio de no

discriminación. En síntesis, ninguna familia puede ser sometida a discriminación basada en estas elecciones de sus integrantes (del voto en disidencia de la Dra. Bermejo).

20. - La salida para lograr una paridad de todos los aspirantes a formar una familia, en este caso, se encuentra en reinterpretar en lo que consisten las TRHA. Quienes no pueden tener un hijo por alguna razón podrán concretar su deseo sustituyendo la gestación. La práctica de las TRHA origina alternativas que debieran de encauzarse, justamente, por esta vía, en tanto es la que lo ha originado y no pretender dar una solución legal por otro proceso distinto, como sería la adopción. Sería como admitir readaptar lo que realmente ocurrió a una u otra norma, cuando ambas poseen alcances distintos, desvirtuando el derecho humano a formar una familia y a ejercer la voluntad procreacional. La adopción no respeta al superior interés de la niña, quien vería postergada la definición de su identidad jurídica a la finalización del proceso pertinente. Tal forma de proceder vulnera el superior interés de la niña, quien, en el presente y desde que nació, está conviviendo

con el matrimonio de los peticionantes y recibe el trato de hija. La solución que se propone en el recurso implicaría postergar la definición de su identidad, uno de los derechos humanos esenciales de toda persona (del voto en disidencia de la Dra. Bermejo).

21. - La inscripción definitiva de los niños y niñas en el Registro es un derecho que no puede verse aplazado en el tiempo. Hace a su reconocimiento familiar, a su individualización y a su propia identidad e historia (del voto en disidencia de la Dra. Bermejo).

22. - La sentencia de primera instancia que desplaza la filiación materna de la mujer gestante respecto de una niña y admite el emplazamiento filial de la pareja peticionante no altera el derecho a la identidad de la niña a conocer sus orígenes, ya que en el mismo pronunciamiento se toman los resguardos para que se anote en el Registro todos los datos referidos a su nacimiento, de tal manera que podrá reconstruir su historia. El art. 559 del Cód. Civ. y Com. de la Nación se refiere a la expedición del certificado, lo que difiere de las anotaciones del Libro o Partida, en

el cual constan las anotaciones marginales que se ordenan judicialmente (conf. arts. 1º, 5º, 15, 25, 47, 78 a 80, ley 26.413) (del voto en disidencia de la Dra. Bermejo).

23. - Corresponde declarar la inconstitucionalidad del art. 562 del Cód. Civ. y Com. y confirmar la sentencia que desplaza la filiación materna de la mujer gestante y admite el emplazamiento filial de la pareja peticionante (del voto en disidencia de la Dra. Bermejo).

CNCiv., sala K, 28/10/2020. - F., R. R. y otro c. G. P., M. A. s/ impugnación de filiación.

[Cita on line: AR/JUR/54740/2020]

COSTAS

En el orden causado.

[El fallo *in extenso* puede consultarse en Atención al Cliente, <http://informaciónlegal.com.ar> o en Preview]

fectiblemente, llevó a que revoque la sentencia de primera instancia.

Pero no podemos ni debemos quedarnos con ello, en tanto, en el caso, la norma no pasó por ningún test de constitucionalidad que permita tener como válida la conclusión arribada por la Cámara.

Para ello, entendemos que es necesario analizar la norma del art. 562 del Cód. Civ. y Com. a la luz de los principios y garantías consagradas en el ordenamiento legal en su conjunto, conforme lo imponen los arts. 1 y 2 del Cód. Civ. y Com.

Ya con anterioridad a la sanción del actual Código algunos tribunales tenían una mirada amplia a la hora de decidir estas cuestiones atendiendo al interés superior del niño y dando cuenta de la realidad social imperante que no podía ser negada y ordenaban inscribir los hijos nacidos utilizando la “gestación por sustitución” como hijo de quienes tenían su voluntad de ser progenitores (12).

Ahora bien, haciendo una análisis global del cuerpo normativo que rige en nuestro país, nos damos cuenta de que esta norma merece ser analizada a la luz de los principios de realidad y solidaridad familiar que rigen en el “Derecho de las Familias”, en tanto entendemos que “...la dogmática jurídica no puede aislarse del contexto social, máxime cuando nos referimos a leyes e interpretaciones jurídicas que tienen impacto directo en la vida de las personas...” (13), pues de alguna manera la realidad siempre se impone y los casos de gestación por sustitución se siguen sucediendo por el fuerte deseo de concretar un proyecto de vida y ya nada puede frenarlo.

Y esta realidad nos cuenta que, pese al límite establecido por la norma, la hija nacida por TRHA y utilizando un vientre de un tercero —quien libremente prestó su voluntad— en un centro médico autorizado con los correspondientes consentimientos informados previos de los intervinientes, resulta ser hija de quienes tuvieron la voluntad procreacional, es decir, la

pareja conformada por dos hombres, en tanto la persona gestante como el tercero donante les falta un componente volitivo esencial: el desear ser madre del hijo que nace (14).

En las TRHA, por lo tanto, lo determinante para establecer la filiación es la “voluntad procreacional” de quienes emprenden un proyecto de vida en común, es decir que exteriorizan su voluntad de ser padres. En este sentido, “...El hijo que nace precisamente por su exclusiva decisión de que nazca, causa eficiente e insustituible, y, por lo tanto, la más relevante: sin ella ese hijo no hubiera existido...” (15).

Este consentimiento informado debe brindarse por las personas que se someterán en un centro médico autorizado (16) al uso de las TRHA en forma previa y libre (17), el cual deberá renovarse cada vez que se utilicen gametos o embriones (18). Asimismo, es revocable mientras no se haya producido la concepción de la persona o la implantación del embrión.

Si bien es cierto la existencia de cierto elemento de la naturaleza, pues los hijos nacen del cuerpo humano, este componente es secundario y no relevante a la hora de determinar la paternidad/maternidad por las TRHA y lo que permite “...que en la filiación por TRHA no siempre coincida la paternidad/maternidad genética y/o biológica con al voluntaria...” (19), pues son dos situaciones que pueden coincidir o no dependiendo si los aportes de materiales son propios o donados y que en el caso ninguna importancia tendría.

En este entendimiento “...En la gestación por sustitución, la ‘voluntad procreacional’ es la intención de querer engendrar un hijo con material genético propio, acudiendo a la implantación del embrión en el vientre de una tercera persona para su gestación y alumbramiento posterior. Esta tercera persona carece de esa voluntad; por ende, aun cuando por aplicación de los principios legales ya reseñados correspondería la atribución de la maternidad a la gestante, falta el elemento central que atribuye o determina la filiación en las TRHA: la voluntad procreacional,

esto es, la intención de adquirir derechos y obligaciones y, a la par, el afecto que se deriva o se construye con el despliegue de tales responsabilidades...” (20).

Entonces, no resulta acorde con los valores y preceptos que se imponen en nuestro ordenamiento, a la luz de los principios de realidad y solidaridad familiar, que el hijo que nace de TRHA —en este caso por gestación por sustitución y con material de los progenitores y de un donante— sea hijo de la mujer gestante, quien no tuvo el deseo de ser madre de ese niño con anterioridad a las TRHA, ignorando la voluntad procreacional de los progenitores. La declaración de inconstitucionalidad como mencionamos en el punto II aparece latente.

III.2. La Libertad en la elección del proyecto familiar y el derecho a gozar del desarrollo de la ciencia

No debemos perder de vista que el actual Código Civil y Comercial dejó de lado el modelo de “familia típica” velezano y, por fin, abrió sus puertas a la diversidad familiar. En tal sentido se ha dicho que “...El Código Civil y Comercial da un vuelco copernicano en la regulación de las relaciones de familia al colocar en el centro de la escena a la persona como principal objeto y objetivo de protección, quien debe elegir con libertad la forma de organización familiar que quiere integrar sin que el Estado a través de la ley le indique o favorezca una sola de ellas condicionando así dicha elección...” (21)

Este nuevo paradigma encuentra su clave en la CADH, que en su art. 17 establece como fundamental la protección de la familia, sin hacer distinciones de tipo o integrantes. Al respecto, la CorteIDH, al hacer un análisis de dicho artículo, ya había interpretado que en él no se encuentra un concepto cerrado de familia ni se protege un solo modelo de ella (22).

La base de ello es la autonomía personal y la consecuente libertad de las personas en la

elección del proyecto de vida familiar, que insistentemente acarrea la posibilidad de acceder a los medios tecnológicos para lograrlo.

Así, la CorteIDH ha manifestado que el art. 7 de la CADH debe interpretarse en un sentido amplio y que en virtud de ello cada persona pueda organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones y expresó que el derecho a la vida privada establecido en el art. 11.2 de la CADH engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior (23). Asimismo, y del juego de ambos artículos refirió que “...se extiende al derecho de toda persona a beneficiarse del progreso científico y de sus aplicaciones...” (24)

En este contexto es que se inserta el proyecto de vida de la pareja de dos hombres que decidieron utilizar las TRHA y recurrir al vientre de otra persona para realizar ese proyecto de vida, pues, en el caso, era la única posibilidad de concretarlo. Esta elección y consecuente familia, que tiene como base la autonomía de las personas, que incluye la autonomía reproductiva y el derecho a gozar el desarrollo de la ciencia, debe ser respetada.

En este sentido, no puede tener acogida la propuesta de la Cámara de recurrir a la figura de adopción por parte de aquel que no se encuentra inscripto como progenitor de la niña a fin de obtener los efectos plenos de la filiación.

El Código ha regulado tres fuentes que pueden dar origen a la filiación, ya sea por naturaleza, por adopción o TRHA, las cuales tienen sus propias causas y regulaciones específicas diferentes entre sí.

Pese a que tienen los mismos efectos filiatorios a los fines de la ley (25) —el carácter de hijo—, no da lo mismo emplazar a un niño como hijo en virtud de las TRHA o como consecuencia de una adopción por el simple hecho de que son fuentes

{ NOTAS }

AR/JUR/35471/2020.

(12) JNCiv. N.º. 86 “N.N. o D. G. M. B. M. S/ Inscripción de nacimiento, de fecha 18 de junio de 2013, cita online: AR/JUR/23081/2013; JFam. Gualaguay, “B. M.A. c/ F.C.C. R s/ Ordinario” de fecha 19 de noviembre de 2013, cita online: AR/JUR/89976/2013.

(13) HERRERA, Marisa “Texto y contexto de la noción de persona humana en el Código Civil y Comercial desde una perspectiva sistémica”, Cita online: AR/DOC/1258/2018, p. 1.

(14) Así también se asegura cumplir con lo prescripto sobre la prohibición de tener más de dos vínculos filiales impuesto por el Cód. Civ. y Com.

(15) KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída - HERRERA, Marisa - LLOVERAS, Nora, “Tratado de derecho de familia. Según el Código Civil y Comercial del 2014”, T. II, Rubinzal - Culzoni Edit., Ira edición, Santa Fe, 2014, p. 504.

(16) Dejaremos de lado en este caso lo que sucede con las “TRHA caseras”, las cuales no se encuentran reguladas en el Código Civil y Comercial y han sido objeto de a análisis en otros textos, pues, en el caso, los hombres accedieron a un centro médico para llevar a cabo su proyecto de vida con sus consentimientos otorgados previamente, lo que no ocurre justamente en la inseminación casera.

(17) Este deberá protocolizarse ante escribano público o

autoridad sanitaria correspondiente a la jurisdicción, conforme lo normado por el art. 561 del Cód. Civ. y Com.

(18) Esto es para los casos de conservación del material y no así para su utilización luego de la extracción, pues en este último caso basta con el mismo consentimiento.

(19) KEMELMAJER de CARLUCCI - HERRERA - LLOVERAS, *ob. cit.*, p. 426.

(20) KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída - LAMM, Eleonora - HERRERA, Marisa, “Gestación por sustitución en Argentina. Inscripción judicial del niño conforme a la regla de la voluntad procreacional”, Cita Online: AR/DOC/2573/2013 p. 3.

(21) HERRERA, Marisa, “Manual de derecho de las Familias”, Ed. Abeledo Perrot, Ira. edic., Ira. reimpr. 2015, Buenos Aires, p. 11.

(22) CorteIDH, “Caso Forneron e hija vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y costas” Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C n.º. 242, Párr. 98.

(23) CorteIDH “Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) Vs. Costa Rica. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C n.º. 257, Párr. 142 y 143.

(24) *Ibidem*.

(25) Art. 558 del Cód. Civ. y Com.

de filiación distintas previstas por el Código y no son equiparables entre sí. En este sentido “...Las TRHA y la adopción se asemejan porque en ambas el vínculo se determina por el elemento volitivo, pero se diferencian porque esa voluntad, en la primera, debe ser manifestada en oportunidad previa a la gestación, a través de los consentimientos requeridos legalmente. En la adopción, en cambio, la voluntad se presta respecto de una persona ya nacida. En otras palabras, en la filiación por 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...” (26).

No se trata de que uno adopte al hijo de otro —que no está mal cuando así se quiere y sucede—, en este caso se trata de un proyecto de vida en común, con una forma elegida para tener un hijo que el derecho no puede negar y tiene el deber de respetar. Y así otra vez, aparece la necesidad de declarar la inconstitucionalidad de la norma debatida.

III.3. Interés superior del niño y derecho a la identidad

La Cámara en su fallo contrapone el derecho de los adultos a elegir su proyecto de vida y el derecho a la identidad de la menor, considerando a este último como superior.

Con esta visión, lo que simplemente deja de lado es fallar con miras al interés superior de la niña.

Entendemos que el derecho a la identidad de la niña —que en su faz dinámica tiene que ver con la voluntad e intención y su verdadero reconocimiento filiatorio— y la libertad de la elección del proyecto de vida familiar por la pareja no se contraponen y, por el contrario, se complementan, en tanto esa libertad en la elección y su consecuente exteriorización —voluntad procreacional— es la causa-fuente del origen de esa niña y como tal no puede ser ignorada so pretexto de la falta de regulación de la gestación por sustitución.

A su vez, el derecho a la identidad involucra el derecho a una inscripción inmediata y a tener un

vínculo filial lo que de ningún modo puede llevar a tolerar una ficción como la planteada por la Cámara y que vulnera el derecho a la identidad en esta faceta.

Es que no podemos pensar que la inscripción rápida de la niña como hija de la mujer gestante y el reconocimiento de ese vínculo lo satisfaga el derecho a la identidad toda vez que no obedece a la real situación filiatoria que impera. No se trata de la expedición de un acta o certificado para satisfacer ciertas formas; se trata de reflejar el vínculo filiatorio que marcará la vida de la niña y su identidad en su conjunto.

Ya la CorteIDH ha establecido, con relación a la toma de decisiones que involucren a niños y su protección, que “la Convención sobre los Derechos del Niño alude al interés superior de este (artículos 3, 9, 18, 20, 21, 37 y 40) como punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en ese instrumento, cuya observancia permitirá al sujeto el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades. A este criterio han de ceñirse las acciones del Estado y de la sociedad en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción y preservación de sus derechos” (27). En este entendimiento, cada decisión que tomen los jueces deberá estar guiada por el interés superior del niño y ello conlleva, creemos, la respuesta que imponemos y deja de lado la propuesta de la Cámara por resultar contraria al mejor interés de la niña.

Es que contraponiendo el art. 562 del Cód. Civ. y Com. en el caso concreto con el interés superior del niño, ello arroja como resultado la negativa al verdadero reconocimiento filiatorio de la niña, lo cual no puede ser tolerado.

Así, una vez más se impone la declaración de inconstitucionalidad del art. 562 de Cód. Civ. y Com.

IV. Palabras finales: propuesta de reforma

La falta de regulación de la gestación por sustitución y lo normado por el art. 562 del Cód.

Civ. y Com. nos encierra. Por eso, necesitamos jueces activistas y artesanales que no apliquen formulas fijas y pongan el foco en cada situación concreta en pos de proteger los derechos humanos de las personas.

La llave de salida, en el caso concreto, se encuentra en el análisis global del *corpus juris*, con una interpretación de la norma en clave con los principios de realidad y solidaridad familiar, derecho a la libertad en la elección del proyecto de vida familiar y protección de esa familia, el derecho a gozar del desarrollo de la ciencia, el interés superior del niño y su derecho a la identidad. Este control de constitucionalidad nos permite arribar a nuestras conclusiones, lo que implica reconocer la realidad filiatoria de la niña como hija de sus progenitores que tuvieron la voluntad procreacional de serlo.

Coincidimos en que “...El encargado de administrar justicia debe realizar la conjunción entre lo singular y lo general, hacer lo imposible. Quien es juez y sabe de esta imposibilidad puede negar ese saber, conformarse con aplicar mecánicamente la ley, el precedente, la doctrina y tranquilizarse diciendo que actúa conforme a derecho. O puede hacerse cargo de la angustia que todo acto de juzgar supone y procurar lo imposible” (28) y es en este entendimiento que resulta desalentador que la Cámara se haya quedado en la literalidad de la norma, sin colocarse los anteojos de los principios y derechos consagrados en el orden constitucional conforme mandan los arts. 1º y 2º del Cód. Civ. y Com. y evitar así un fallo como el que dictó.

No caben dudas que de haber hecho el correspondiente control de constitucionalidad jamás, podría haberse revocado el fallo de primera instancia. Es que cuando la Cámara alega que no hay alteración del equilibrio armónico de las normas que integran el orden legal, simplemente no lo advierte porque no realiza ningún test de convencionalidad. Prefirió aplicar la ley mecánicamente y alegar para el resto “cuestiones de política legislativa” y dejar a una familia imposibilitada de concretar su proyecto, pese a los principios que rigen en la materia.

Acaso la niña inscripta como hija de la mujer gestante y uno de los progenitores, pese al fallo de la Cámara, ¿se encuentra viviendo con la pareja conformada por dos hombres? ¿se encuentra a su cuidado? ¿la educan? ¿abastecen a sus necesidades? Simplemente, ¿le dan el trato de hija? La respuesta afirmativa seguramente se imponga, justamente, porque la realidad es inevitable y la mujer gestante no tiene ni tuvo vocación de ser su madre.

Coincidimos en “... La gestación y el cuidado resultan ahora en procesos que se llevan a cabo por distintas personas, lo que produce un choque con el *ethos* de la maternidad, debido a que suscita auténticos dilemas sobre nuestras etnoteorías de lo que una madre es...” (29) y es por ello que al mundo aún patriarcal le hace ruido diferenciar maternidad de la gestación.

A modo de finalización, y en pos de proteger más de una realidad como la contada en el caso de marras, proponemos la incorporación de la figura de la *gestación por sustitución* en el Código en tanto importa un modo de llevar a cabo a las TRHA, que permite a parejas que no pueden o no desean tener hijos concretar su proyecto de vida y así consagrar, definitivamente, el principio de la autonomía personal y la diversidad de las familias que impregna a nuestro Código y evitar los vaivenes y vicisitudes del ámbito judicial.

Ante la realidad de una acción que no daña a terceras personas y queda reservada a la esfera de la vida privada y su proyecto vital, siempre opinaremos que su regulación resulta lo más conveniente, pues el silencio o su implícita prohibición pueden acarrear prácticas ilegales que no solo motiven la comercialización por parte de personas que se aprovechan muchas veces de la “desesperación ajena”, sino que también se puede poner en peligro la salud de las personas.

Cita on line: AR/DOC/3920/2020

{ NOTAS }

(26) KEMELMAJER de CARLUCCI - HERRERA - LLO-VERAS, *op. cit.*, p. 427.

(27) CorteIDH, “Caso Mendoza y otros vs. Argentina”.

Excepciones preliminares, fondo y reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Serie C nro. 260, párr. 143.

(28) RUIZ, Alicia E. C., “Derecho, democracia y teorías

críticas al fin del siglo”, en Courtis, Christian (comp.), *Desde otra mirada*, Eudeba, Buenos Aires, 2009, p. 10.

(29) LAMM, Eleonora, “La gestación por sustitución

como deconstrucción de la “maternidad” que sostiene al patriarcal. Más argumentos desde los feminismos”, cita on line: AR/DOC/1271/2019, p. 2.

Fabiana Quaini

● VIENE DE PÁGINA 7

embriones y su posterior transferencia a la mujer gestante. Utilizaron ovodonación. Una vez nacida la niña “H” se presentó una demanda de impugnación de maternidad donde la mujer gestante se allanó. Aún no había salido el fallo que obligaba a la inscripción en el Registro Civil de Ciudad de Buenos Aires de las gestaciones solidarias lamentablemente (1). Mucho menos la disp. 93/2017 (DGRC) del 13 de octubre de 2017.

Se presentó un informe médico y psicológico elaborado por Halitus Centro Médico y el consentimiento informado específico para las prácticas se protocolizó, con participación médica y asistencia letrada. Luego nació la hija del matrimonio “H” el 17/10/2016. Conforme estudio de ADN realizado en la fundación Favaloro el embrión correspondió a uno de los cónyuges descartándose vínculo genético con la mujer gestante y el otro padre. Se realizaron los trámites en el Registro Civil para que la niña tuviera su DNI y partida de nacimiento. La voluntad procreacional de la

mujer gestante y de los padres quedó plasmada en los consentimientos informados debidamente protocolizados, quedó claramente expresada la voluntad del matrimonio que siempre tuvo la intención de tener un hijo y de la mujer gestante que nunca tuvo la intención de ser madre.

La Tutoría Oficial solicitó se reencauzara la acción quedando promovida la demanda de impugnación de filiación contra la mujer gestante y promoviendo demanda de filiación contra el padre que no figuraba como tal en la partida de nacimiento. El 14/05/2018 se dictó sentencia favorable en primera instancia a la petición solicitada, a la que la Tutoría designada presentó su acuerdo y la Fiscalía apeló. La sala K luego de más de un año en espera, revocó el fallo. La sentencia no está firme. Las partes presentaron un *recurso extraordinario federal* unificado.

III. El orden público

La sentencia refiere a que el Ministerio Público Fiscal protege con base en el art. 120 de la CN y arts. 2º y 31 de la ley 27.148 la supuesta violación del art. 12 del Cód. Civ. y Com. Alude a que las partes a través de un contrato están determinando la filiación y el modo de entrega del niño de una

persona a quien no se estima como la madre, a los progenitores que serían los padres por el solo acuerdo de las partes, lo que no se puede avalar. Luego dice que los términos en que se encuentra redactado el art. 562 actualmente imponen concluir que la figura no está admitida, guardando ello coherencia con los términos que emergen del art. 17 del Cód. Civ. y Com. que prohíbe contratos gratuitos u onerosos sobre el propio cuerpo.

Tal como lo afirma la Jueza Silvia Patricia Bermejo, en su voto en disidencia, la gestación por sustitución no conculca el orden público, pues, de haber sido así, no se podría haber incorporado al ordenamiento un artículo como el art. 2634 que prevé que todo emplazamiento filial constituido de acuerdo con el derecho extranjero debe ser reconocido en la República de conformidad con los principios de orden público argentino, especialmente aquellos que imponen considerar prioritariamente el interés superior del niño. El segundo párrafo expresamente enuncia que los preceptos que regulan las normas sobre filiación por TRHA integran el orden público y deben ser ponderadas por la autoridad competente en ocasión de que se requiera su intervención, a los efectos del reconocimiento de estado o inscripción de personas nacidas a través de estas técni-

cas. Determina que la decisión a adoptar será la que redunde en beneficio del interés superior del niño o niña (arts. 558, 560 y ss., Cód. Civ. y Com.). La coherencia de un mismo sistema jurídico no puede admitir una auto contradicción o un doble standard de antijuridicidad.

Este argumento, no se había visto en fallos anteriores. Si aceptamos la subrogación uterina realizado en otro país conforme a la ley, no hay razón para desconocerlo en Argentina o prohibirlo.

En cuanto a que las partes firmaran un contrato, no es correcto. El consentimiento informado no es un contrato.

La parte mayoritaria de la jurisprudencia y doctrina se inclina por una postura intermedia que admita este tipo de acuerdos cuando no responden a fines lucrativos, se celebran en forma gratuita y encuentran su fundamento en el principio de solidaridad familiar o afectiva así, por ejemplo, cuando el embarazo es llevado a cabo por una hermana, prima o amiga de la madre que expresa su voluntad procreacional, como ocurre en la especie (2).

Conforme el art. 957 del Cód. Civ. y Com., no hay dos o más partes que manifiesten su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales. Este no es el caso, no hay relaciones jurídicas patrimoniales. Los contratos como especie de acto jurídico tienen como elemento esencial

{ NOTAS }

(1) “Defensor del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y otros c. GCBA y otros s/ amparo - otros” (expte. 1861/2017), AR/JUR/56141/2017.

(2) “Maternidad Subrogada. Exégesis del derecho vigente y aportes para una futura regulación”, LA LEY, 2011-C, 1204. “C. F. A. y otro c. R. S. M. L. impugnación de maternidad”

(KEMELMAJER de CARLUCCI, A., “Informe sobre procreación”; GROSMAN, C., “De la filiación”, p. 328; HERREIRA, Marisa, “Filiación Adopción”, p. 187).

un objeto que consiste “en una prestación prometida por las partes, la cosa o el hecho sobre los que recae la obligación contraída”. El art. 953 del Cód. Civil establece qué prestaciones pueden ser objeto de los contratos: “el objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio, o por un motivo especial no se hubiese prohibido que sean objeto de algún acto jurídico, o hechos imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes, que se opongan a la libertad de las acciones o de la conciencia, o que perjudiquen los derechos de un tercero”. Por su parte el art. 1169, establece que la prestación objeto de un contrato debe ser susceptible de apreciación pecuniaria.

Ni la mujer gestante ni los padres de la niña “H” en ningún momento negociaron ni transaron sobre su derecho respecto del futuro niño por nacer. Tampoco su vientre fue objeto de un contrato comercial según el art. 953 del Cód. Civ. y Com.

Si bien la gestación por sustitución (técnica de reproducción humana asistida —de alta complejidad— heteróloga) en el Código Civil y Comercial no se encuentra expresamente mencionada, tampoco está prohibida, por lo que aplicando los principios de privacidad —que incluye el derecho a la intimidad— y el de legalidad que emanan del art. 19 de la CN, se colige su reconocimiento implícito (art. 33, CN). No se vulnera el orden público argentino (3).

IV. La interpretación del art. 562 del Cód. Civ. y Com. referente a que *mater semper certa est*

La sentencia entiende que la “voluntad procreacional” es el origen de la filiación por TRHA el cual se encontraría, consecuente e inexorablemente, unido al parto de quien da a luz descartando la gestación por sustitución.

Es cierto que, en lo referido a la maternidad, en el art. 565 del Cód. Civ. y Com. de la Nación la determinación de la maternidad se fundamenta en los adagios romanos *partus sequitur ventrem* (“el parto sigue al vientre”) y *mater semper certa est* (“la madre siempre es cierta”), que importan suponer que el hecho objetivo del parto probado presume maternidad. Pero también es cierto que el art. 588 del Cód. Civ. y Com. permite que el elemento objetivo de emplazamiento ya mencionado pueda ser impugnado en virtud de no ser la mujer la madre del hijo que pasa por suyo y para ello debía acreditarse el nexo biológico. En autos, quedó acreditado que no existía nexo biológico entre la niña “H” y la mujer gestante, con lo cual se determina así que la impugnación de filiación debidamente probada la desplaza en su carácter de progenitora de “H”.

Con el advenimiento de las técnicas de reproducción humana asistida, gestante y madre dejaron de ser términos sinónimos. Una madre es una gestante, pero una gestante puede no ser una madre. El término madre implica una decisión adoptada en el marco de la constitución subjetiva de una mujer, o de una persona autopercebida en su identidad de género como un hombre que mantiene los órganos de reproducción femeninos. Este supuesto es posible en la República Argentina en virtud de lo dispuesto por la ley 26.743 que garantiza el derecho a la identidad de género. La maternidad se basa en la elección de un plan de vida dentro del ámbito de la libertad de intimidad, el derecho a procrear y el derecho a conformar una familia.

Esa realidad social está receptada en el Código Civil y Comercial. En particular el art. 562 del Cód. Civ. y Com. prevé que “Los nacidos por técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o mujer que también ha prestado su consentimiento previo,

informado y libre en los términos de los arts. 560 y 561 debidamente inscripto en el Registro Civil de las Personas con independencia de quien haya aportados los gametos”.

La voluntad procreacional, expresada a través del consentimiento libre, previo e informado como el deseo o intención de tener un hijo, es el eje articulador del régimen filial derivado de las técnicas de reproducción humana asistida que sí han sido reguladas, y allí se permite sustituir los demás elementos biológicos y/o genéticos (arts. 560, 561, 566, 588, última parte y 591, última parte). Este régimen filial, además, en el esquema del nuevo ordenamiento civil, resulta consistente con el reconocimiento de iguales derechos reproductivos a parejas de este y de distinto sexo, y a las personas sin pareja. Por ello, y ante la necesidad de establecer la identidad filial del niño nacido por esa vía el temperamento que mejor satisface su interés superior y los derechos en juego es la inscripción registral como hijo de ambos demandantes (4).

En definitiva, no es la procreación asistida lo que se considera como una de las fuentes de filiación sino la voluntad procreacional; y esta puede hacerse valer como fuente de filiación en el supuesto de las personas nacidas mediante una de las varias técnicas sobre procreación asistida (5).

Según el glosario de la Organización Mundial de la Salud la gestación por subrogación se encuentra incluida dentro de las técnicas de reproducción asistida (TRHA). En efecto, el glosario menciona expresamente comprendidos en tales técnicas “todos los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo, lo cual incluye, pero no está limitado solo a la fecundación *in vitro* y a la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos, la transferencia intratubárica de cigotos, la transferencia intratubárica de embriones, la criopreservación de ovocitos y embriones, la donación de ovocitos y embriones, y el “útero subrogado” (6).

La ley nacional 26.862 que garantiza el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida, en su art. 2º dispone que “se entiende por reproducción médicamente asistida a 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. Podrán incluirse nuevos procedimientos y técnicas desarrollados mediante avances técnico-científicos, cuando sean autorizados por la autoridad de aplicación”, determinando la extensión de los beneficiarios en el art. 7º, el que reza: “Tiene derecho a acceder a los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida, toda persona mayor de edad que, de plena conformidad con lo previsto en la ley 26.529, de Derechos del Paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud, haya explicitado su consentimiento informado. El consentimiento es revocable hasta antes de producirse la implantación del embrión en la mujer”. Esto es, en el marco de la autonomía de la voluntad (arts. 1º y 2, ley 26.529). De ello se deduce, que abarca “el supuesto de un hombre solo o pareja casada o conviviente —de distinto o igual sexo— que recurre a una gestación por sustitución para tener un hijo” (7).

Además, como consecuencia del jurídico las TRHA (art. 558, Cód. Civ. y Com.), entre las que lógicamente se halla la gestación por sustitución, y así se depende, además, de lo dispuesto por el art. 562 del referido cuerpo legal, armonizado ello en función de las reglas de reconocimiento

constitucionales y convencionales (arts. 1º y 2º, Cód. Civ. y Com.).

El Dr. Ricardo Lorenzetti en total consonancia con principios constitucionales e internacionales valoriza el derecho a toda persona a formar una familia, gracias al avance científico, sin importar su condición sexual, habilitando a acceder a la maternidad/paternidad importando solo la voluntad procreacional, sean parejas del mismo sexo o no, y personas solas y con independencia de quien aportara los gametos. Siendo así el elemento volitivo y no el genético o biológico el que cuenta. Habla así de una identidad volitiva de su vínculo filial (8).

Como lo indica la Dra. Patricia Bermejo en su voto, de interpretar que el art. 562 del Cód. Civ. y Com. integra el orden público no se podría admitir que la gestación por sustitución realizada en el extranjero se anote en nuestro país, acorde señalaba el artículo antes mencionado (arts. 558, 560 y ss., Cód. Civ. y Com.). No podría la ley prever el reconocimiento en el país de un derecho que resulte contrario a nuestro ordenamiento. Detenerse solo en el parto para definir a uno de los progenitores es recortar al proceso que llevó a que la intención de dos o tres personas, según pueda acontecer, haya culminado en el nacimiento de un ser humano. Definir que solo por gestar es madre es limitar el concepto de la palabra y de los alcances que la misma realidad social y la propia ciencia brinda a ese término. Convenir que solo el vientre es lo que convierte en progenitora a una persona conlleva que se le otorgue ese título a quien pueda no desearlo ni tener vínculo genético con la persona nacida, quien no desee ejercer su rol paternal, desplazando a quien sí lo persigue y que solo podría concretar esa voluntad con intervención de la ciencia, pues su propia naturaleza se lo impide. Esta realidad es lo que impone flexibilizar la mirada, en pos del respeto a los derechos humanos de los adultos y de los niños nacidos por esta técnica. Que es madre quien da a luz un hijo es desconocer la verdad, pues si no hubiera habido un aporte genético de una tercera persona, de gametos masculinos y femeninos, esa gestación no se hubiera originado y esa persona no hubiera nacido. También cabría preguntarse si un hecho de la naturaleza, como es el nacimiento de una persona, puede ser definido jurídicamente por una afirmación de la ley para darle una connotación jurídica que la propia persona gestante no tuvo la intención.

V. Pedido o no de inconstitucionalidad

En fallos anteriores el pedido o no de la inconstitucionalidad del art. 562 del Cód. Civ. y Com. fue un tema de discusión, requerido por la Sala E, no requerido por la sala H ni la sala I. Aquí se refirió ampliamente a este pedido la Dra. Bermejo.

El propio Procurador de la Corte Suprema ha expresado que la declaración de inconstitucionalidad resulta innecesaria para la resolución del conflicto. Una mirada sistemática sobre nuestro ordenamiento jurídico revela que, si bien la gestación por subrogación no ha sido regulada aún por el legislador nacional, tampoco ha sido prohibida (Dictamen CIV 14153/2017/CSI. “S. T., V. s/ inscripción de nacimiento”).

VI. La eliminación de la gestación por sustitución por la Comisión Redactora del Código Civil y Comercial de la Nación

La sentencia refiere a que no escapa al razonamiento del Tribunal la consideración de la exclusión de la gestación por sustitución de la Comisión Redactora del Código Civil y Comercial de la Nación contemplaba un artículo que expresamente regulaba la gestación por sustitución, disposición que fuera eliminada del texto definitivo al analizarse por la Cáma-

ra de Senadores el 28 de noviembre de 2013. De manera que, en función de lo expuesto, la intención del legislador fue clara, al excluir la gestación por sustitución del proyecto de reforma.

Lo cierto es que en el ordenamiento jurídico argentino la gestación por sustitución es una práctica no prohibida por la ley pero que hasta el momento carece de una reglamentación específica. Leemos: “En efecto, la historia legislativa del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación confirma, simplemente, que las reglas de los arts. 560 a 564 fueron pensadas para la filiación por técnicas de reproducción asistida, pero sin excluir la gestación por subrogación, y que, en cambio, para esta última precisamente porque se trata de una práctica de especiales características que requiere reglas diferenciales: Una regulación específica había sido proyectada que fue luego suprimida del texto definitivo. No obstante, la decisión de la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación de diferir el tratamiento de esta figura para un momento posterior evidencia un criterio de oportunidad legislativa, que tampoco puede interpretarse como expresión de la voluntad de prohibirla sino más bien de admitirla e incluirla, asumiendo la postura que tomó de la abstención en el derecho positivo, porque de otra manera no se explica el porqué de la necesidad de un debate más profundo de carácter interdisciplinario” como afirmó la sala I en el voto del Dr. Rodríguez a fs. 39 en la sentencia referida de la sala I *ut supra* (9) y del Procurador de la Corte Suprema leemos no obstante, la decisión de la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación de diferir el tratamiento de esta figura para un momento posterior evidencia un criterio de oportunidad legislativa, que tampoco puede interpretarse como expresión de la voluntad de prohibirla (10).

VII. Interpretación del art. 19 de la CN

Entiende la sentencia que no existe vacío legislativo que justifique resolver el caso en función de lo normado por el art. 19 de la CN.

Por su parte el voto minoritario de la Dra. Bermejo indica lo contrario que el art. 19 de la Carta Magna, que prevé que nadie puede ser obligado a hacer lo que la ley no obliga. Así, al no estar prohibido, su falta de regulación no coarta su práctica, justamente para asegurar la libertad que destaca su mismo preámbulo. Nuestra ley fundamental federal es un constitucionalismo de derechos, limitante del poder político en beneficio de los derechos individuales. Tampoco aquí se ponen de acuerdo los magistrados de la misma sala.

La interpretación de la legislación interna no puede contradecir los argumentos del marco normativo internacional en materia de derechos humanos y los pronunciamientos de los organismos de contralor de él —los cuales no pueden dejar de ser respetados por los Estados de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos—. Esto es, el reconocimiento y la consolidación del respeto de la autonomía personal, del derecho a la salud reproductiva, de la aceptación del proyecto de vida familiar, como el reconocimiento expreso e irrefutable de formar una familia relacionado con el derecho a la maternidad y la abolición de cualquier acto o decisión que menoscabe o discrimine a personas que, por su condición de vulnerabilidad, ya sea por razón de su estado físico por cuestión de género o por circunstancias económicas encuentren limitados o cercenados sus derechos fundamentales conforme art. 19 de la CN, arts. 19, 33 y 75, incs. 22 y 23, Convención Americana de los Derechos Humanos (11).

{ NOTAS }

(3) KRASNOW, Adriana, “El título preliminar del C. Civ. y Com. y su incidencia en la filiación por TRHA. Un abordaje posible desde la visión del sistema”, RDF 76-99.

(4) Dictamen de Procurador en autos CIV 14153/2017/CSI “S. T., V. s/ inscripción de nacimiento”.

(5) Conf. BUERES, Alberto (dir.) - SAMBRIZZI, Eduar-

do, “Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias”, Ed. Hammurabi, t. 2, p. 418; LORENZETTI, Ricardo, “Cód. Civ. y Com. de la Nación, Comentado”, Rubinzal-Culzoni Edit., 2015, t. III, ps. 473 y ss.

(6) www.who.int/reproductivehealth/publications/fertility/.

(7) KRASNOW, Adriana N., “Tratado de Derecho de Familia”, Ed. La Ley, Bs. As., 2015, 1ª ed., t. III, p. 76.

(8) LORENZETTI, Ricardo, en su “Código Civil y Comercial Comentado”, t. III en su p. 503.

(9) CNCiv., sala I, “S. M., D. y otros c. A. S. S. s/ filiación”, Sentencia caso 55.012/2017, del 28/08/2020, AR/JUR/35471/2020.

(10) Dictamen del Procurador en CIV 14153/2017/CSI “S. T., V. s/ inscripción de nacimiento”.

(11) Caso “Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica” sentencia de fecha 28/11/2012, AR/JUR/68284/2012 y “Artavia Murillo II”, del 26 de febrero de 2016 s/ supervisión de cumplimiento de sentencia, AR/JUR/5231/2016.

En nuestro ordenamiento constitucional y convencional, la voluntad procreacional es un derecho fundamental y un derecho humano que se proyecta en toda clase de relación, sin que el Estado pueda realizar intervenciones que impliquen un obstáculo a su ejercicio (12).

VIII. Argumentación sobre el límite de la cantidad de vínculos filiales conforme art. 558 del Cód. Civ. y Com. de la Nación

La sentencia considera que no puede obviarse que el art. 558 del Cód. Civ. y Com. además, de establecer los tipos de filiación, aclara que ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales cualquiera sea la naturaleza de aquella. Es decir, pudiendo existir dos vínculos filiatorios el único modo de admitir la pretensión sería contrariar el orden público lo que no resulta admisible.

La realidad que aquí no hay tres vínculos filiales, sino dos, los dos padres. Como lo advierte la Dra. Bermejo en su voto, la disposición no es dirimente en este caso.

No resulta inútil destacar que ya hay triple filiación en el país [“L. F. F. c. S. C. O. s/ filiación” (13)]. No es el único caso, también tenemos un caso similar en Córdoba del Juzgado de Niñez, Adolescencia, Violencia Familiar y de Género N° 3 de Córdoba, declaró la inconstitucionalidad de los arts. 558 y 634, inc. d), y otorgó la adopción plena pluriparental. En efecto, se le reconoció a una niña su interés superior de tener una madre y dos padres (14). Esto demuestra que el interés superior del niño es el eje sobre el cual se debe decidir.

IX. Llevar a las partes a iniciar un nuevo proceso de adopción por el art. 630 del Cód. Civ. y Com. de la Nación

Refiere la sentencia que el ordenamiento legal da la solución puntual al caso contemplando en los arts. 630 y conchs. del Cód. Civ. y Com. un proceso con debida intervención y contralor judicial otorgante de vínculo filiatorio pleno, al cual podrá acceder quien así lo estime.

En la Declaración Universal de los Derechos Humanos, emitida en la Asamblea General de las Naciones Unidas del 10 de diciembre de 1948, su art. 16, párr. 1º, consigna: “Los hombres y mujeres, a partir de edad núbil, tienen derecho sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión a casarse y a fundar una familia”. En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 23) establece “se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia, si se tiene edad para ello”. El principio de reserva de ley es concordante con el principio de legalidad en materia de restricciones al goce y ejercicio de los derechos y libertades fundamentales. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, interpretando el art. 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, manifestó que la protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten no queden al arbitrio del poder público, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona. Entre ellas, exige que las limitaciones se establezcan por una ley formal. La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 18 de diciembre de 1979, y aprobada por la ley 23.179 por nuestro

país, establece en su art. 11, primera parte: Los Estados partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en las esferas del empleo a fin de asegurar en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres los mismos derechos, en particular el derecho reproducción. El art. 12, inc. 1º indica que se adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación referente a la planificación de la familia. La adopción integrativa, que quiere imponer en este caso el fiscal, no responde a esta realidad. No existe un matrimonio que adopta a la hija de su compañero. Estamos en presencia de un embrión que se creó con ovodonación con consentimientos libres previos e informados donde los padres decidieron así serlo. Por ello, mal puede una gestante renunciar su maternidad cuando nunca la tuvo.

El nuevo ordenamiento civil y comercial recepta el instituto de la adopción de integración como una modalidad distinta a la adopción plena y simple. La integración como calificativo del vínculo adoptivo deriva de una necesidad social que advierte la conveniencia y utilidad de consolidar un vínculo afectivo de envergadura desarrollado entre el pretense adoptante y el hijo de su cónyuge o conviviente en el marco de una familia. Se trata de una modalidad legal que reconoce la existencia de las denominadas *familias ensambladas* como un nuevo modelo familiar y que, por tal motivo, requiere de una regulación específica. Quien se integra a la familia formada por el adoptado y su progenitor biológico y adoptivo es el cónyuge o conviviente de este último que en los hechos ha estado comportándose como un verdadero padre o madre con respecto a los hijos, pero que no tuvo la intención de ser padre en la formación o donación del embrión que dio a luz a un niño. En tal lineamiento la Corte Suprema de la Nación tiene dicho enfáticamente que los jueces han de buscar la verdad material u objetiva; que deben lograr “lo justo en concreto”; y que la solución objetivamente justa de cada caso necesita computar las circunstancias de la causa.

Hacer justicia es una misión específica de los magistrados; no importa otra cosa que la recta determinación de lo justo en concreto y ello solo se puede lograr ejerciendo la virtud del vivo espíritu de justicia en la realización efectiva del derecho en las situaciones reales que se le presentan, lo que exige conjugar los principios enunciados en la ley con los elementos fácticos del caso, cuyo consciente desconocimiento no se compadece con la misión de administrar justicia (15).

La adopción de integración no está destinada a excluir, extinguir o restringir vínculos, sino a ampliarlos mediante la integración de una persona a un grupo familiar ya existente que un niño o adolescente conforma con su progenitor; es que el instituto no perjudica ni resta efectos jurídicos entre el adoptado y su progenitor de origen con quien convive. El rechazo del emplazamiento filial solicitado implica forzar a la mujer gestante a asumir la maternidad y la consiguiente responsabilidad parental, pese a que no hizo aporte genético alguno y a que carece de la voluntad de ser madre, vulnera su autonomía personal. Con ello, se haría prevalecer el hecho de la gestación por encima de la voluntad negativa de la mujer gestante, expresada de manera indubitable a lo largo del proceso judicial (16).

Cabe puntualizar que la atribución del vínculo materno-filial no resulta desplazada por la adop-

ción de integración. Aun en el caso de que “H” fuera adoptada por el padre que no aportó los gametos —a través de la figura de la adopción de integración y en forma plena—, no se extinguirían las responsabilidades parentales que le corresponden a la mujer gestante si se le atribuye la condición de madre. Por un lado, el art. 699 del Código de fondo que determina los supuestos de extinción de responsabilidad parental, en su inciso e., establece que la extinción (17).

Así se estaría forjando el derecho a la identidad de un niño, en su faz dinámica, lo que atenta contra la regla constitucional según la cual, en decisiones que pueden afectar al niño, debe darse precedencia a su interés superior de conformidad con el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, mencionada en el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nación, el que aquí involucra los “derechos del niño a la vida familiar” (art. 7.1, CDN), el derecho “a preservar su identidad” (art. 8.1, CDN), el derecho a ser “protegidos y asistidos especialmente por parte del Estado, cuando resulten temporal o permanentemente privados de su medio familiar” (art. 20.1, CDN). Por ello, la injerencia en la vida de las personas de la sentencia es diametralmente opuesta a la normativa internacional que pretende dar una identidad a un menor a través de una falacia, que es una adopción. Así se violenta el derecho a la identidad del niño nacido por estas prácticas y violenta los derechos humanos de la propia mujer gestante, y de los derechos de los padres de “H”.

Reiterando el voto minoritario de la Dra. Bermejo, en cuanto a la adopción, se trata de una persona con la cual no existe lazo genético ni biológico (conf. arts. 602, 603 y ss., Cód. Civ. y Com.), por lo que no es el caso y considerarlo sería como admitir readaptar lo que realmente ocurrió a una u otra norma, cuando ambas poseen alcances distintos, desvirtuando el derecho humano a formar una familia y a ejercer la voluntad procreacional. De tal manera, encuentro que la adopción no respeta al superior interés de “H”.

X. El Interés Superior del niño y la vulneración de derechos propios de cualquier ser humano

La pauta primordial de valoración que debió tenerse esencialmente en cuenta y no se hizo fue el interés superior del menor (art. 3º, Convención Internacional sobre Derechos del Niño [CDN], de jerarquía constitucional, conf. art. 75, inc. 22, CN), verdadero pilar, sobre el cual deben hacerse pivotar en este caso en concreto, con el alcance que más abajo se explica (18).

Se violenta el art. 7º de la CDN que resguarda el derecho de ser inscripto inmediatamente después de su nacimiento, derecho al nombre, a conocer a sus padres y a ser cuidado, por ellos, el art. 8º de la CDN respeto a la identidad y las relaciones familiares.

Se violenta el derecho del niño a la vida familiar está protegido por la CDN (art. 16); derecho que no se ha protegido. El término “familia” debe interpretarse en un sentido amplio que incluya a los padres biológicos, adoptivos o de acogida o, en su caso, a los miembros de la familia ampliada o la comunidad, según establezca la costumbre local, conforme art. 5º, CDN (19); que tampoco fue respetado.

También se viola de manera directa el derecho a formar una familia, el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y su

aplicación tal como lo dispone el art. 14.1.b del Protocolo de San Salvador, reconocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica”, del 28/11/2012.

Se pone en tela de juicio el art. 19 de la CN, en cuanto no reconoce los derechos de una niña, nacida el 17/10/2016 en la Ciudad de Buenos Aires, por la voluntad procreacional de sus padres, matrimonio igualitario, discriminando así a dos mujeres que sí pueden acceder a estas prácticas de útero portador en igualdad de condiciones, y no a dos hombres, vulnerando el art. 16 de la CN en cuanto a que rompe la igualdad y discrimina en relación con el sexo.

Como lo afirmara la Dra. Bermejo en su voto minoritario: si no existen razones de orden público que impidan reconocer la filiación en el caso de parejas conformadas por dos mujeres, cabe inferir que tampoco las hay cuando se trate de uniones de hombres. El interés superior del niño debe primar en cualquiera de los casos y, a la luz de ese principio, no hay motivos para distinguir sobre la base del género de los cónyuges (20).

La sentencia violenta la vida privada y familiar protegida en el art. 11 de la CADH, la integridad personal del art. 5.1 de la CADH, la libertad personal art. 7.1, CADH, la igualdad y a no ser discriminado art. 24, CADH, en cuanto al derecho de conformar una familia, la que juega un papel central conforme el art. 17 de la CADH.

También violenta la Convención CEDAW, art. 2º, en cuanto se violenta los derechos de M. A. G. obligándola a ser madre cuando no quiere serlo ni lo es; así la discrimina en cuanto a su condición de mujer y la violenta psicológicamente a ser quien no ha querido nunca ser.

XI. Una reflexión final

La Corte Suprema estará en poco con el quinto caso de gestación por sustitución en cartera. Seguramente un pedido al Poder Legislativo a que evalúen una ley sobre gestación por sustitución.

Entre tanto los nacimientos de gestación solidaria en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se registran administrativamente, dentro del marco de las disp. 93/2017 (DGRC), 103/2017 (DGRC) y 122/2020 (DGRC) del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas.

Un proyecto de ley viene de ser presentado el 26/10/2020 en la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires por el legislador Ariel Álvarez Palma. El proyecto prevé, además, de los nacimientos en ciudad, la inscripción de menores nacidos fuera del ámbito de la Ciudad para su registro en Ciudad y nacimientos fuera de los centros de salud sin intervención médica.

Esto permite que muchas familias no deban recurrir a otros países para tener hijos por estas prácticas. No es justo, que solo aquellos que puedan pagar estas prácticas en el extranjero puedan tener hijos por esta modalidad, discriminando a quienes no tienen los recursos para ir a los EE.UU., Canadá, Ucrania o Georgia. Debe haber políticas inclusivas no exclusivas.

Cita on line: AR/DOC/3840/2020

{ NOTAS }

(12) BLADILLO, Agustina - GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “La realidad interpela, ¿el derecho responde? Gestación por sustitución: desde dónde partir para regular”, en *Gestación por sustitución, voluntad procreacional y heterobiología*, RDF 2015-V-133.

(13) Caso 659/17. Juzgado Civil en Familia y Sucesiones Única denominación Sentencia II, Monteros, Tucumán 07 de

febrero de 2020.

(14) <https://www.diariodecuyo.com.ar/argentina/Una-familia-multiple-dos-papas-y-una-mama-20200511-0103.html>.

(15) CS, 10/11/1992, “La Editorial SA c. Estado Nacional s/ daños y perjuicios”, disidencia del Dr. Carlos S. Fayt, Fallos 315:2625.

(16) Dictamen del Procurador General de la Nación 27/08/2020, CIV 14153/2017 CS1 “S. T. V. s/ inscripción de

nacimiento”, p. 15.

(17) Confirmado del Dictamen del Procurador General de la Nación 27/08/2020, CIV 14153/2017 CS1 “S. T. V. s/ inscripción de nacimiento”, p. 15.

(18) Confirmado, CNCiv., sala I, “S. M., D. y otros c. A. S. S. s/ filiación”, Sentencia caso 55.012/2017, del 28/08/2020, AR/JUR/35471/2020.

(19) Comité de los Derechos del Niño, “Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial”, 29 de mayo de 2013.

(20) C.Cont. Adm. y Trib. CABA, sala I, *in re* “Defensor del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y otros c. GCBA y otros s/ amparo - otros”, sent. del 04/08/2017; cita online: AR/JUR/56141/2017, voto del doctor Carlos Balbín.



El Consejo de la Magistratura de Río Negro

A PROPÓSITO DE SU NUEVO REGLAMENTO GENERAL

Adrián F. Ambroggio (*)

SUMARIO: I. Introducción.— II. La facultad reglamentaria del Consejo de la Magistratura.— III. Las principales modificaciones al Reglamento General del Consejo de la Magistratura.— IV. Breve conclusión.

I. Introducción

I.1. Características generales del Consejo de la Magistratura en Río Negro

La integración del Consejo de la Magistratura de la Provincia de Río Negro, se encuentra regulada en el art. 220 de la Constitución Provincial, a saber: “El Consejo de la Magistratura se integra con el presidente del Superior Tribunal de Justicia, el Procurador General o un presidente de cámara o tribunal del fuero o circunscripción judicial que corresponda al asunto en consideración según lo determina la ley; tres legisladores y tres representantes de los abogados de la circunscripción respectiva. Para elegir jueces especiales letrados, lo integra un presidente de Cámara Civil”.

Desde la exégesis normativa al citado precepto, podemos visualizar por un lado la utilización de una *versión mixta* (1) en cuanto a la composición del Consejo, con la presencia de tres estamentos —*políticos, jueces y abogados*— que pueden ser organizados en dos sectores (2): el político y el técnico-no político entre los cuales se reparten las ocho bancas en el Consejo de la Magistratura de la siguiente manera:

I. Sector político: Integrado por tres legisladores.

II. Sector no político o técnico: Integrado por tres representantes de los abogados y dos jueces (el presidente del Superior Tribunal de Justicia (STJ) y el juez del fuero)

Por otro lado, el diseño constitucional en torno al órgano de designación y remoción de los jueces inferiores en Río Negro ha establecido un singular modo de integración del Consejo que varía según tres criterios rectores:

(i) *Ubicación institucional del cargo vacante o sometido a proceso disciplinario:* El

primer parámetro a considerar es la pertenencia institucional del cargo sometido a concurso o a proceso disciplinario. En efecto, si el cargo se encuentra dentro del Ministerio Público, el estamento judicial estará integrado por el Presidente del Superior Tribunal de Justicia y el Procurador General. En el caso contrario, es decir, que el cargo pertenezca a la estructura orgánica del Poder Judicial, el estamento judicial será ocupado por el Presidente del Superior Tribunal y por un Presidente de Cámara o Tribunal del fuero o de la circunscripción judicial en consideración.

(ii) *Fuero de competencia del cargo vacante o sometido a proceso disciplinario:* En caso de ser vacantes o procesos disciplinarios en el ámbito del Poder Judicial, la banca por los magistrados será ocupado por un Presidente de Cámara o Juez de Tribunal del fuero en el cual esté en consideración el cargo respectivo. Verbigracia, si la vacante corresponde a un Juez de Cámara, de Primera Instancia o Secretario de ambas instancias del fuero civil o de familia, dicho escaño lo ocupará el Presidente de la Cámara Civil y Comercial de Apelaciones (3).

(iii) *Ubicación territorial del cargo vacante o el proceso disciplinario respectivo:* Dependiendo de la localización geográfica de la sede del cargo en vacancia o del cargo del funcionario sometido a sumario o juicio, la integración del estamento judicial y del estamento de los abogados se modifica. Como expresáramos *supra*, el estamento judicial será ocupado por el juez perteneciente al fuero y/o circunscripción judicial en consideración. Empero, la mayor alteración en términos de la integración del Consejo se produce en el estamento de los abogados. Los tres representantes de los abogados, variarán dependiendo de la circunscripción judi-

cial en la cual esté en juego el cargo vacante (4).

I.2. *Funciones del Consejo de la Magistratura:*

I.2.a. De selección de los magistrados inferiores y funcionarios judiciales:

Dentro de las atribuciones que establece el art. 222 de la Constitución Provincial, se encuentra la facultad de “juzgar en instancia única y sin recurso” sobre los concursos de magistrados y funcionarios. Ello implica la independencia del Consejo de la Magistratura en el proceso de selección de magistrados, configurándose como atribución exclusiva y excluyente de este órgano constitucional.

De este modo, el Consejo de la Magistratura lleva adelante en su seno, de forma integral, el proceso de selección de los magistrados inferiores, atribuyéndose incluso a este órgano, el acto de designación de los candidatos electos, sin requerir conformidad ni acuerdo alguno de los Poderes Ejecutivo, Judicial o Legislativo.

Dichas facultades y autonomía que se asignan constitucionalmente al Consejo de la Magistratura rionegrino, resultan ser distintivas en el concierto de los órganos de selección y designación de jueces inferiores en el derecho comparado subnacional, puesto que en ninguno de los restantes veintitrés sistemas de selección de magistrados se ha establecido un órgano constitucional que ostente el poder de designar por sí solo y sin intervención institucional *ex ante* o *ex post* de alguno de los tres poderes estatales ni que proponga, avale y/o acuerde lo actuado en el seno de Consejo (5).

Los concursos públicos son convocados por el Presidente del Consejo y constan

básicamente de tres etapas claramente diferenciadas: *la etapa de antecedentes, la etapa de la evaluación y la etapa de la entrevista personal.*

Para superar las diversas fases del concurso, se requiere mínimamente la mitad de los puntos que asigna cada una de ellas y para entrar en la terna, cuaterna o quinteto final es necesario alcanzar los 70 puntos sobre un total de 100 puntos. Luego de finalizado el concurso, el Consejo pasa a deliberar. En la etapa de deliberación, podrá designar a cualquier candidato que se encuentre entre los tres, cuatro o cinco primeros postulantes, o bien declarar desierto el concurso (6).

I.2.b. *Funciones Disciplinarias:*

Por otra parte, el Consejo de la Magistratura ostenta entre sus competencias constitucionales (7), funciones disciplinarias sobre los jueces inferiores y funcionarios judiciales. Puede imponer la suspensión en el cargo o incluso la destitución, previa sustanciación del sumario y el juicio oral y público correspondiente.

Dicha atribución sancionatoria es una facultad concurrente con el Superior Tribunal de Justicia, que por imperio del art. 206, inc. 7 de la Constitución de Río Negro puede imponer a magistrados y funcionarios sanciones de prevención o apercibimiento. Empero, si el máximo tribunal provincial considera que la falta probada puede requerir una sanción mayor, debe remitir lo actuado al Consejo de la Magistratura para el inicio del procedimiento disciplinario previsto en el art. 222, incs. 2, 3 y 4 de la Constitución Provincial.

Conforme al texto del art. 45 de la ley 2434, las decisiones del Consejo de la Magistratura no son susceptibles de re-

DOCTRINA

El Consejo de la Magistratura de Río Negro. A propósito de su nuevo Reglamento General

Adrián F. Ambroggio 1

NOTA A FALLO

Los límites de los poderes de emergencia de las provincias. Análisis de un fallo de la justicia de Río Negro

Luis E. Pravato 5

JURISPRUDENCIA

DEUDA PÚBLICA. Pretensión de cancelarla mediante el otorgamiento de títulos públicos. Exis-

tencia de un acuerdo de pago homologado judicialmente. Principio de confianza legítima. Buena fe (CCiv., Com. y Minería, Viedma) 5

ACTUALIDAD

Actualidad en Derecho Penal

Alejandro J. E. Moldes y Matías O. Zanona 10

ÚLTIMA INSTANCIA 12

curso alguno y, en consecuencia, se encontrarían exentas del control judicial, lo que ha motivado algunas críticas relevantes de la doctrina.

Al respecto, Cardella, define al Consejo de la Magistratura como un mero “tribunal administrativo” (8) sujeto al posterior control judicial y conceptualiza a la norma del art. 45 de la ley 2434, como contraria al propio art. 22 de la Constitución Provincial que reconoce el derecho de defensa y contrapuesta a los nuevos cánones del sistema interamericano del control de convencionalidad.

Correlativamente a ello, el mencionado jurista rionegrino sostiene de *lege ferenda*, en posición que compartimos, la necesidad de un cambio en la legislación en la materia, debiéndose adecuar la normativa disciplinaria de jueces inferiores al paradigma convencional surgido a partir de la reforma constitucional de 1994 y la jerarquización de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en el art. 75, inc. 22 (9).

Asimismo, como analizaremos *infra*, también ha sido cuestionada la doble función que desempeñan los integrantes del Consejo al participar en la etapa de acusación —decidiendo sobre la procedencia del sumario y la elevación a juicio— y en la etapa de juzgamiento —integrando el tribunal de juicio, decidiendo la culpabilidad o no culpabilidad y aplicando la pena— lo que afecta la garantía de juez imparcial, criterio ratificada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) en recientes fallos relativos al enjuiciamiento de magistrados (10).

1.3. Autoridades del Consejo de la Magistratura:

La presidencia del Consejo de la Magistratura es ejercida por el Presidente del Superior Tribunal de Justicia, quien se encarga de la convocatoria al cuerpo y preside este, con doble voto en caso de empate (11).

El Consejo y el Presidente son asistidos para ambas funciones —de selección y disciplinarias— por un funcionario letrado con la denominación de secretario o secretaria del Consejo de la Magistratura, con rango de secretario de Cámara y es designado al efecto por el Consejo de la Magistratura de la Primera Circunscripción Judicial (12). Tal funcionario cuenta con la garantía de inamovilidad en el cargo y solo puede ser removido por el órgano que lo designó. Específicamente para la función de selección de magistrados, el Consejo es asistido por dos órganos internos destinados a efectuar el soporte técnico en las etapas de antecedentes y de evaluación.

En la primera etapa, el Consejo de la Magistratura cuenta con el apoyo de una

Comisión Evaluadora, renovada anualmente y compuesta por tres miembros, uno en representación de los abogados de las cuatro circunscripciones judiciales, uno en representación del Poder Legislativo y uno por el Poder Judicial o Ministerio Público según corresponda. En este último caso actuará un representante u otro según sea el cargo concursado (13).

A su vez, en la etapa de evaluación, se establece un Jurado Examinador de tres miembros titulares y tres suplentes, sorteado al efecto para cada concurso por la Secretaría del Consejo, sobre la lista de jurados que anualmente remiten los tres estamentos que componen el Consejo. Debe ser conformado por abogados, jueces o fiscales con diez años de ejercicio de la profesión como mínimo, o que ostente la categoría de profesor universitario titular o adjunto de derecho (14).

II. La facultad reglamentaria del Consejo de la Magistratura

El dictado de Reglamentos Generales es una competencia del presidente del Consejo de la Magistratura, con la necesaria y previa aprobación del Consejo en sus diversas integraciones en sesión especial convocada al efecto.

Al respecto, el art. 7º de la ley 2434, reza en su parte pertinente: “El Presidente del Consejo de la Magistratura es el jefe administrativo del mismo y quien, en razón de ese cargo, tiene las facultades y obligaciones emergentes de la representación que ejerce, entre ellas la de dictar Reglamentos Generales del Consejo de la Magistratura, ello previa aprobación de los mismos a cada una de las integraciones del Consejo de la Magistratura de cada circunscripción, quienes deberán expedirse en sesión especialmente convocada para ello”.

En el año 2008, quien fuera el presidente de Consejo de la Magistratura, Dr. Alberto Ballardini dictó la res. 12/2008 que sancionó el Reglamento General para el cuerpo, contando con la previa aprobación de las cuatro integraciones del Consejo. Dicha normativa, procedió a efectuar la reglamentación de nueve artículos de la ley 2434, fue utilizada por el órgano constitucional hasta el 27 de agosto de 2019, fecha en la cual se sancionó la res. 50/2019, que instituyó un nuevo Reglamento General del Consejo de la Magistratura.

A partir del año 2017, se inició un proceso de reforma al Reglamento, que incluyó una serie de reuniones de trabajo de una Comisión de Reforma, conformada *ad hoc* por un representante por los abogados de cada circunscripción, un representante por la Magistratura por cada circunscripción y los representantes por los legisladores, con la participación del presidente del Consejo de la Magistratura

ra y la coordinación de la Secretaría del Consejo.

Posteriormente, como la propia ley 2434 lo requiere, la Presidencia del Consejo dictó la res. 35/19 mediante la cual se convocó formalmente a las sesiones especiales del Consejo de la Magistratura en las cuatro circunscripciones, que aprobaron las modificaciones introducidas en el Reglamento durante el mes de agosto de 2019. Habiendo cumplimentado los requisitos legales pertinentes, el proceso finalizó con el dictado de la mencionada res. 50/19 del Consejo de la Magistratura y la instauración de un nuevo Reglamento General.

III. Las principales modificaciones al Reglamento General del Consejo de la Magistratura

El nuevo Reglamento General modificó la redacción de ciertos artículos que habían sido objeto de tratamiento reglamentario por la res. CM N° 12/2008 e introdujo la reglamentación de algunos artículos de la ley 2434 sobre los cuales la normativa derogada no versaba. Analizaremos los principales cambios e incorporaciones a continuación:

III.1. Sesiones virtuales:

Se añade en la reglamentación del art. 5º de la ley 2434, la posibilidad de sesionar de manera virtual, a propuesta de la Presidencia y con el consentimiento expreso o tácito —si no manifestaran oposición en el plazo de cinco días— de los consejeros. Por otra parte, los consejeros podrán solicitar su participación en las sesiones presenciales de forma virtual, cuando no pudieran asistir físicamente.

Si bien la normativa no lo especifica, estimamos que el cuerpo podrá analizar las razones alegadas por el consejero que solicita su participación virtual, aceptando o rechazando la solicitud. Quedan expresamente excluidas de la modalidad virtual las sesiones destinadas a la designación de magistrados y las sesiones de debate en el juicio oral y público en el marco de un proceso disciplinario.

Tal posibilidad de sesión no presencial permitirá agilizar la tramitación de los procesos disciplinarios y el tratamiento expedito de algunas etapas de este como, por ejemplo, cuestiones previas, recusaciones y excusaciones, planteos de nulidades procesales, designación de sumariantes e incluso la decisión de elevar a juicio oral o de archivar los expedientes disciplinarios.

Asimismo, la posibilidad de sesionar virtualmente evitará traslados de los integrantes y personal del Consejo que residen en la ciudad de Viedma hacia el resto de las ciudades cabecera —Bariloche, Cipolletti y General Roca—, con los consecuentes ahorros de dineros públicos en viáticos y una mejor utilización del tiempo de los mencionados funcionarios.

Consideramos atinada la decisión de excluir las sesiones de designación de magistrados y las audiencias de debate del juicio oral, debido a que son actos que requieren necesariamente la presencia *in situ* de los consejeros. No solo por el contacto personal con los candidatos en el marco de la entrevista personal y con los eventuales testigos o enjuiciados en los debates orales y públicos, sino también porque ambas instancias incluyen etapas de deliberación y de construcción de consensos, en las cuales es indispensable el diálogo y la interacción entre los consejeros.

III.2. Funcionarios y personal del Consejo de la Magistratura:

A la par del secretario del Consejo de la Magistratura, cuyo cargo es instituido por la propia ley 2434, el art. 7º del nuevo reglamento crea un nuevo cargo denominado secretario de Actuación Letrado, a designar por el Superior Tribunal de Justicia, con las siguientes funciones:

i) Deber de asistencia del secretario del Consejo, tanto en el área de selección como en el área disciplinaria.

ii) Participación en todos los sumarios en el marco del art. 222 de la Constitución Provincial.

El objetivo principal de la creación de esta figura es amplificar la pequeña estructura administrativa y técnica con la que cuenta el Consejo de la Magistratura. Aun contando actualmente con un personal calificado, la extensa lista de competencias y funciones atribuidas constitucionalmente al órgano, requieren una mayor dotación de recursos humanos.

De este modo, consideramos apropiada la asignación de funciones en materia de sumarios, puesto que, por imperio constitucional (15), los sumarios disciplinarios deben ser asumidos por los propios consejeros, los cuales no cuentan con ninguna dotación presupuestaria ni de personal. Por otra parte, en ocasiones dicha tarea sumarial es llevada adelante por los consejeros en representación de los abogados, los cuales desarrollan su función *ad honorem* y sin asesores.

III.3. Integración de la Comisión Evaluadora:

La composición de la Comisión Evaluadora, que hemos referido *supra*, cuenta dentro de su integración de un representante por los abogados. En consideración a la existencia de cuatro circunscripciones, el reglamento anterior postulaba un sistema rotativo entre las circunscripciones, comenzando por la Primera Circunscripción.

La dificultad práctica de reunir a los miembros de la Comisión Evaluadora,

(*) Abogado. Especialista en Derecho de Trabajo por la Universidad Nacional del Comahue, Especialista en Finanzas y Derecho Tributario por la Universidad de Belgrano. Profesor de Derecho Constitucional y Comunicación Jurídica Institucional en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional del Comahue y Docente Auxiliar Ayudante de “Derecho Político I” en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional del Comahue.

(1) ÁBALOS, María Gabriela, “El Consejo de la Magistratura y la Democratización de la Justicia”, Sup. Const- 2013 (junio), 3. LA LEY, 2013-D, 687. Cita Online: AR/DOC/2268/2013

(2) Esta categorización es utilizada por la Corte Suprema de Justicia en el fallo “Monner Sans” (Fallos 337:166)

(3) Según la Ley Orgánica del Poder Judicial de

Río Negro, Nro. 5190, se establecieron Cámaras en los fueros Penal, Laboral y Civil y Comercial, todas ellas cuentan con atribuciones administrativas de Superintendencia. Es dable aclarar, que estas últimas Cámaras también ejercen superintendencia sobre los Juzgados de Familia.

(4) En Río Negro, existen cuatro circunscripciones judiciales: la Primera, con cabecera en la ciudad de Viedma; la Segunda, con cabecera en General Roca; la Tercera, con cabecera en la ciudad de San Carlos de Bariloche y la Cuarta, con cabecera en la localidad de Cipolletti.

(5) Véase al respecto el trabajo de SANTIAGO, Alfonso (h), “El Consejo de la Magistratura en el derecho constitucional provincial argentino. Un análisis comparativo”, *Sup. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Bs. As.* 24/09/2013, 1, LA LEY, 2013-E, 931.

(6) El artículo 13 de la ley 2434, en su parte pertinente, dispone que los aspirantes son evaluados con un máximo de cien [100] puntos, según la siguiente asignación máxima: 1. Evaluación de Antecedentes, hasta veinte [20] puntos. 2. Examen de Oposición, hasta cuarenta [40] puntos. 3. Entrevista Personal, hasta cuarenta [40] puntos. Asimismo, se establece que “en la deliberación previa, si alguno de los miembros propusiere declarar desierto el concurso, en primer lugar, se votará dicha moción. Si la misma no prosperare se pasará a considerar y votar por mayoría absoluta seleccionando de entre los tres [3] mejores calificados a la persona que deba cubrir la vacante. Dicho número de aspirantes podrá incrementarse hasta llegar a cinco [5] cuando la diferencia entre las calificaciones sea mínima”.

(7) Artículo 222, de la Constitución Provincial.

(8) CARDELLA, Miguel Ángel, “El Consejo de la

Magistratura de Río Negro”, LLEP. Patagonia. Octubre 2017, 1. Cita Online: AR/DOC/737/2017.

(9) CARDELLA, Miguel Ángel, ob. cit.

(10) La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso “Fleitas” con fecha 17 de diciembre de 2019, dejó sin efecto la decisión del Consejo de la Magistratura de la provincia de Corrientes ante la violación de la garantía de juez imparcial. Este fallo es aplicable al caso tal como se desarrolla en sus considerandos, en especial el considerando 12, donde determina que uno de los jueces quebrantó su imparcialidad cuando había tomado conocimiento de los antecedentes del caso y luego participó del proceso como jurado.

(11) Cfr. Art. 6º, Ley Provincial 2434.

(12) Cfr. Art. 7º, inc. a, Ley Provincial 2434.

(13) Cfr. Art. 7º, inc. b.1, Ley Provincial 2434.

(14) Cfr. Art. 7º, inc. b.2, Ley Provincial 2434.

(15) Cfr. Art. 222.3, Constitución Provincial.

en particular a los representantes de los abogados, motivó el cambio en la reglamentación. En consecuencia, a partir de la nueva redacción del art. 7º de Reglamento, la Comisión Evaluadora podrá ser integrada *indistintamente* por un representante de los abogados, proveniente de cualquiera de las circunscripciones. Ello, tiene como objetivo, agilizar el funcionamiento de esta, al derogarse el rígido sistema de rotación entre circunscripciones.

III.4. Compensación económica al Jurado Examinador:

En materia del órgano destinado a la evaluación de las aptitudes técnicas de los candidatos, el nuevo reglamento introduce una compensación económica a quienes se desempeñen como jurados en los concursos. Hasta la sanción de la nueva normativa, los miembros del jurado examinador realizaban su labor *ad honorem*, percibiendo eventualmente solo los viáticos por los gastos ocasionados para el cumplimiento de su función.

La historia reciente del Consejo de la Magistratura nos ofrece algún tipo de respuesta a dicha reforma. En efecto, si bien los exámenes escritos eran diseñados por el jurado, aquellos eran desarrollados sin la presencia *in situ* de los jurados, siendo realizados bajo la supervisión del personal del Consejo de la Magistratura. Luego de entregados los exámenes, estos eran enviados a los jurados para su corrección. En algunos casos, la demora en enviar las correcciones atrasaba la prosecución de los concursos y la cobertura de vacantes.

Mediante una retribución que será fijada por el Superior Tribunal de Justicia, se procura generar un incentivo económico para quienes asuman el rol de jurados, lo que redundará en un mayor compromiso a la hora del cumplimiento de su cometido y podrá exigírseles una responsabilidad superior que quienes realizan la labor *ad honorem*.

Finalmente, se dispone que la tarea como jurado será equiparable a la actividad docente, a los efectos de no generar incompatibilidades entre quienes ostenten cargos públicos en el Estado nacional o provincial, en el marco de las Leyes de Ética Pública. No obstante, debido al acotado ámbito de aplicación territorial y material de la presente resolución, a los efectos de determinar si la tarea desempeñada como jurado es incompatible con una determinada función pública, deberá estarse a la normativa que regule el régimen de incompatibilidades en el resto de los poderes del Estado rionegrino y, asimismo, la regulación específica en otras provincias y en el Estado nacional.

III.5. Publicación de la convocatoria a cubrir vacantes:

La ley 2434, regula en su art. 10, inc. c) que la Presidencia del Consejo de la Magistratura "Ordenará la correspondiente publicación del concurso en el Boletín Oficial por tres [3] días y en los medios gráficos y electrónicos que permitan su mayor difusión". Del texto legal se derivaba la obligación del Consejo de la Magistratura de efectuar publicaciones en los periódicos de la región para la difusión

de los concursos tendientes a cubrir las vacantes en el Poder Judicial. Consecuentemente, el Poder Judicial debía afrontar la erogación de recursos públicos para abonar los costos de tales publicaciones.

La nueva reglamentación dispone que la publicidad de los actos establecidos por la ley se tendrá por cumplida con la sola publicación en el Boletín Oficial. Si bien la ley 2434 establece la publicidad por "medios gráficos y electrónicos" el Consejo de la Magistratura tomo nota de la reciente sanción de la ley 5273, que determina que todo el sector público provincial deberá efectuar las publicaciones en el Boletín Oficial de la Provincia, eliminando la necesidad de que los actos de publicidad de gobierno sean necesariamente publicados a través de medios gráficos. Asimismo, tal norma prescribe que los tres Poderes del Estado provincial deberán adaptar sus reglamentaciones a tal normativa (16).

III.6. Lugar de las inscripciones:

Anteriormente, el reglamento derogado disponía que las inscripciones a los concursos debieran ser efectuadas, bajo apercibimiento de tenerlas por no presentadas, en la sede del Consejo de la Magistratura en la ciudad de Viedma. Ello ocasionaba que los postulantes para vacantes en el resto de las circunscripciones debieran optar por viajar hacia Viedma para entregar la documentación respectiva en la sede del organismo o enviar la documentación por correo, con los riesgos y gastos inherentes a ambas opciones por el solo hecho de residir fuera de la ciudad capital. Asimismo, en el caso del envío por correo de la documentación, no bastaba que la correspondencia hubiera sido despachada antes del vencimiento del plazo de inscripción, sino que necesariamente la misiva debía llegar a la sede del Consejo antes del término legal, bajo pena de tenerla por no presentada.

De forma sensata, la nueva reglamentación en su art. 11 establece que las presentaciones pueden ser efectuadas en las gerencias administrativas de las ciudades de General Roca, Cipolletti y San Carlos de Bariloche, lo que simplifica el trámite de inscripción para los residentes en la segunda, tercera y cuarta circunscripción judicial.

III.7. Examen psicofísico:

La ley 2434 prescribe la realización obligatoria de un examen psicofísico para los postulantes de los concursos realizados en el Consejo de la Magistratura. Así, el art. 12 de la ley expresa que los exámenes serán realizados por una "junta médica designada por el Poder Judicial, que debe estar integrada al menos por un Médico Clínico, por un Psicólogo con probada experiencia clínica y un Médico Psiquiatra, que debe emitir los dictámenes de aptitud para el cargo previo a la realización del examen de oposición. Previo a encomendar la elaboración de dichos exámenes, la presidencia definirá las características del cargo a ocupar y lo transmitirá a la Junta Médica para el diseño de las pruebas médicas, psicológicas y psicotécnicas para evaluar a los postulantes". Por otra parte, se otorga confidencialidad a los resultados del examen.

El Reglamento aprobado por resolución CM 50/19, altera la ubicación del examen psicofísico en el marco de las etapas del procedimiento de concurso. De este modo, el examen psicofísico que anteriormente se situaba como la primera instancia del concurso, ahora se traslada a una tercera etapa. Primero se procederá a la evaluación de antecedentes, posteriormente se realizará el examen de oposición y luego de finiquitadas tales instancias, en forma previa a la etapa de entrevista, se deberá realizar el examen psicofísico a los aspirantes.

El cambio propuesto por la nueva reglamentación se origina en factores económicos y logísticos. En efecto, al efectuarse el examen físico con posterioridad a las etapas de antecedentes y oposición, ello implicara descartar a todos aquellos postulantes que no hayan aprobado las etapas referidas por no alcanzar el requisito legal de haber alcanzado el 50% de los puntos previstos para cada una de ellas (17).

Esta circunstancia provoca que la cantidad de postulantes que se van a someter al examen psicofísico sea notablemente menor, lo que ocasiona una disminución de los costos por la realización de los exámenes y aligera la tarea logística por parte del personal interno del Consejo de la Magistratura.

III.8. Etapa de examen de oposición:

Una de las innovaciones más relevantes del nuevo reglamento, se relaciona con la posibilidad por parte de los postulantes de utilizar el material bibliográfico que consideren pertinente para el cargo que se postulan. La reglamentación permite que los candidatos puedan acudir al examen con los libros de doctrina, legislación y/o jurisprudencia que estimen necesario para un mejor desempeño en el examen.

La legislación rionegrina se asimila de esta manera al proceso de selección que transcurre en el Consejo de la Magistratura de la Nación, en el cual se permite asistir al examen de oposición con el material bibliográfico necesario (18).

La incorporación de esta flamante reglamentación es acertada y permitirá una mejor evaluación de los postulantes, abandonando aquellas "prácticas frecuentes en las universidades, que conducen a evaluaciones en las que se pondera, ante todo, la memoria del aspirante, antes que el conjunto de virtudes que pueden esperarse en quien pueda desempeñarse como magistrado de modo fecundo" (19). Pues de lo que se trata, en definitiva, es de "reproducir las condiciones de trabajo corrientes por parte de quien redacta en la vida real una sentencia, resolución o providencia" (20).

Ciertamente, si pretendemos sistemas de selección con jueces idóneos y capacitados para el cargo, debemos procurar que la evaluación se desarrolle con las herramientas técnicas necesarias para que la prueba del desempeño sea integral y no se reduzca, en ocasiones, a comprobar quien tiene mayores habilidades memorísticas (21). Evitar ese camino, permitirá que los candidatos focalicen sus esfuer-

zos en desarrollar exámenes coherentes en términos lógicos, fundados en una adecuada selección de fuentes del derecho, con un correcto uso del lenguaje y con el pertinente manejo de técnicas argumentativas para el caso evaluado.

III.9. Puntajes en la evaluación de antecedentes:

Con respecto a la etapa de evaluación de antecedentes, el Consejo de la Magistratura instituye en su nuevo reglamento, que los aspirantes que cumplan con los requisitos constitucionales y/o legales para el cargo vacante, automáticamente obtienen los 10 puntos mínimos necesarios para pasar a la etapa de oposición.

La reglamentación convierte en norma, una práctica que se efectuaba en el seno del Consejo en los últimos años, consistente en resolver favorablemente las impugnaciones que realizaban los concursantes que no alcanzaban los 10 puntos necesarios, considerando que el Reglamento no podía requerir mayores requisitos de antecedentes que la propia ley y la Constitución solicitaban.

Particularmente, el problema se suscitaba en los cargos iniciales de la carrera judicial, en los cuales quienes se postulaban a secretario de primera instancia o de cámara, defensores o fiscales adjuntos, debido generalmente a su corta trayectoria profesional no podían alcanzar el puntaje mínimo de antecedentes.

Ello era un verdadero contrasentido con la propia Ley Orgánica del Poder Judicial, que requería una antigüedad en el título de dos años para el cargo de secretario de Cámara y de solo un año para el cargo de secretario de Primera Instancia. Ambos lapsos temporales muy breves para acumular antecedentes profesionales y/o académicos que les permitieran alcanzar los referidos diez puntos mínimos.

La modificación de los puntajes mencionados genera un nuevo equilibrio entre los antecedentes profesionales y los antecedentes académicos, en detrimento de estos últimos, otorgándose catorce puntos a los antecedentes profesionales y seis puntos a los antecedentes académicos, cuando en el reglamento anterior se asignaban doce puntos y ocho puntos respectivamente.

Por otra parte, en cuanto a los antecedentes académicos, consideramos que se encuentran notablemente subvaluados en el nuevo esquema, asignándose solo un punto por publicaciones científicas y un punto por el ejercicio de la docencia universitaria y un máximo de cuatro puntos por la realización de doctorados, maestrías y/o especializaciones. Ello implica, en definitiva, una clara señal dirigida a fortalecer un modelo de juez "profesionalista" (22) anclado en la experiencia práctica por sobre los conocimientos teóricos.

Si bien de esta opción del legislador no deriva necesariamente en una deficiencia intrínseca del sistema, estimamos que debiera de *lege ferenda*, debido a la complejidad de los casos que debe afrontar un magistrado (23), procurarse un mayor equilibrio entre los antecedentes profesionales y académicos.

(16) El artículo 5º de la ley 5273 establece: Reglamentación. Los tres Poderes del Estado deberán dictar en el ámbito de su competencia, las normas reglamentarias necesarias para la implementación de la modalidad de publicidad en sus sitios *web*, debiendo garantizar el fácil acceso y disponibilidad de edictos y demás información.

(17) Es decir, quienes no hayan alcanzado los 10 puntos de antecedentes sobre un total de 20 puntos asignados a esa etapa y/o quienes no hayan obtenido

20 puntos en la etapa del examen de oposición sobre un total de 40 puntos.

(18) El artículo 32 del Reglamento para Concursos del Consejo de la Magistratura, en su parte pertinente prescribe: "Podrán utilizar únicamente los textos legales y la bibliografía y jurisprudencia mínima de consulta, que lleven consigo, siempre que se trate de una cantidad razonable, lo que queda a absoluto criterio del Consejero a cargo de ese acto, siendo su deci-

sión inapelable".

(19) IRIBARNE, Héctor P., "Los procesos de selección de magistrados y funcionarios judiciales", LA LEY, 2006-D, 1293. Cita Online: AR/DOC/2401/2006.

(20) IRIBARNE, Héctor P., ob. cit.

(21) La oposición en el sistema de carrera judicial español, ha sido criticada de igual manera por ser excesivamente "memorística". Véase al respecto: GON-

ZALEZ-PEREZ, Jesús, "La selección de los jueces", Thomson-Civitas, Madrid, 2008, NIETO, Alejandro, "El desgobierno judicial", 2ª ed., Ed. Trotta, Madrid, 2005, entre otros.

(22) BUTELER, Alfonso, "Concurso Público", Astrea, Buenos Aires, 2017.

(23) Los problemas de los criterios en torno a la formación de un juez no son originales del Derecho argentino. Verbigracia, en España, se discute razona-

III.10. Investigación preliminar y sumario de prevención:

Antes de ingresar con el análisis de las reformas introducidas por el Reglamento aprobado por res. 50/19, es menester precisar que la técnica legislativa utilizada para la redacción de la ley 2434 resulta en ocasiones confusa y no discierne correctamente en su articulado la función de selección y la función disciplinaria.

Verbigracia, en el capítulo VI titulado “De los concursos” localizamos el art. 16 que reza: “El Consejo de la Magistratura tiene a su cargo el enjuiciamiento de magistrados y funcionarios judiciales, en tanto y en cuanto la parte investigada pudiese requerir sanciones que excedan el límite normado en el inc. 7º del art. 200 de la Constitución Provincial, que establece facultades del Superior Tribunal de Justicia en la materia”. Se observa sin obstáculos que la norma mencionada, nada tiene que ver con los procesos de selección de magistrados.

No obstante, además de una cuestión de técnica legislativa, la normativa referente a los procesos disciplinarios sufre de una marcada opacidad, que obsta a la regularidad y justicia que deben primar los procedimientos tendientes a juzgar la actuación de un magistrado, los cuales pueden llevar incluso a la destitución del cargo.

La ley 2434 no discierne correctamente las etapas de la “investigación preliminar” y del “sumario”, puesto que no solo confunde ambos institutos, sino que otorga un valor superlativo a la primera y coloca al sumario en un plano subsidiario a aquella. Ello es una verdadera anomalía del sistema, debido a que la investigación preliminar carece de rango constitucional y el sumario se encuentra prescrito en el art. 222, inc. 3 de la Constitución Provincial (24).

Así, el art. 31 de la ley en el acápite “De la Investigación” prescribe que: “Si la denuncia fuera prima-facie admisible, el Presidente del Consejo de la Magistratura procederá a disponer una investigación de los hechos denunciados y elaborar un sumario de prevención mediante el procedimiento establecido en el reglamento judicial (reglamentario de la Ley Orgánica del Poder Judicial). A tales efectos tendrá amplias atribuciones de instrucción y podrá delegar la misma en el Auditor Judicial General, así como utilizar el personal, infraestructura y elementos del Poder Judicial”.

En tal sentido, el legislador coloca en cabeza del Presidente del Consejo la atribución de elaborar un “sumario de prevención”, lo cual es técnicamente incorrecto, puesto que la atribución de elaborar el sumario es del Consejo en pleno, quien debe

designar a uno de sus miembros para llevarlo a cabo, según el citado art. 222 de la Constitución Provincial.

La errónea interpretación se confirma en el art. 32 de la ley titulado “Análisis del Sumario”, que en su primera parte expresa que “Finalizada la investigación de los hechos, e incoado el sumario de prevención pertinente, el presidente del Consejo de la Magistratura convocará al Consejo a una reunión, con remisión de copia de todo lo actuado”.

Luego de ello, se enumeran las tres posibilidades que tiene el Consejo ante el análisis del sumario: (i) absolver; (ii) si las conductas encuadran en sanciones previstas en el art. 206 de la Constitución Provincial, elevar las actuaciones al Superior Tribunal de Justicia; y (iii) en el caso de que las conductas sean las previstas en el art. 199 de la Constitución Provincial y las sanciones las previstas en el art. 17 de la ley 2434, elevar las actuaciones a la Procuración General para que efectúe la requisitoria pertinente para el juicio oral y público ante el Consejo.

De igual forma, como expresáramos, se atribuye un papel subsidiario al sumario del art. 222, inc. 3, al prescribirse en el párrafo *in fine* del art. 32 de la ley 2434 que “si el Consejo lo estimara necesario, podrá —previo a la formulación de la requisitoria— ordenar la ampliación de la investigación y del sumario realizado por el presidente”.

No obstante, es menester aclarar que el Consejo ha procurado con criterio, por lo menos en los últimos periodos, adecuar el procedimiento a lo establecido por la Constitución Provincial y proceder a la instrucción del sumario por alguno de sus miembros. A pesar de esta correcta práctica, es prudente afirmar que el texto legislativo debe ser reformado y adecuado con corrección a los parámetros constitucionales.

Empero, dada la entidad de la norma en cuestión, la pluralidad de actores involucrados y de su carácter de ley constitucional, la reforma de la ley del Consejo de la Magistratura por parte del Poder Legislativo requiere consensos y una particular voluntad política para su tratamiento. De ello, se desprende la imprevisibilidad acerca de los tiempos en los cuales se llevará adelante la necesaria modificación, por lo que el Consejo de la Magistratura ha decidido, por vía reglamentaria, intentar subsanar y regular con precisión la etapa de sumario adecuando el texto del reglamento a la Constitución de la Provincia.

De esta manera, el Nuevo Reglamento procede a una desambiguación de los institutos de la “investigación preliminar” y “sumario de prevención”. Así, en el nuevo

art. 31 “De la Investigación Preliminar” se reemplaza el párrafo “Considerada admisible la denuncia, el sumario de prevención previsto en la ley se sustanciará conforme a las disposiciones del Reglamento Judicial” por el siguiente párrafo “Considerada admisible la denuncia por el/la Presidente/a del Consejo, este/a deberá ordenar una investigación preliminar, cuyo objeto no importa un sumario administrativo, sino el esclarecimiento de los hechos denunciados”. En efecto, se quita toda referencia al sumario de prevención y se reafirma que tal investigación no importa la realización de un sumario administrativo, sino de esclarecer los hechos denunciados para que el Consejo de la Magistratura en pleno, pueda decidir el inicio del sumario con un espectro de información mayor que el que surge de la mera denuncia.

A la par se ratifica el texto legal en cuanto a la posibilidad de delegar en el Auditor General Judicial la realización del sumario y coherentemente se dispone que la investigación preliminar deba ser efectuada en base a las prescripciones del Reglamento del Consejo de la Magistratura y en lo pertinente del Reglamento Judicial.

Del este modo, se mantiene el plazo de noventa días desde el avocamiento, prorrogable por única vez y por igual término. Sin embargo, al no existir en la normativa ninguna sanción o efecto concreto ante el vencimiento de los términos establecidos para la realización de la investigación, se consideran a dichos plazos como ordenatorios.

En igual sentido, en el art. 32 del nuevo reglamento, se establecen detalladamente las reglas y etapas del “sumario de prevención” y se realiza una vinculación específica con el sumario del art. 222, inc. 3, lo que se enmarca en la línea de diferenciar adecuadamente las etapas de la investigación preliminar y el sumario. De esa forma, se regulan cuatro etapas sumariales concretas (25): Avocamiento, declaración del sumariado, recolección de pruebas, informe final.

Finalmente, se fija idéntico plazo ordenatorio que el fijado para la investigación preliminar, es decir, noventa días desde el avocamiento, prorrogable por única vez y por igual término. Por último, se sitúa como norma supletoria la ley 2938 de Procedimientos Administrativos.

III.11. Requisitoria y juicio:

Por último, el nuevo art. 34 del reglamento —el cual no había sido objeto de tratamiento por la reglamentación derogada— agrega algunas disposiciones concretas en materia de la etapa de la requisitoria de

la Procuración General y del Juicio ante el Plenario del Consejo.

En primer lugar, se prescribe que en los casos que el funcionario involucrado fuere un miembro del Ministerio Público, la requisitoria y la tarea acusatoria estarán a cargo del Fiscal General, debido a que el Procurador General integrara el Consejo de la Magistratura como tribunal de juicio. Tal incorporación reglamentaria se contraponen expresamente al texto de la propia ley 2434 (26), que asigna esa función a un fiscal de Cámara de distinta circunscripción al sumariado.

Empero, la modificación es acertada puesto que se alinea con la Ley Orgánica del Ministerio Público, sancionada con posterioridad a la sanción de la ley 2434. Allí, entre las funciones del Procurador General se dispone que debe “Integrar el Consejo de la Magistratura, cuando la Ley respectiva lo exige para la designación como para la remoción de miembros del Ministerio Público. Asume el rol de acusador en el enjuiciamiento de magistrados y demás funcionarios de la jurisdicción. Cuando se trate de enjuiciamiento de un miembro del Ministerio Público el rol de acusador será asumido por el Fiscal General” (27).

A renglón seguido, se establecen precisiones sobre la prueba, regulando que todas las resoluciones sobre producción, denegación y sustanciación de las pruebas de esta etapa serán pasibles del recurso de reposición dentro del tercer día de notificados. Debe recordarse al respecto, que el Procurador General o el Fiscal General en su caso y el acusado, tienen un plazo de diez días hábiles para ofrecer la prueba que corresponda en el marco de la etapa de juicio.

Finalmente, en línea con el modelo acusatorio pleno establecido en la Provincia de Río Negro en el Código Procesal Penal y sobre todo, con la garantía de juez imparcial que reconoce la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos (28), se prescribe que los Consejeros que hubieran participado en el proceso sumarial, hasta el pase a la etapa prevista en el art. 32, inc. c), es decir la elevación del sumario a la Procuración General para que formule la requisitoria correspondiente, no podrán intervenir en el juicio. Esta cuestión actualmente es objeto de sendas disputas judiciales en el marco de procesos disciplinarios, en los casos Vila Llanos (29) y Zagari (30).

IV. Breve conclusión

La descripción de las modificaciones expuestas al Reglamento General del Consejo nos permite aseverar que las innovaciones propuestas, en su mayoría, son acertadas y

blemente acerca de la formación que necesita un juez para llevar adelante su función. Con tino, RAMÍREZ LUDEÑA, manifiesta “Más allá de lo controvertido acerca de cuál es la mejor teoría y de que teoría debiera ser relevante en la formación de los jueces, resulta claro que no asumir el formalismo lleva a enseñar y exigir invariablemente ciertos contenidos, por ejemplo, vinculados con la argumentación jurídica o con el razonamiento moral. Estos aspectos tienen una incidencia central en el modo en que se desempeñan su tarea los jueces, dejando de lado que también lo tengan en su propia percepción acerca de cuál es su labor. Es esta medida, resulta plausible sostener que una formación adecuada de los jueces en teoría del Derecho les proporcionaría instrumentos adecuados para la identificación del Derecho y mejoraría su argumentación”. RAMÍREZ LUDEÑA, Lorena, “La selección de los jueces y su formación en Teoría del Derecho”, En VIAL-DUMAS, Manuel — MARTÍNEZ ZORRILLA, David. (coords.), “Pensando al Juez”, Marcial Pons, Madrid, 2019, ps. 78-90.

(24) Artículo 222 inc.3: El Consejo de la Magistra-

tura tiene las siguientes funciones: 2. Recibe denuncias por las causales referidas en el Capítulo Primero de esta Sección, sobre el desempeño de magistrados y funcionarios judiciales no pasibles de ser sometidos a juicio político. Instruye el sumario a través de uno o más de sus miembros, con garantía del derecho de defensa, y conforme a la ley que lo reglamente. Puede suspender preventivamente al acusado, por plazo único e improrrogable.

(25) Artículo 32 del Reglamento Res. 50/19: Avocamiento. Iniciado el sumario en los términos del art. 222 de la CP y designado un consejero como instructor sumariante, el sumariado será notificado del inicio del procedimiento sumarial. El instructor es asistido por un Secretario de actuación, quien practicará las tareas que se le ordenen certificando los actos. El Instructor Sumariante podrá ser recusado con causa. Para las recusaciones el sumariado tendrá un plazo perentorio de tres [3] días desde la notificación, debiendo fundar y acreditar prueba suficiente a sustanciar por vía sumarísima. Declaración del sumariado: Dentro del plazo de diez (10) días con-

tados desde la notificación del inicio del sumario, el sumariado podrá solicitar declarar ante el instructor y ofrecer los medios de prueba a su favor. Previo a recibirle declaración se le harán conocer las evidencias que obren en su contra y que podrá concurrir con la asistencia de un abogado defensor a su cargo. Recolección de elementos probatorios: Durante el lapso de sustanciación del sumario, el sumariante podrá ordenar, si fuere necesario, la producción de medidas probatorias que entienda conducentes para el esclarecimiento de los hechos. El sumariado podrá ofrecer prueba. El instructor solo producirá la prueba ofrecida por el sumariado cuando la considere pertinente y útil. Las resoluciones sobre producción, denegación y sustanciación de las pruebas de esta etapa serán pasibles del recurso de reposición dentro del tercer día de notificado. El sumariado y/o su defensa será notificado de las diligencias probatorias y tendrá derecho a presenciar las mismas. Duración del sumario: El sumario deberá ser instruido en un plazo de noventa [90] días, prorrogable hasta otro período igual si así lo justificara la complejidad de la investigación. Informe final:

Producida la prueba el responsable de la instrucción dispondrá su clausura formulando el correspondiente informe, del cual correrá traslado al sumariado por el término de diez [10] días, para que éste efectúe el descargo. Producido el descargo o vencido el plazo para hacerlo, el instructor elevará las actuaciones al Consejo de la Magistratura. Norma supletoria: Se aplicará supletoriamente en la etapa del sumario la Ley A 2938 (Procedimiento Administrativo), a excepción de lo dispuesto por el artículo 22 de la ley 2434.

(26) En el artículo 32 de la Ley 2434 —Consejo de la Magistratura—, se establece en su párrafo *in fine* “Si el funcionario involucrado fuere un miembro del Ministerio Público, la requisitoria y la tarea acusatoria estará a cargo de un Fiscal de Cámara de distinta Circunscripción Judicial a la que pertenece el imputado, el que será designado por sorteo”.

(27) Ley Provincial 4199, artículo 11, inc. h).

(28) Artículo 8 CADH, artículo 26 DADDH, artículo 10 DUDH y artículo 14 PIDCP.

(29) Específicamente, en autos “Vila Llanos Carlos Ernesto s/ queja en Vila Llanos Carlos Ernesto

direccionadas a mejorar el funcionamiento del órgano constitucional. No obstante, serán el paso del tiempo y el necesario rodaje que requieren las instituciones, los que demostrarán la pertinencia o inconveniencia de las modificaciones introducidas por el flamante Reglamento.

Es imperioso resaltar, aun cuando sea una verdad de Perogrullo, que el mejor de los reglamentos no puede subsanar completamente las deficiencias de la ley que pretende reglamentar. Por ende, algunas de las reformas propuestas en esta instancia, serán insuficientes si no se modifica el texto legal.

Quizás, el impulso dado por el Consejo de la Magistratura al reformar su propio Reglamento sea el disparador para mo-

dificar una ley que tiene sus fortalezas, pero también sus claroscuros. Si el diseño estructural del Consejo se aprecia como una gran virtud del constituyente y del legislador, no es menos cierto que también deben mejorarse algunos aspectos de la etapa de concursos y la función disciplinaria. Probablemente esta última, sea el punto neurálgico de una futura modificación será el atinente a la función disciplinaria del Consejo. Allí residen las mayores críticas al sistema por parte de la sociedad y de los operadores del sistema de Justicia.

El proceso disciplinario debe ser reestructurado de forma bifronte: primero, con la articulación de mecanismos que permitan mayor agilidad en el trámite para garantizar a la comunidad que los

magistrados que cometan irregularidades serán sancionados y, por otro lado, con la adecuación del sistema a los estándares internacionales de Derechos Humanos para asegurar un desarrollo del proceso transparente y respetuoso de las garantías constitucionales y convencionales vigentes.

Asimismo, el proceso de selección de jueces merece el debate sobre algunas cuestiones. La ponderación de puntajes de antecedentes, la valoración de cada una de las etapas, formas y criterios del examen, las facultades del Consejo en la etapa de deliberación y decisión final, la incorporación de una mayor publicidad de todas las etapas de los concursos, pueden citarse como ejemplos puntuales de tópicos a considerar.

Por último, más allá de todo lo expresado, debemos destacar el proceso mediante el cual se reformó el Reglamento General, pues primó la construcción de acuerdos entre los diversos estamentos e integraciones del Consejo, lo que redundó en un producto consensuado y concebido como fruto de una lógica deliberativa. Resultaría conveniente que, desde los máximos órdenes del poder público, se insista en esta línea a la hora del diseño de las políticas judiciales y se abandonen definitivamente las prácticas arbitrarias y endogámicas. Seguramente, ello se trasluce en un mejor servicio de justicia para todos los integrantes de la comunidad.

Cita on line: AR/DOC/3951/2020

Juez de Cámara s/ enjuiciamiento Expte. N° CMD 12 0038 s/ queja” (Expte. 27047/14) el recurrente planteó, que el procedimiento de enjuiciamiento político al que fue sometido, bajo las reglas que prevé el ordenamiento de la ley 2434, provocó la afectación de la garantía de juez imparcial, debido a que tres de los consejeros que resolvieron su destitución (doctores Mansilla, Betelú y García Balduino) ya habían tomado intervención en etapas anteriores del proceso. En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en “Vila” (Fallos: 341:898) hizo lugar a la queja

interpuesta por el actor debido a que el STJ rionegrino no fundamentó adecuadamente el rechazo del recurso interpuesto por el sumariado y expreso al respecto: cabe admitir la queja del magistrado, removido en cuanto a que la Corte local —al rechazar sin expresar fundamentos que demostraban la afectación al derecho de defensa en juicio y debido proceso— ha vulnerado su derecho al recurso y a la tutela judicial efectiva, pues, pese a admitir expresamente el superior tribunal estadual el derecho de revisión en los términos de la doctrina sentada en el prece-

dente “Graffigna Latino”, ha preterido toda consideración sobre los agravios que el recurrente invoca como de naturaleza federal en el recurso local, con sustento en que, según jurisprudencia de esta Corte, resultan plenamente operativas en el enjuiciamiento público las garantías estructurales que informan el debido proceso legal. Actualmente, el proceso aun continuo, esperando la nueva sentencia del Superior Tribunal de Justicia de Río Negro.

(30) Recientemente, el Tribunal de Impugnación de Río Negro, en sentencia de fecha 18 de febrero de

2020, hizo lugar al amparo presentado por la sumariada y dispuso que el Consejo de la Magistratura de la Primera Circunscripción Judicial de Río Negro, al momento de iniciarse el enjuiciamiento disciplinario contra la mencionada magistrada no puede integrarse por, la/el consejera/o, quien haya rechazado el acuerdo alcanzado entre el Procurador General y la acusada. Véase el fallo *in extenso*: “Z. D. E. s/amparo” - Tribunal de Impugnación de Río Negro - 18/02/2020.

NOTA A FALLO

Deuda pública

Pretensión de cancelarla mediante el otorgamiento de títulos públicos. Existencia de un acuerdo de pago homologado judicialmente. Principio de confianza legítima. Buena fe.

1. - No corresponde aplicar el art. 6º de la ley 5429 de Río Negro —que faculta al Poder Ejecutivo a cancelar de-

terminadas deudas mediante el otorgamiento de títulos públicos—, toda vez que existió una inequívoca decisión por parte de la demandada exteriorizada con la práctica de la liquidación presentada en conjunto con la actora de pagar la deuda en pesos conforme al modo y los términos allí formulados, cuya homologación judicial —también de común acuerdo requerida— fue efectivizada, y debidamente notificada, todo ello *so riesgo*

de violentar la autoridad de la cosa juzgada, la doctrina del acto propio, y el principio de confianza legítima derivado de la seguridad jurídica, la equidad y buena fe procesal.

2. - El art. 6º de la ley 5429 de Río Negro —que faculta al Poder Ejecutivo a cancelar determinadas deudas mediante el otorgamiento de títulos públicos— no resulta aplicable al caso, en tanto la Provincia en el marco

de la ejecución de la sentencia dictada, suscribió un acuerdo de pago con pedido de homologación expreso, que se concretó y quedó firme, sin acogerse a la facultad prevista por la citada norma, exteriorizando una voluntad indudable e irrefutable a su respecto.

3. - La pretensión de la accionada de cancelar ahora las deudas —oportunamente determinadas por sen-

Los límites de los poderes de emergencia de las provincias

ANÁLISIS DE UN FALLO DE LA JUSTICIA DE RÍO NEGRO

Luis E. Pravato (*)

El caso

En autos caratulados “Ardaiz, César J. y otro c. Provincia de Río Negro s/ daños y perjuicios (Ordinario)” Expte. N° 0123/2012, mediante resolución del 28/05/2020, dictada por el titular del Juzgado Civil, Comercial y de Minería N° 3 de Viedma, se declaró inaplicable el art. 6º de la ley provincial 5429 (1) al acuerdo homologado por las partes de fecha 11/02/2020 (2).

En apretada síntesis, pueden individualizarse los argumentos del sentenciante de primera instancia en los siguientes:

- Señala que el 07/10/2019 las partes presentaron de forma conjunta un acuerdo

de pago y de liquidación de deuda, el que mereció la providencia del 16/10/2019 mediante la que se aprobó la liquidación por la suma de \$ 5.863.175,30 y se libraron los oficios a la Secretaría de Hacienda y a la Comisión de Presupuesto de la Legislatura Provincial, conforme lo previsto en el art. 23 de la ley 5106.

- Posteriormente, el 07/02/2020 las partes presentaron una nueva liquidación conjunta, solicitando la homologación del acuerdo y que se ordenaran los libramientos de las órdenes de pago, lo que motivó la resolución del 11/02/2020, por medio de la cual se aprobó la nueva liquidación presentada en forma conjunta por la suma de \$ 6.557.827,27, se homologó en

todos sus términos la liquidación aprobada y se libraron oficios a la Secretaría de Hacienda y a la Comisión de Presupuesto de la Legislatura Provincial, en un todo de acuerdo con lo previsto en el art. 23 de la ley 5106.

- El sentenciante de primera instancia observa que dicha homologación fue comunicada a la Fiscalía de Estado mediante cédula remitida por Sistema de Notificaciones Electrónicas del día 11/02/2020, por lo que conforme art. 8º, tercer párrafo, de acordada 2/2017, la notificación ocurrió el 14 de febrero de 2020, quedando firme en las dos primeras horas del día 26 de febrero en virtud de los feriados de Carnaval.

- Con posterioridad a ello, agrega, el Sr. Secretario de Financiamiento y Deuda Pública, dependiente del Ministerio de Economía de la Provincia de Río Negro, cuando la homolo-

gación del convenio ya se encontraba firme, mediante Nota del 27/02/2020, informa que los pagos correspondientes a la liquidación aprobada y homologada se efectuarían conforme el art. 6º de la ley provincial 5429, mediante títulos públicos provinciales en lo que exceda la suma de \$ 500.000.

- De los antecesores reseñados el *a quo* advierte, en primer lugar, una inequívoca decisión por parte del Estado provincial —adoptada el 07/10/2019 y confirmada 07/02/2020— de pagar la deuda en pesos cuya liquidación presentada de común acuerdo con la actora fue homologada judicialmente en fecha 11/02/2020, sin acogerse a la modalidad de pago mediante títulos públicos prevista por el art. 6º de la ley provincial 5429.

- Destacó específicamente que, a ese momento, la ley ya se encontraba vigente,

(*) Abogado (UNLP); Magister en Estudios Políticos (UNR); Especialista en Derecho Penal (UNPSJB); ex Fiscal de Estado Adjunto de Río Negro.

(1) La citada normativa, entre otras disposiciones, en su art. 6º: “faculta al Poder Ejecutivo Provincial, a

través del Ministerio de Economía, a cancelar mediante títulos públicos provinciales las obligaciones emergentes de todos los juicios con condena a dar sumas de dinero mayores a pesos quinientos mil (\$500.000), por el saldo que supere dicho monto, deducidos contra or-

ganismos de la administración provincial, conformada por la administración central y los organismos descentralizados, comprendiendo estos últimos a las entidades y sociedades del Estado, sociedades anónimas y todas aquellas empresas donde el Estado tenga parti-

cipación mayoritaria en el capital, siempre que exista condena firme contra el Estado Provincial, cualquiera sea la fecha de la firmeza de la sentencia condenatoria” (Textual).

(2) PRAVATO, Luis E., “La ley 5429 de Río Negro y el

tencia judicial, y acordadas su modo y forma de pago por acuerdo homologado, firme y consentido— con títulos públicos, se advierte violatoria del principio de confianza legítima, toda vez que se estaría vulnerando la expectativa fundada en un acuerdo de pago en pesos conformado judicialmente, cuyas condiciones ahora se pretenden eliminar de manera abrupta; a lo que se suma que, tampoco puede sortearse, eludirse, ni desconocerse que las sumas de condena cuyo pago se anhela pagar conforme el procedimiento establecido en el art. 6º de la ley 5429 de Río Negro, fueron consecuencia inmediata de la determinación de responsabilidad del Estado Provincial en relación con un hecho acaecido hace 9 años, por lo que abonar tal obligación con títulos públicos afecta derechos humanos fundamentales.

4.- El Gobierno está facultado para sancionar las leyes que considere convenientes, con el límite de que tal legislación sea razonable y no desconozca las garantías o las restricciones que impone la Constitución. Las medidas tendientes a conjurar las crisis deben, pues, ser razonables, limitadas en el tiempo un remedio y no una mutación de la sustancia o esencia de la relación jurídica y están sometidas al control jurisdiccional de constitucionalidad, toda vez que la emergencia, a diferencia del estado de sitio, no suspende las garantías constitucionales.

CCiv., Com. y Minería, Viedma, 23/10/2020. - Ardaiz, César Julio y otro c. Provincia de Río Negro s/ Daños y perjuicios (Ordinario).

[Cita on line: AR/JUR/50829/2020]

❶ COSTAS

Se imponen a la recurrente perdidosa.

2ª Instancia.- Viedma, octubre 23 de 2020.

¿Es procedente el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en fecha 03/06/2020, según constancia de fs. 519? Y, en su caso, ¿Qué resolución corresponde adoptar?

La doctora Filipuzzi de Vázquez dijo:

1) Que mediante el decisorio de 1ª Instancia de fecha 28/05/2020, obrante a fs. 514/518 vta., el Sr. Juez resolvió: “1. No hacer lugar al planteo de inconstitucionalidad incoado por la parte actora respecto del art. 6 de la Ley N° 5429, por lo fundamentos expuestos en el Considerando II y en tanto la cuestión puede resolverse conforme a constancias propias de la presente causa. 2. Declarar inaplicable el art. 6 de la Ley Provincial N° 5429 al acuerdo homologado de fecha 11/02/2020 conforme fundamentos expuestos en Considerando III. 3. Imponer las costas a la demandada (art. 68 del Cód. Proc. Civ. y

Comercial). 4. Regular en forma conjunta —por esta incidencia— los honorarios profesionales del Dres. Pedro. F. Casariego, Pedro O. Casariego y Luis Emilio Pravato en el equivalente a ... Jus + ... en virtud del apoderamiento conforme art. 10, 34 y cctes. de la Ley G 2212. Notifíquese y cúmplase con la Ley D 869.-...”.

Que, para así decidir, el Magistrado actuante, luego de realizar un racconto del desarrollo procesal de la incidencia, en el caso, planteo de inconstitucionalidad del art. 6 de la Ley 5429 —subsidiariamente la inaplicabilidad al presente— formulado por la parte actora ante la presentación efectuada por el Secretario de Financiamiento y Deuda Pública, dependiente del Ministerio de Economía de la Provincia de Río Negro, que pretendiese el procedimiento de pago de los montos del presente juicio con sustento en dicha norma (ver fs. 490/491) y, puesto a considerar la invalidez de la preceptiva indicada y, en subsidio, determinar la no aplicación en estas actuaciones, hace la salvedad del carácter especialísimo de una declaración del tenor de la postulada. Ello, en tanto expresa constituye un acto de suma gravedad o de *ultima ratio* del orden jurídico, por lo que sólo debe recurrirse a esa determinación cuando una estricta necesidad lo requiera y no exista la posibilidad de una solución adecuada del juicio a la que pueda acudir en primer lugar. Sostiene que para que pueda resolverse positivamente deben existir motivos reales y de suma gravedad que así lo impongan: una demostración concluyente de su discordancia sustancial con las mandas constitucionales que se

alegan vulneradas, debiendo el Poder Judicial mostrarse celoso en las facultades que le son propias, obrando con mayor mesura a fin de no desequilibrar el sistema constitucional de los tres poderes. Cita doctrina y jurisprudencia en apoyo de tal declamación. Seguidamente expone que en el supuesto en examen se objeta la constitucionalidad de un artículo de la Ley N° 5429 que declaró la emergencia pública provincial en materia económica, financiera y fiscal del sector público, facultando al Poder Ejecutivo a adoptar diferentes medidas para superar el estado de emergencia declarado. Y, puntualmente en lo atinente al art. 6º del ordenamiento legal en cuestión, tachado de inconstitucional por la actora, refiere que el mismo faculta al Poder Ejecutivo, a través del Ministerio de Economía, a cancelar mediante títulos públicos provinciales las obligaciones emergentes de todos los juicios con condena a dar sumas de dinero superiores a \$500.000, por el saldo que supere dicho importe, deducidas contra organismos de la administración provincial, comprendiendo la central y organismos descentralizados, incluyendo en ellos a las entidades y sociedades del Estado, sociedades anónimas y toda empresa donde la Provincia tenga participación mayoritaria en el capital —siempre que exista condena firme contra la administración provincial, cualquiera fuera la fecha de firmeza de la sentencia condenatoria—. Remarca que el referido art. 6 de la Ley 5429, es una norma que declara la emergencia provincial en materia económico financiera y, en función de ella, es que se faculta al Poder Ejecutivo a adoptar la de-

dado que fue publicada en Boletín Oficial de la Provincia de Río Negro 5841 de fecha 16 de enero de 2020 y conforme el art. 5º del Cód. Civ. y Com., entró en vigor dentro del octavo día de su publicación, más no el 6 de enero de 2020 como lo indica el secretario de Hacienda y Deuda Pública en su nota de fecha 27/02/2020.

-Observó, asimismo, que aun de tener la ley en cuestión vigencia inmediata, lo actuado por la representante de la Fiscalía de Estado en cuanto al acuerdo de pago, había sido con posterioridad a la sentencia tanto de primera instancia como de Cámara de Apelaciones y con determinación expresa de los montos en pesos.

-Por su parte, la participación del secretario de Hacienda y Deuda Pública aconteció en autos cuando la homologación se encontraba firme.

-Por otro lado, expresamente mencionó que el art. 6º de la ley 5429 enuncia en su última parte “sentencia firme” de cualquier fecha, más no hace referencia a acuerdos homologados con posterioridad a la sentencia, tal el caso de autos, en donde la Provincia de Río Negro a través de la Fiscalía de Estado expresó su inequívoca voluntad de pagar un monto determinado y en pesos cuando la ley en cuestión ya se encontraba vigente.

-Indicó que la ley 5429 en su art. 6º, otorga una facultad al Poder Ejecutivo. Textualmente refiere la norma que “se faculta al Poder Ejecutivo, a través del Ministerio de Economía, a cancelar mediante títulos públicos las obligaciones emergentes de todos los juicios con condenas de dar sumas de dinero...”.

-Concluyó entonces que, en función del temperamento adoptado por la Provincia

de Río Negro, tanto a través de los escritos presentados el 07/10/2019 y el 07/02/2020 —específicamente este último—, a través de la representante de la Fiscalía de Estado, se había manifestado su voluntad inequívoca de pagar sin acogerse a la facultad prevista en el art. 6º de la ley 5429 y dicha manifestación de voluntad generó consecuencias jurídicas, que no pueden modificarse en función de la doctrina de los actos propios y la cosa juzgada.

-De este modo, concluyó, tanto el temperamento adoptado por la Provincia de Río Negro para la cancelación de la deuda con el Sr. Ardaiz —manifestado en dos ocasiones por la apoderada de la provincia de Río Negro— como las resoluciones que en consecuencia adoptó el Juzgado, habían alcanzado el estándar jurídico de cosa juzgada, que se funda formalmente en la inmutabilidad de las sentencias, la necesidad de evitar pronunciamientos contradictorios sobre la misma cuestión entre las mismas partes y la seguridad jurídica.

-Por ello, si la demandada no ejerció la facultad de proponer pagar los montos de liquidación, conforme art. 6º de la ley 5429, no podía luego pretender hacerlo, cuando en ese momento tenía ya a su disposición ese dispositivo normativo y la presentación del Secretario de Hacienda y Deuda Pública se efectuó cuando la homologación del acuerdo que determinó cantidades y moneda de pago —posterior a la sentencia— se encontraba firme.

La Cámara de Apelaciones de Viedma, mediante resolución del 23/10/2020, rechazó en todos sus términos el recurso de apelación de la demandada, confirmando el decisorio de primera instancia (3).

Entre sus argumentos, pueden individualizarse los siguientes:

1) Las leyes de emergencia (tanto nacionales como provinciales), en general, han tenido como sustento de su dictado y finalidad perseguida, la intención y voluntad del legislador en la superación de situaciones de gravedad económica, social y administrativa que padecía el Estado, ello, con el límite infranqueable de que tal legislación sea razonable y no desconozca las garantías o las restricciones que impone la Constitución.

2) En ese orden de ideas, se descarta el análisis y eventual procedencia de la declaración de inconstitucionalidad del art. 6º de la Ley de Emergencia Provincial 5429, habida cuenta que no pueden soslayarse las constancias de la causa de las que surgen las posturas procesales desplegadas por los litigantes y singularidades que rodearon el caso, las que dan cuenta que firme y consentida la sentencia que resolviera la pretensión inicial incoada, existió una inequívoca decisión por parte de la demandada exteriorizada con la práctica de la liquidación presentada en conjunto con la actora a fs. 466/469 (07/10/2019) y ratificada a fs. 478/481 (07/02/2020) de pagar la deuda en pesos conforme al modo y términos allí formulados, cuya homologación judicial (también de común acuerdo requerida) fue efectivizada en fecha 11/02/2020, y debidamente notificada, quedara conformada por las partes intervinientes, todo ello *so riesgo* de violentar la autoridad de la cosa juzgada, la doctrina del acto propio, y el principio de confianza legítima derivado de la seguridad jurídica, la equidad y buena fe procesal.

3) La actitud procesal desplegada por la demandada —provincia de Río Negro— ha generado consecuencias jurídicas que no pueden ser obviadas. El art. 6º de la ley 5429, no resulta aplicable al caso, en tanto la Provincia en el marco de la ejecu-

ción de la sentencia dictada, suscribió un acuerdo de pago con pedido de homologación expreso, que se concretó y quedó firme, sin acogerse a la facultad prevista por la citada norma (vigente a ese momento), exteriorizando una voluntad indudable e irrefutable a su respecto.

4) Si la apelante no optó en tiempo y forma adecuado por la utilización de tal dispositivo normativo que le permitía cancelar las obligaciones emergentes de la sentencia judicial firme del modo allí permitido, mal puede pretender ello en esta instancia procesal cuando existe —reitero— un acuerdo posterior de pago con determinación expresa de montos en pesos, homologado y consentido.

5) Una solución distinta a la que se arriba, implicaría violentar el principio de confianza legítima, el que si bien se aplica plenamente en el ámbito del derecho administrativo —particularmente en el marco de relaciones entre el administrado y la administración—, es un principio general que, asumo, hace a la operatividad de la idea de justicia en un estado de derecho que tiende a garantizar la tutela judicial efectiva en función de postulados constitucionales de igualdad, equidad, seguridad jurídica y buena fe, cual pautas previas a la norma, coetáneas con ella que permiten su interpretación y aplicación con razonabilidad. Entonces, la pretensión de la accionada de cancelar ahora las deudas —oportunamente determinadas por sentencia judicial, y acordadas su modo y forma de pago por acuerdo homologado, firme y consentido— con títulos públicos, se advierte violatoria a aquel principio, toda vez que se estaría vulnerando la expectativa fundada en un acuerdo de pago en pesos conformado judicialmente, cuyas condiciones ahora se pretenden eliminar de manera abrupta.

6) Tampoco puede sortearse, eludirse, ni desconocerse que las sumas de conde-

derecho común”. Adla, 2020-6, 94, junio de 2020. Cita Online: AR/DOC/708/2020.

(3) Autos caratulados “Ardaiz, César J. y otro c. Pro-

vincia de Río Negro s/ daños y perjuicios (Ordinario), Expte. N° 8317/2017 del Registro de ese Tribunal.

cisiones detalladas y que pone de relieve la necesidad de una extrema cautela en el accionar jurisdiccional que presupone un equilibrio del sistema institucional de los tres poderes del Estado y sólo en caso de evidenciarse que una norma rompe con ello, debe restaurarse aquél a partir de una declaración de inconstitucionalidad como última medida de armonización del orden público.

Así señala las consideraciones emitidas por el Superior Tribunal de Justicia en orden a subrayar que no corresponde al Poder Judicial el examen o corrección de las estrategias implementadas tanto por el Poder Legislativo o Ejecutivo, tendientes a obtener determinados objetivos mediante una tarea legislativa conforme fallos que cita, reiterando como último remedio o instancia constitucional la declaración de inconstitucionalidad, que configura un acto de gravedad institucional al que sólo se puede acudir como última ratio del orden jurídico (menciona doctrina y jurisprudencia en relación a ello). Finalmente, con sustento en los fundamentos expresados e insistiendo que la cuestión planteada por la accionante puede resolverse satisfactoriamente sin acudir a la declaración de inconstitucionalidad de una norma de la especie de que se trata, procede a rechazar el planteo formulado. Posteriormente, se adentra en el análisis de la pretendida inaplicabilidad al caso de autos del referido articulado (art. 6 Ley 5429) que fuera planteado subsidiariamente. Y para ello, recurre al examen de las constancias de autos, en particular el acuerdo de pago y liquidación que las partes presentaron en conjunto en fecha 07/10/2019 y posteriormente otra en fecha 07/02/2020, la que fuera aprobada y homologada por la suma de \$6.557.827,27 en fecha 11/02/2020, librándose los oficios a Secretaría de Hacienda y a la Comisión de Presupuesto de la Legislatura Pro-

vincial (art. 23, Ley 5106). Apunta también que ello fue comunicado a la Fiscalía de Estado según consta en el sistema de notificaciones electrónicas de fecha 11/02/2020, ocurriendo la comunicación en fecha 14/02/2020, adquiriendo firmeza el 26/02/2020, dos primeras horas (art. 8, tercer párr., Acda. 2/2017). Relata que con posterioridad a ello (ya firmé la mencionada homologación), mediante nota del 27/02/2020, el Sr. Secretario de Financiamiento y Deuda Pública, dependiente del Ministerio de Economía de la Provincia de Río Negro, informa que los pagos aludidos a la mencionada liquidación homologada se efectuarían conforme el art. 6 de la Ley Provincial 5429, es decir mediante títulos públicos en lo que exceda la suma de \$500.000. Seguidamente sostiene el *a quo*, que de los indicados antecedentes advierte como inequívoca la decisión por parte del Estado Provincial —en fecha 07/10/2019, confirmada en fecha 07/02/2020— de pagar en pesos la deuda surgente de la liquidación presentada de común acuerdo con la actora y homologada judicialmente en fecha 11/02/2020, sin acogerse a la modalidad de pago prevista por el art. 6 de la Ley 5429 —títulos públicos—, destacando además que la normativa ya se encontraba en vigencia (publicación N° 5841 del Boletín Oficial, 16/01/2020), realizando otras consideraciones a su respecto. Por último, concluye, que en base al temperamento adoptado por la Provincia de Río Negro —escritos presentados en fechas 07/10/2019 y, especialmente en fecha 07/02/2020—, a través de la representante de la Fiscalía de Estado, se manifiesta la voluntad expresa de pagar sin hacer uso del acogimiento a la facultad prevista en el art. 6 de la Ley 5429 y, esa voluntad generó consecuencias jurídicas que no pueden ahora modificarse en función de la doctrina de los actos propios y la cosa juzgada. A su término, hace mención de jurisprudencia

específica del Superior Tribunal de Justicia, para luego en base a los fundamentos expuestos y en concordancia con las constancias de autos, decide que corresponde declarar la inaplicabilidad del cuestionado art. 6 de la Ley Provincial N° 5429 que invocara la Provincia de Río Negro al acuerdo homologado en fecha 11/02/2020, con costas, sin determinación regulatoria para la letrada de la demandada y estableciendo los honorarios correspondientes a los abogados intervinientes por la parte actora.

2) Que frente al reseñado pronunciamiento se alza la accionada por medio de apoderada, e interpone a su progreso recurso de apelación (en fecha 03/06/2020 —fs. 519—), el que es concedido en relación y con efecto suspensivo (en fecha 04/06/2020 —fs. 520—). Y, en apoyo del remedio recursivo interpuesto, inicialmente da cuenta de los antecedentes de la contienda y seguidamente enuncia que agravia a su parte la determinación de la inaplicabilidad de la Ley 5429 al caso de autos. Ello, en tanto apunta, en primer lugar, que se ha incurrido en un erróneo análisis normativo, por cuanto, el *a quo*, al no considerar la naturaleza de orden público de la norma en crisis, determina su inaplicabilidad al supuesto de marras, cuando existe doctrina de la Corte Suprema que indica que las reglamentaciones de tal carácter y, puntualmente, las que precisan el pago en títulos de las deudas judiciales, son aplicables aun sin invocación de parte. En segundo orden, en cuanto sostiene que la sentencia viola la doctrina del STJRN que ha señalado, en reiteradas oportunidades, que para declarar la inaplicabilidad de una norma es necesario proclamar su inconstitucionalidad. Y tercero, pues considera que el fallo comete otro yerro ya que se hace mención reiteradamente al acuerdo como si se tratara de una transacción cuando en rea-

lidad se está frente a un simple acuerdo de pago (no hay concesiones recíprocas) tornando el análisis de las constancias de autos en erróneo y arbitrario. Así, en su desarrollo impugnativo, manifiesta que al ser la normativa en cuestión de orden público debe ser aplicada aun de oficio por el Juez actuante sin requerimiento de invocación de parte, indicando que el objeto de la referenciada ley fue la declaración de emergencia pública provincial en materia económica, financiera y fiscal del sector público, autorizando al Poder Ejecutivo Provincial a refinanciar los pasivos contraídos por la Provincia de Río Negro —tanto con entidades financieras, bancarias, Estado Nacional y los convenidos mediante la emisión de certificados de deuda pública y con todo tipo de acreedor financiero frente a la provincia—. Destaca que la norma cuestionada, declara la mentada emergencia y en función de ello es que se habilita al Poder Ejecutivo a adoptar las medidas aludidas que abarcan a toda la actividad económica del Estado Provincial —no sólo al pago de sentencias mediante títulos públicos—. Remarca que la Corte Suprema ha mencionado en reiteradas ocasiones que el régimen de consolidación de deudas es de derecho público local (citando fallos al pie de página), y reitera que la Ley 5429 es preceptiva de orden público que impone una determinada modalidad en el cumplimiento de la sentencia en función de las circunstancias de emergencia, sin que ello implique una modificación de la misma. Afirma que esa condición de orden público que caracteriza a la aludida legislación, es la que obliga al Tribunal a considerar su aplicación en cualquier estado del proceso, aun cuando la accionada omita solicitarla, no siendo posible anteponer a tal deber un instituto previsto para situaciones y finalidades diferentes. Como abono de su postura menciona jurisprudencia y alega la existencia de un error en la sentencia al omitir con-

na cuyo pago se anhela pagar conforme el procedimiento establecido en el art. 6° de la ley 5429, fueron consecuencia inmediata de la determinación de responsabilidad del Estado provincial en relación con un hecho acaecido en setiembre del año 2011 (hace 9 años), por lo que abonar tal obligación con títulos públicos afecta derechos humanos fundamentales (conf. Fallos: 316:476), (entre otros, derecho a la propiedad privada, a la protección judicial efectiva, al derecho alimentario, a la integridad personal).

7) Por todo lo dicho, y porque los sólidos argumentos brindados por el sentenciante de grado no permiten atisbar violación alguna a doctrina legal o norma de aplicación, sino una interpretación razonable de la preceptiva y jurisprudencia en la materia, en función del respecto a los principios de seguridad jurídica, tutela judicial efectiva, confianza legítima, buena fe y doctrina de los actos propios, evitando de esa manera, la gravosa sanción institucional que importa una declaración de inconstitucionalidad la que solo debe ser considerada como *ultima ratio* del orden jurídico (Fallos 249: 251 y sus citas; 260:153; 264:364; 312:122) y a la que debe acudirse cuando no exista otro modo de salvaguardar algún derecho o garantía amparado por la Constitución Nacional (CN).

La inconstitucionalidad del art. 6° de la ley 5429 de Río Negro.

A nuestro criterio, por vía de la citada disposición, la provincia de Río Negro, a su respecto, modificó los arts. 765 (obligaciones de dar dinero), 865 (pago) y concordantes del Código Civil y Comercial. Ello, sin la habilitación de una ley del Congreso de la Nación que permita a la Provincia la adhesión a una consolidación ordenada por dicho poder constituido, violentando claramente la unidad de legislación de fondo prevista en el art. 75, inc. 12 de la CN.

Es una inteligencia pacífica en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) que las legislaciones provinciales que reglamenten instituciones del derecho común (como es el caso de las obligaciones dinerarias mentadas en el art. 6°, ley 5429 de Río Negro), en forma contraria a lo dispuesto en el Código Civil son inválidas, pues las provincias carecen de facultades para establecer normas que importen apartarse de la aludida legislación de fondo, incluso cuando se trata de regulaciones concernientes a materias de derecho público local.

Como consecuencia de la delegación prevista en el art. 75, inc. 12 de la CN, la regulación de los aspectos sustanciales de las relaciones entre acreedores y deudores (como la que presupone el pago o cumplimiento de la prestación, objeto de la obligación, mentado en el texto del art. 6°, ley 5429), corresponde a la legislación na-

cional, por lo que no cabe a las provincias dictar leyes incompatibles con lo que los códigos de fondo establecen al respecto, ya que, al haber atribuido a la Nación la facultad de dictarlos, han debido admitir la prevalencia de las leyes del Congreso y la necesaria limitación de no dictar normas que las contradigan.

Con relación al tema, por su analogía con el tópico bajo análisis, es conducente sintetizar la tradicional doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en un clásico precedente, *in re* "Recurso de hecho deducido por Abel Alexis Latendorf (sindicado) en la causa Filcrosa SA s/ quiebra s/ incidente de verificación de Municipalidad de Avellaneda", sentencia del 30 de setiembre de 2003, en donde estableció los límites de las provincias en su competencia propia del derecho público local:

-Es una inteligencia pacífica en doctrina que, dentro del régimen de competencias asignado por la Constitución Nacional, y resuelta por la Corte en varias oportunidades, que las legislaciones provinciales que reglamentaban instituciones del derecho común en forma contraria a lo dispuesto en el Código Civil eran inválidas, pues las provincias carecen de facultades para establecer normas que importen apartarse de la aludida legislación de fondo, incluso cuando se trata de regulaciones concernientes a materias de derecho público local (4).

-Como consecuencia de la delegación prevista en el art. 75, inc. 12 de la CN, la regulación de los aspectos sustanciales de las relaciones entre acreedores y deudores corresponde a la legislación nacional,

por lo que no cabe a las provincias dictar leyes incompatibles con lo que los códigos de fondo establecen al respecto, ya que, al haber atribuido a la Nación la facultad de dictarlos, han debido admitir la prevalencia de las leyes del Congreso y la necesaria limitación de no dictar normas que las contradigan (5).

-Lo expuesto no importa desconocer que las provincias conservan todo el poder no delegado por la Constitución al Gobierno federal (6). La referida delegación tuvo por finalidad el logro de un sistema homogéneo de leyes que, sin desmerecer el poder de aquellas de crear instituciones destinadas a garantizar su subsistencia y autonomía, contribuyera al inequívoco propósito de los constituyentes de generar, entre los estados provinciales que mediante la Constitución se congregaban, los fuertes lazos de unidad que eran necesarios para otorgarles una misma identidad.

-Si bien la potestad de organizar sus instituciones de derecho público que asiste a las provincias es una de las bases sobre las que se sustenta su autonomía, debe recordarse que, como en materias semejantes lo estableció la Corte, el límite a esas facultades viene dado por la exigencia de que la legislación dictada en su consecuencia no restrinja derechos acordados por normas de carácter nacional (7).

-El conflicto planteado entre los alcances de ese poder y el contemplado en los arts. 121 y 122 de la Carta Magna, debe ser resuelto mediante una interpretación que permita integrar las normas supuestamente en pugna dentro del sistema ideado por el constituyente, sin establecer restric-

(4) (Fallos: 175: 300; 176:115; 193:157; 203:274; 284:319; 285:209 y 320:1344).

(5) (Doctrina de Fallos: 176:115; 226:727; 235:571; 275:254; 311:1795; 320:1344).

(6) (Fallos: 311:100; 314:312; 317: 1195; 322:2817, entre

muchos otros)

(7) (Doctrina de Fallos: 176:115; 180:96; 183:143; 200:444; 203: 274; 211:945; 220:202; 226:727; 227:100; 268:544; 276:401; 282:20; 284:319; 285:209; 301:709; 304:163; 316:2182, entre otros).

siderar argumentos de fondo relativos a la constitucionalidad de la norma y su plena aplicabilidad al caso.

Considera también que se ha violado la doctrina del STJRN, quien tiene dicho que para decidir la inaplicabilidad de una norma, primero debe declararse su inconstitucionalidad y en sustento de su argumento cita partes del fallo dictado por el Máximo Tribunal. Finalmente y con el rótulo de cuestiones de forma, hace hincapié en algunas particularidades del caso abordadas por el sentenciante que considera merecen ser aclaradas. Así menciona en referencia al primer acuerdo —fecha 07/10/2019— que el mismo fue presentado erróneamente, ya que al momento de su suscripción y presentación no se encontraba en condiciones de ser abonada la deuda conforme las previsiones presupuestarias que rigen la materia —pago previsto para el período presupuestario del año 2020— lo que derivó en la presentación del segundo acuerdo, ya en vigencia de la Ley 5429. Destaca también que el acuerdo homologado no se corresponde con uno de finalización de litigio que conlleva concesiones recíprocas de las partes, sino de liquidación y pago respecto de una sentencia firme por lo cual el alcance que el *a quo* pretende dar al mismo no tiene razón de ser y resulta inaplicable la jurisprudencia citada (causa “Vega”). Realiza otras consideraciones y finalmente hace reserva del Caso Federal y formula su petitorio en términos breves y concisos.

3) Que corrido el pertinente traslado (en fecha 12/06/2020 —fs. 525—), procede a contestarlo la accionante por medio de apoderados (en fecha 18/06/2020) y, previa exposición en apretada síntesis de los argumentos de la resolución recurrida y de los relatados por la impugnante, solicita se declare desierto el recurso articulado y, en subsidio, se expresa de modo puntual en relación a los agravios formulados por la apelante peticionando su rechazo por los fundamentos que allí expone. De tal manera, sostiene que

ciones que no surjan de sus respectivos textos, ni sean derivación inequívoca de las materias que en cada uno se regulan.

-Esa inteligencia exige preservar del desdoblamiento armonioso entre las autoridades nacionales y las provinciales, lo que deriva en la necesidad de lograr un razonable equilibrio entre las facultades de estas últimas de crear sus instituciones locales, y las que corresponden a aquéllas para establecer en todo el país un régimen único de extinción de las obligaciones.

-La citada jurisprudencia fue confirmada por la CSJN, en los casos “Casa Casma”, Fallos: 332:616, sentencia del 26/03/2009 y “Municipalidad de Resistencia c. Lubricom”, Fallos 332:2108, del 08/09/2009.

Con posterioridad a la vigencia del Código Civil y Comercial —ley 26.994—, la CSJN en autos “Volkswagen de Ahorro para Fines Determinados SA c. Provincia de Misiones - Dirección General de Rentas y otro s/ de

el remedio recursivo en análisis no puede prosperar al no advertirse error en el criterio del Grado, centrando su postura en la no aplicabilidad del art. 6 de la Ley 5429. Considera que la recurrente al realizar una invocación dogmática y genérica del orden público de la ley, no repara su no aplicación al caso de autos al haber suscripto la Provincia con su parte acuerdo de pago incluyendo liquidación (al 29/02/2020), con pedido expreso de homologación, que a la fecha de la presentación de fs. 490/491 se encontraba firme y consentida. Afirma que el Estado Provincial renunció lisa y llanamente al uso de la norma y la postura ahora asumida por la Administración violenta la doctrina de los actos propios y la confianza legítima. Expresa que con la suscripción del acuerdo de pago la Provincia eligió no abonar el presente juicio con títulos públicos por lo que renunció a la facultad prevista en la cuestionada preceptiva. Alega que la nota de fs. 490/491 resulta violatoria de los principios de protección de la confianza legítima y de la doctrina de los actos propios (desarrollándolos de manera amplia), y ha sido efectuada en franco desconocimiento del acuerdo arribado, quebrantando así el principio de buena fe y de “clare loqui”. Consigna jurisprudencia y doctrina en aval de su postura, y señala no vulnerada la opinión del Máximo Tribunal Provincial en cuanto a que para decretar la inaplicabilidad de una norma, primero es necesario declarar su inconstitucionalidad.

Finalmente, y en subsidio, plantea la inconstitucionalidad del art. 6 de la Ley 5429, argumentando que con la citada normativa la Provincia modifica los arts. 765 (obligación de dar dinero), 865 (pago) y ccdtes. del Cód. Civ. y Comercial, sin la consecuente habilitación de una ley del Congreso Nacional que permitiera ello, quebrantando así la unidad de la legislación de fondo del art. 75 inc. 12 de la CN y apunta que la aludida disposición legal carece de una Ley Nacional de Derecho Común específica que le otorgue sustento a la emergencia económica y financiera

manda contenciosa administrativa” (8), por mayoría (9), remitiéndose en el particular al dictamen de la Señora Procuradora Fiscal, Dra. Laura M. Monti, expresa que tanto las provincias como sus respectivas municipalidades y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires carecían de facultades para establecer normas que importaran apartarse de la legislación de fondo (10).

Conforme la citada doctrina constitucional, el único camino que tiene una Provincia para dictar una ley de las características de la rionegrina, es que previamente, el Congreso de la Nación, mediante ley formal, habilite a estas a tal cometido, como en su oportunidad se hizo con las llamadas leyes de consolidación.

Numerosos precedentes avalan lo expresado. Así, en su momento, el Congreso de la Nación mediante la ley nacional 23.697 o la ley nacional 25.344, entre otras, habilitaron a la provincia de Río Negro a la sanción y promulgación de leyes de

declarada, por medio de la cual se autorice al Poder Ejecutivo a la modalidad de pago en ella detallada. Entonces, y de considerar aplicable la cuestionada prescriptiva, reitera su petición de declaración de inconstitucionalidad de la misma. Culmina su presentación, concretando en términos breves y concisos su petitorio, solicitando el rechazo de la apelación incoada, con costas.

4) Que de ese modo reseñada la actividad impugnativa en trámite, encontrándose los autos en estado de resolver, inicialmente cabe evaluar la admisibilidad formal de la apelación en análisis (art. 265 CPr.), la que se advierte incoada en tiempo hábil (conf. certificación de Secretaría de fecha 29/06/2020) y, superando así el preliminar examen, corresponde ingresar al estudio de la temática propuesta, la que se circunscribe a resolver si está bien decidida por el Grado la determinación de inaplicabilidad de la Ley 5429, por cuanto resulta ser de orden público debiendo, en su caso, haberse analizado profundamente su constitucionalidad, violándose en consecuencia la doctrina legal del STJRN y, siendo que, además, se hace referencia a un acuerdo que no es de naturaleza transaccional sino un convenio de pago (ver agravios de fs. 521 vta. y 522, lo que enmarca la actividad decisoria de este Tribunal conforme los términos del art. 277 del Cód. Civ. y Comercial).

5) Que puesta en esa tarea, aprecio necesario realizar algunas consideraciones liminares a tener en cuenta a los fines de fundar la solución que en definitiva se propondrá al Acuerdo, atinentes a la cuestión debatida y a lo que se extrae de las constancias procesales de la causa. Es así que resalto: a) Que la Provincia de Río Negro mediante la Ley N° 5429 (promulgada el 06/01/2020) declaró “el estado de emergencia pública en materia económica, financiera y fiscal del sector público provincial. El estado de emergencia tendrá vigencia desde la sanción de la presente ley hasta el día 31 de diciembre del año 2020. El Poder Ejecutivo podrá

consolidación. Tal supuesto federal normativo habilitante no existe en el caso de la ley 5429, lo que determina su flagrante inconstitucionalidad.

A modo de conclusión.

Las particularidades del caso bajo análisis impidieron que tanto el Juez de Primera Instancia como la Cámara de Apelaciones de Viedma ingresaran al análisis de la constitucionalidad del art. 6° de la ley provincial 5429.

No obstante, como *dictum*, rescatamos la afirmación de la Camarista que votó en primer término, Jueza Sandra E. Filipuzzi de Vázquez, cuando afirmó:

“Por todo lo dicho, y ya de manera conclusiva, porque los sólidos argumentos brindados por el sentenciante de grado no permiten atisbar violación alguna a doctrina legal o norma de aplicación, sino una interpretación razonable de la preceptiva

prorrogarla por igual término.” (art. 1°). b) Que en ese marco, facultó al Poder Ejecutivo a adoptar distintas medidas tendientes a la superación del referido estado de emergencia provincial, entre las que se encuentra: “...a través del Ministerio de Economía, a cancelar mediante títulos públicos provinciales las obligaciones emergentes de todos los juicios con condena a dar sumas de dinero mayores a pesos quinientos mil (\$500.000), por el saldo que supere dicho monto, deducidos contra organismos de la administración provincial,... siempre que exista condena firme contra el Estado provincial, cualquiera sea la fecha de la firmeza de la sentencia condenatoria...” (art. 6°). c) Que a fs. 358/382, en fecha 10/10/2017, se dictó sentencia de Ia. Instancia por la que se resolviera hacer lugar parcialmente a la demanda de daños y perjuicios interpuesta por la parte actora en contra de la Provincia de Río Negro al entender configurada la responsabilidad que se le endilgara a la misma, resolución que fuera confirmada por este Tribunal conforme decisión emitida el día 23/08/2018 (409/430 vta.), la que quedara firme y consentida. d) Que en fecha 07/10/2019 las partes presentaron de forma conjunta un acuerdo de pago y liquidación de deuda (fs. 466/469), que motivara su aprobación (16/10/2019, por la suma de \$5.863.175,30 en concepto de capital e intereses; y honorarios, IVA e intereses, calculado al 31/10/2019, ver fs. 471). e) Que luego, el 07/02/2020 (fs. 478/481) ambos litigantes formulan una nueva liquidación, solicitan la homologación del acuerdo y que se ordenen los libramientos de las órdenes de pago, lo que diera origen a la resolución del día 11/02/2020, por medio de la cual se aprobó aquélla (por la suma de \$6.557.827,27 en concepto de capital e intereses; y honorarios, IVA e intereses, calculado al 29/02/2020) y se homologó en todos sus términos (ver fs. 482). f) Que cuando la sentencia judicial condena al Estado a pagar una suma de dinero, resulta de aplicación lo dispuesto en el art. 55 de la Constitución Provincial, conforme lo dispuesto en el art. 23 de la Ley 5106 y de acuerdo a las reglas allí

y jurisprudencia en la materia, en función del respecto a los principios de seguridad jurídica, tutela judicial efectiva, confianza legítima, buena fe y doctrina de los actos propios, *evitando de esa manera, la gravosa sanción institucional que importa una declaración de inconstitucionalidad la que sólo debe ser considerada como última ratio del orden jurídico (Fallos 249: 251 y sus citas; 260:153; 264:364; 312:122) y a la que debe acudirse cuando no exista otro modo de salvaguardar algún derecho o garantía amparado por la Constitución Nacional*”.

Pareciera que allí hay un indicio que nos permite tener esperanza, en el sentido que, en futuros fallos, la jurisprudencia exija que la declaración de la emergencia de las leyes provinciales y las decisiones concretas dictadas en su consecuencia, deban adecuarse al bloque de constitucionalidad federal.

Cita on line: AR/DOC/3949/2020

(8) LA LEY 27/11/2019, 4, con nota de Ábalos, María Gabriela; SJA 11/12/2019, 11/12/2019, 107. Cita Online: AR/JUR/37613/2019.

(9) Voto de los Jueces Lorenzetti, Highton y Maqueda.

(10) La citada representante del Ministerio Público señaló que: “la cuestión así planteada fue zanjada por ese Tribunal en numerosos precedentes, entre los cuales —por su proximidad temporal— destaca el de Fallos: 326:3899, cuya doctrina fue reiterada en materia

de obligaciones tributarias locales en Fallos: 332:616; 332:2108; 332:2250, y en las sentencias recaídas en las causas M.376, L.XXXVII, “Municipalidad de Resistencia c. Biolchi, Rodolfo E. y Biolchi, Luis Á. s/ ejecución fiscal”, del 8 de septiembre de 2009; F.358, L.XLV, “Fisco de la Prov. de Bs. As. incidente de verificación de crédito en: Corralón Sánchez Elia SRL - quiebra”, del 28 de septiembre de 2010; P.154, L.XLV, “Provincia del Chaco c. Rivero, Rodolfo A. s/ apremio”, del 1° de noviembre del 2011; F.391, L.XLVI, “Fisco de la Provincia c. Dila-

te, Alicia Inés - Ejecutivo - apelación - recurso directo”, del 1° de noviembre del 2011; G.37, L.XLVII, “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c. Bottoni, Julio H. s/ ejecución fiscal - radicación de vehículos”, del 6 de diciembre de 2011; M.804, L.XLVIII, “Municipalidad de la Ciudad de Corrientes c. Herrmann, Alejandro E. s/ apremio”, del 11 de febrero del 2014, entre otros”. Tanto en los unos como en los otros se dio respuesta negativa a ese planteamiento, señalándose que, de conformidad con numerosos precedentes de ese Tribunal anterior-

res a los referidos en los párrafos precedentes (v. gr. Fallos: 173:289; 175:300; 176:115; 180:96; 183:143; 195:66; 200:444; 203:274; 211:945; 220:202; 226:727; 227:100; 235:571; 268:544; 269:373; 276:401; 282:20; 284:319 y 458; 285:209; 293:427; 304:163; 316:2182, entre muchos otros), tanto las provincias como sus respectivas municipalidades y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires carecían de facultades para establecer normas que importaran apartarse de la legislación de fondo.

establecidas. g) Que en ambas ocasiones mencionadas precedentemente —incs. d) y e)—, se ordenaron y libraron los oficios a la Secretaría de Hacienda y a la Comisión de Presupuesto de la Legislatura Provincial, en cumplimiento con lo previsto en el art. 23 de la Ley 5106 (ver fs. 472/475 y fs. 483/486, respectivamente). h) Que la referida resolución homologatoria (fs. 482) fue puesta en conocimiento de la Fiscalía de Estado mediante cédula remitida por el Sistema de Notificaciones Electrónicas del día 11/02/2020, ocurriendo la notificación el 14 de febrero de 2020 (quedando firme en las dos primeras horas del día 26 de febrero del mismo año en virtud de los feriados de Carnaval, conf. art. 8, tercer párrafo, Acordada 2/2017-STJRN). i) Que posteriormente, en fecha 28/02/2020, el Sr. Secretario de Financiamiento y Deuda Pública, dependiente del Ministerio de Economía de la Provincia de Río Negro, presenta Nota N° 023/20 informando que los pagos correspondientes a la liquidación aprobada y homologada se efectuarían conforme el art. 6 de la Ley Provincial N° 5429, mediante títulos públicos provinciales en lo que exceda la suma de \$500.000 (ver fs. 490/491).

6) Que determinadas tales apreciaciones, adelanto que considero que la postura recursiva esgrimida por la demandada no tiene chances de prosperar, por varias razones. Primero, porque si bien las leyes de emergencia (tanto nacionales como provinciales), en general, han tenido como sustento de su dictado y finalidad perseguida, la intención y voluntad del legislador en la superación de situaciones de gravedad económica, social y administrativa que padecía el Estado, y que podían conformar un peligro colectivo, con un marco temporal y conyuntural —precisamente sobrepone y salvar la referida crisis, modificando las estructuras y produciendo un cambio en las respectivas administraciones—; a más de recordar las conclusiones emitidas desde hace años por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en cuanto a que “...el fundamento de las normas de emergencia es la necesidad de poner fin o remediar situaciones de gravedad que obligan a intervenir en el orden patrimonial como una forma de hacer posible el cumplimiento de las obligaciones, a la vez que atenuar su gravitación negativa sobre el orden económico e institucional y la sociedad en su conjunto (Fallos: 136:161; 317:1462, entre otros). En estos casos, el Gobierno está facultado para sancionar las leyes que considere convenientes, con el límite de que tal legislación sea razonable y no desconozca las garantías o las restricciones que impone la Constitución. Las medidas tendientes a conjurar las crisis deben, pues, ser razonables, limitadas en el tiempo un remedio y no una mutación de la sustancia o esencia de la relación jurídica y están sometidas al control jurisdiccional de constitucionalidad, toda vez que la emergencia, a diferencia del estado de sitio, no suspende las garantías constitucionales (Fallos: 243:467; 323:1566; 323:2492)” (conf. Tobar, Leónidas c. EN - M. Defensa - Contaduría General del Ejército - Ley 25.453 s/ amparo - Ley 16.986 - 22/08/2002 - Fallos: 325:2059); sumado a la situación de crisis social y económica generada por la pandemia Covid-19, que llevara asimismo a que la Provincia de Río Negro declarara la emergencia sanitaria mediante la Ley 5434, y, en consecuencia de todo lo dicho, encontrándose ampliamente justificado el dictado de la normativa cuestionada en las condiciones que en ella se preveían, lo cierto es que la pretendida aplicación al presente caso no resulta posible, a mi entender, aun a pesar de resultar ser de orden público y de aplicación oficiosa, en atención a la situación particular procesal que se ha desarrollado en la causa, no advirtiendo necesario el análisis de su constitucionalidad.

Pues, como bien señala el juez interviniente —lo que comparto plenamente— “teniendo especialmente en consideración la jurisprudencia emanada en la materia por parte del Superior Tribunal de Justicia —”la declaración de inconstitucionalidad es el último remedio o instancia constitucional” (conf. STJRN Se. 70/18; Se. 86/18; Se. 25/17, entre otros)— y advirtiendo que la cuestión planteada por la parte actora puede resolverse satisfactoriamente en el caso concreto sin acudir a la extrema declaración de inconstitucionalidad de una norma de las características de la que aquí se trata, corresponde rechazar el planteo incoado...” Segundo, en ese orden de ideas, porque se descarta tal análisis y eventual procedencia de la declaración de inconstitucionalidad del artículo 6 de la Ley de Emergencia Provincial N° 5429, habida cuenta que no pueden soslayarse las constancias de la causa de las que surgen las posturas procesales desplegadas por los litigantes y singularidades que rodearon el caso, las que dan cuenta que firme y consentida la sentencia que resolviera la pretensión inicial incoada, existió una inequívoca decisión por parte de la demandada exteriorizada con la práctica de la liquidación presentada en conjunto con la actora a fs. 466/469 (07/10/2019) y ratificada a fs. 478/481 (07/02/2020) de pagar la deuda en pesos conforme al modo y términos allí formulados, cuya homologación judicial (también de común acuerdo requerida) fue efectivizada en fecha 11/02/2020, y debidamente notificada, quedara conformada por las partes intervinientes, todo ello so riesgo de violentar la autoridad de la cosa juzgada, la doctrina del acto propio, y el principio de confianza legítima derivado de la seguridad jurídica, la equidad y buena fe procesal. Tercero, porque la actitud procesal desplegada por la demandada ha generado consecuencias jurídicas que no pueden ser obviadas. El art. 6 de la ley 5429, no resulta aplicable al caso, en tanto la Provincia en el marco de la ejecución de la sentencia dictada, suscribió un acuerdo de pago con pedido de homologación expreso, que se concretó y quedó firme, sin acogerse a la facultad prevista por la citada norma (vigente a ese momento), exteriorizando una voluntad indudable e irrefutable a su respecto. Cuarto, porque si la apelante no optó en tiempo y forma adecuado por la utilización de tal dispositivo normativo que le permitiría cancelar las obligaciones emergentes de la sentencia judicial firme del modo allí permitido, mal puede pretender ello en esta instancia procesal cuando existe —reitero— un acuerdo posterior de pago con determinación expresa de montos en pesos, homologado y consentido. En similar sentido y adaptable a este supuesto, ya me he expresado —si bien refiriéndome a la aplicación de la ley 4599 en cuanto a la consolidación de deuda, Expte. 7694/13, Se. del 19/05/2015, citado por el actor— al sostener en lo atinente “Máxime, cuando la Provincia no planteó en tiempo oportuno esta forma de pago ni contestó las notificaciones efectuadas al respecto por parte de la actora (ver fs. 22/26), ni puso en marcha alguna de las formas comprendidas en la norma, tornando así inválida su aplicación y alterando el espíritu tenido en miras al momento de su dictado, por lo que mal podría ahora desentenderse del cumplimiento de sus obligaciones, y eventual pago en dinero cuando no ha obrado en forma diligente haciendo efectiva la garantía que por ley entendía le correspondía. El principio “clare loqui” impone a todos los sujetos intervinientes en el proceso un ineludible deber de ser claro al tiempo de asumir una determinada posición, de manera de aventar equívocos o confusiones a sus destinatarios, pues de lo contrario, el incumplimiento de tal carga procesal sólo jugará en desmedro

de las postulaciones procesales que se invoquen. Es que —en el caso— no basta la mera oposición del mecanismo de la consolidación, sino haber propiciado en época apropiada los medios necesarios para el cumplimiento de tal procedimiento de pago, dado que se está limitando el ejercicio del derecho de propiedad y, por ende, la demandada debió, al menos, procurar o intentar cancelar sus obligaciones expresando concretamente las posibilidades que cuenta para ello, en tanto que de otra forma, la aplicación del sistema pretendido resulta irrazonable y afecta el sentido y espíritu de la ley tenido en cuenta por el legislador.” Quinto, porque de esa manera, en tales condiciones, el planteo intentado a fs. 490/491 por el Sr. Secretario de Financiamiento y Deuda Pública del Ministerio de Economía (mediante Nota 023/20), se vislumbra intempestivo, resultando contrario a los propios actos realizados previamente en el proceso por la demandada, toda vez que, sabido es, que nadie puede ponerse en contradicción con aquéllos ejerciendo una conducta incompatible con otra anterior cuando ese comportamiento, como sucede en la especie, ha sido deliberado, voluntario, jurídicamente relevante y plenamente eficaz. En consecuencia, la postura ahora sostenida por la accionada no puede ser receptada por este tribunal en la medida en que se contradice con la ya adoptada y conformada judicialmente mediante resolución de homologación en la 1ra. Instancia.

Sexto, porque contrariamente a lo que expresa la recurrente en relación a que no resulta de aplicación lo dicho en el precedente “Vega” (Expte. N° 27.320/14 STJRN, se. 46, 29/07/2015), sí entiendo válida su alegación al caso (como lo ha declamado el sentenciante), puesto que si bien no pasa desapercibido que en el mismo se trataba de una homologación de acuerdos de naturaleza transaccional que ponía fin al litigio en pleno trámite, lo cierto es que aquí nos encontramos con un estado procedimental aun más avanzado, en etapa de cumplimiento de sentencia firme y consentida, por lo que allí expuesto por el Máximo Tribunal Provincial en cuanto al atributo de cosa juzgada que se le asigna a la homologación judicial cobra plena incidencia en la especie. Séptimo, porque una solución distinta a la que se arriba, implicaría violentar el principio de confianza legítima, el que si bien se aplica plenamente en el ámbito del derecho administrativo —particularmente en el marco de relaciones entre el administrado y la administración—, es un principio general que, asumo, hace a la operatividad de la idea de justicia en un estado de derecho que tiende a garantizar la tutela judicial efectiva en función de postulados constitucionales de igualdad, equidad, seguridad jurídica y buena fe, cual pautas previas a la norma, coetáneas con ella que permiten su interpretación y aplicación con razonabilidad. Entonces, la pretensión de la accionada de cancelar ahora las deudas —oportunamente determinadas por sentencia judicial, y acordadas su modo y forma de pago por acuerdo homologado, firme y consentido— con títulos públicos, se advierte violatoria a aquél principio, toda vez que se estaría vulnerando la expectativa fundada en un acuerdo de pago en pesos conformado judicialmente, cuyas condiciones ahora se pretenden eliminar de manera abrupta. Octavo, porque tampoco puede sortearse, eludirse, ni desconocerse que las sumas de condena cuyo pago se anhela pagar conforme el procedimiento establecido en el art. 6 de la Ley 5429, fueron consecuencia inmediata de la determinación de responsabilidad del Estado Provincial en relación a un hecho acaecido en setiembre del año 2011 (hace 9 años), por lo que abonar tal obligación con títulos públicos

afecta derechos humanos fundamentales (conf. Fallos: 316:476), (entre otros, derecho a la propiedad privada, a la protección judicial efectiva, al derecho alimentario, a la integridad personal). Es que en el marco del examen de razonabilidad de las medidas de excepción a partir de las disposiciones de la Ley Fundamental que le compete al Poder Judicial —pues no escapa de la decisión a la que se arriba que no es resorte del órgano jurisdiccional decidir sobre el mérito con que otros Poderes públicos evalúan los datos objetivos de la declaración de emergencia o crisis—, su atención en el presente supuesto no se repara como prudente y equitativa, puesto que la espera en el cumplimiento de una sentencia firme, implica una privación del goce del bien, afectando de tal manera el respeto debido por el derecho de propiedad al manejar a voluntad el dinero (propiedad) del ejecutante (art. 14 CN), y por cuanto con ella se nova la modalidad acordada del pago de la deuda, convirtiendo su aplicación actual en un uso abusivo. Es más, hasta si se quiere su utilización resulta evaluable como irritante y violatoria de la norma constitucional que prescribe la igualdad ante la ley (art. 16 CN), por cuanto la norma cuestionada se determina para condenas de sumas de dinero mayores a \$500.000.

Por todo lo dicho, y ya de manera conclusiva, porque los sólidos argumentos brindados por el sentenciante de grado no permiten atisbar violación alguna a doctrina legal o norma de aplicación, sino una interpretación razonable de la preceptiva y jurisprudencia en la materia, en función del respecto a los principios de seguridad jurídica, tutela judicial efectiva, confianza legítima, buena fe y doctrina de los actos propios, evitando de esa manera, la gravosa sanción institucional que importa una declaración de inconstitucionalidad la que sólo debe ser considerada como *ultima ratio* del orden jurídico (Fallos: 249:251 y sus citas; 260:153; 264:364; 312:122) y a la que debe acudir cuando no exista otro modo de salvaguardar algún derecho o garantía amparado por la Constitución Nacional; porque no se vislumbra en las críticas vertidas por la apelante demandada argumentos suficientes para desmerecer lo sostenido por aquél, ni la necesidad de modificar la decisión apelada la que, por el contrario, se advierte dictada con prudencia y razonabilidad fundada —determinantemente— en las constancias y posturas desplegadas por las partes en la causa; y porque tengo el convencimiento que los límites constitucionales a la situación de emergencia tienen fundamento supranacional en el art. 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos cuando establece que las garantías de algunos derechos no pueden restringirse, ni aun en casos de estados de excepción, es que propicio el rechazo del remedio recursivo planteado a fs. 519, lo que así decido, con costas (art. 68 Cód. Proc. Civ. y Comercial). Mi voto.

El doctor *Gallinger* dijo:

Adhiero a la solución propuesta por la Sra. Juez que me precede en orden de votación, por compartir los argumentos por ella otorgados, sufragando en igual sentido.

La doctora *Ignazi* dijo:

Atento la coincidencia de criterio de los Señores Jueces preopinantes, me abstengo de sufragar.

Por ello, y en mérito al Acuerdo que antecede, el Tribunal resuelve: I. No hacer lugar al recurso de apelación interpuesto a fs. 519, manteniendo la sentencia de fs. 514/518 y vta. en todos sus términos, con-

forme argumentos dados, debiendo seguir los autos según su estado. II. Imponer las costas a cargo de la recurrente perdidosa (art. 68 CPCC), estableciendo los honora-

rios de los letrados intervinientes por la parte actora (Dres. Luis Emilio Pravato y Pedro Francisco Casariego), en forma conjunta, en el 30% de los decididos en

la instancia de grado (art. 6, 7 y 15 LA), no correspondiendo regulación de emolumentos a la letrada de la parte demandada por aplicación del art. 2 de la Ley G 2212.

Regístrese, protocolícese, notifíquese. Oportunamente bajen los autos. — *Ariel Gallinger*. — *María L. Ignazi*. — *Sandra E. Filipuzzi de Vázquez*.

ACTUALIDAD

Actualidad en Derecho Penal

Alejandro J. E. Moldes () y Matías O. Zanona (**)*

I. Amenazas. Arma de fuego. Apreciación de la prueba. Falta de acreditación. Calificación legal. Viedma. Río Negro

Autos: "C. E. E. c/ S. P.V.G. s/ Amenazas calificadas", (Expte. MPF-VI-01753-2019)

Fecha: 14/9/2020

Cita Online: AR/JUR/46685/2020

El 14 de septiembre de 2020 el Tribunal de Impugnación Provincial de la Provincia de Río Negro dictó sentencia en los autos de referencia e hizo lugar a la impugnación interpuesta por la Defensa y revocó en lo pertinente el punto primero de la sentencia de grado, declarando al acusado penalmente responsable del delito de amenazas simples, dos hechos, en concurso real, en carácter de autor.

En el caso, el juez de juicio del Foro de Jueces de la Ira. Circunscripción Judicial, había declarado al acusado responsable del delito de amenazas simples y amenazas agravadas por el uso de armas, en concurso real, dos hechos, en carácter de autor.

La Defensa impugnó la condena en relación con el segundo hecho de amenaza que se encuentra agravado por el uso de arma de fuego. Afirmó que el juez fundamentó la decisión en el plexo probatorio presentado por la Fiscalía en tanto que la Defensa había acompañado dos testimonios y había acreditado que el arma no había existido, no se encontraba en el hecho, por lo cual entendía que esto era suficiente para acreditar la inexistencia del arma, en especial si la testigo amiga de la víctima no había podido mínimamente describirla y que el propio juez por ese motivo había desacreditado ese aspecto de la cuestión. Consideró la Defensa que, dada la insuficiencia de la prueba de cargo y la existencia de la prueba de descargo, no podía haberse tenido por acreditada la existencia del arma de fuego y en definitiva los dos hechos reprochados debían ser calificados como amenazas simples y concursarían en forma real.

De su parte, la Fiscalía sostuvo que el planteo de la Defensa debía ser rechazado pues era una mera discrepancia subjetiva con la valoración de la sentencia y que el juez en definitiva no había tenido dudas que la víctima había visto el arma y que la amenaza había tenido relación con el uso del arma en exhibición.

El Tribunal inició el análisis con el voto del Dr. Adrián Fernando Zimmermann quien comenzó mencionando la declaración de la víctima, C., quien había señalado que alcanzó a ver el arma pero no sabe cuál era porque no sabe de armas, que era ne-

gra, que el acusado no la había extraído ni agarrado, que había señalado el lugar de la cintura donde estaba, primero indicó el lado derecho de la cintura y luego el lado izquierdo, también dijo que sabía que era negra porque la había visto antes cuando había ido el acusado a su casa. Del testimonio de S., amiga de la víctima, destacó que el juez de juicio sostuvo que su relato fue conteste con el de C., respecto de las circunstancias, pero le había generado dudas si en verdad había visto el arma que exhibiera el acusado pues no pudo si quiera mínimamente describir la misma ni dar ningún detalle.

A continuación, el Dr. Zimmermann mencionó el deber de observar las pautas del precedente "Casal" en orden a la revisión integral de la sentencia de condena, vinculadas con el examen de las reglas de la sana crítica y de un método racional de reconstrucción histórica y así entendió que el sentenciante había utilizado un doble estándar de valoración de la prueba ante circunstancias similares quedando en evidencia la insuficiencia del examen de la versión de las testigos con relación a la existencia del arma de fuego.

Explicó el votante, que el juez al valorar el testimonio de S., le restó fuerza convictiva porque le generó dudas que no pudiera mínimamente describir el arma; y al valorar el testimonio de C., le dio plena fuerza probatoria basándose en que dijo haber visto el arma y que era negra, omitiendo ponderar el motivo de esa afirmación que era saberlo porque la había visto antes, lo cual muestra un análisis parcial en la crítica interna del relato del juez evidenciando que se convalidó un doble estándar de valoración probatoria en desmedro de los principios de la sana crítica racional. Se demostraba así una errónea ponderación del testimonio de C., el cual debía ser contextualizado con la contradictoria señalización de la ubicación del arma en el cuerpo del acusado.

Agregó luego que los indicios probatorios carecían de hechos base plenamente probados y el referido a la expresión amenazante en sí misma resulta débil porque es un hecho intermedio que no permite llegar de forma unívoca a la existencia del elemento físico arma de fuego por medio de un razonamiento basado en el nexos causal y lógico, que no se podía concluir, de la valoración individual o conjunta, que se pudiera excluir que los hechos hubieran ocurrido de otra manera, inexistencia del arma de fuego, porque de los indicios no surge el hecho consecuencia, no existe un enlace preciso y directo y en consecuencia debía desecharse del hecho primero de la condena la agravante utilización arma de fuego quedando encuadrado el mismo en la figura penal de amenazas simples.

Seguidamente los Dres. Miguel Ángel Cardella y María Rita Custet Llambi en lo sustancial adhirieron al voto precedente y en definitiva el Tribunal entendió que la sentencia carecía de motivación sobre el tema objeto de impugnación y dispuso hacer lugar a esta y declarar al acusado responsable del delito de amenazas simples, dos hechos, en concurso real, en carácter de autor, reenviando el expediente para que se continúe el trámite y se efectúe una nueva cesura.

II. Abuso sexual con acceso carnal. Garantías constitucionales. Apreciación de la prueba. Falta de acreditación de los hechos. Presunción de inocencia. Beneficio de la duda. Absolución. Viedma. Río Negro

Autos: "A. A. E. s/ Abuso Sexual con Acceso Carnal", (Expte. MPF-RO-01277-2017)

Fecha: 21/8/2020

Cita Online: AR/JUR/46683/2020

El 21 de agosto de 2020 el Tribunal de Impugnación Provincial de la Provincia de Río Negro dictó sentencia en los autos de referencia e hizo lugar a la impugnación interpuesta por la Defensa, revocó la sentencia condenatoria del Tribunal de juicio, absolviendo al acusado por el beneficio de la duda en los términos del art. 8º de la ley 5020 (CPPRN).

En el caso, el Tribunal de juicio del Foro de Jueces de la Iida. Circunscripción Judicial de Río Negro, mediante sentencia del 10 de febrero de 2020, resolvió condenar a A. E. A. a la pena de 7 (siete) años de prisión, accesorias legales y costas, como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal en carácter de autor, y se le impuso la pena única de 8 (ocho) años y 3 (tres) meses de prisión de cumplimiento efectivo, con más accesorias legales y costas del proceso (arts. 12 y 29, inc. 3 del CP y 266 y 267 del CPP).

Contra dicho fallo la Defensa dedujo recurso de impugnación ordinaria sobre la base de la ausencia de pruebas para acreditar la existencia del hecho en tanto que el Ministerio Público Fiscal acudió a la audiencia respectiva manteniendo su posición acusatoria de la instancia anterior.

El Tribunal inició el análisis con el voto del Dr. Miguel Ángel Cardella quien destacó que existía un hecho controvertido, en cuanto a si existió una agresión sexual o esa relación fue consentida, entrando en juego los principios y valores del sistema procesal penal, donde surgía la garantía de la presunción de inocencia y el estado de duda a favor del imputado, estándar jurídico que la acusación debía desmoronar, ya que tiene esa obligación a su cargo (art. 13, CPPRN) aunque, sin embargo, los jueces de juicio sostuvieron su decisión más en la íntima convicción que en la sana crítica, porque realizaron un juicio subjetivo de valor sobre la presunta víctima y el presunto victimario, que no encuentra sustento en ninguna prueba, por lo tanto, hay una violación al sistema de la libre convicción en materia criminal que manda a los Jueces a fallar con fundamentación razonada y legal (arts. 139, inciso; 14, tercer párrafo y 200, Constitución Provincial). Al respecto indicó el magistrado votante que la Fiscalía no completó la obligación que tenía de acreditar la afir-

mación de su acusación y el Tribunal de Juicio completó la tarea que le compete a una de las partes, perdiendo su calidad de ser árbitro del proceso.

Así en la revisión de este caso, se sostuvo que no hay medios probatorios que permitan razonablemente superar el principio de inocencia, lo que otorga respuesta al planteo del Defensor cuando sostiene y acredita la insuficiencia probatoria del juicio.

En síntesis, el criterio subjetivo de la sentencia no soporta el contraste con los dichos del imputado y las declaraciones testimoniales de M. (víctima) y del médico policial, en donde el hecho controvertido no se aclara, pudiendo ocurrir del modo que lo presenta el imputado y ello no fue confrontado con la acusación.

Seguidamente con la adhesión de los Dres. Rita Custet de Llambi y Juan Carlos Mohamed Mussi, el Tribunal resolvió hacer lugar a la impugnación de la Defensa, revocar la sentencia dictada contra A. E. A. y absolverlo por el beneficio de la duda según el art. 8º de la ley 5020 (CPPRN).

III. Abuso sexual. Acuerdo de juicio abreviado. Sentencia que rechaza Acuerdo. Nulidad. Reenvío. Trelew. Chubut

Autos: "Ministerio Público Fiscal Rawson s/ Investigación", (Carpeta Judicial Nro.: 7166 Ofiju Rw — Legajo Fiscal Nro.: 19.234 OUMPF RW)

Fecha: 13/8/2020

Cita Online: AR/JUR/33489/2020

El 13 de agosto de 2020, los jueces de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew, integrada por los doctores Alejandro Gustavo De Franco, Roberto Adrián Barrios y Daniel Luis María Pintos, con la presidencia del nombrado en primer término, resolvió hacer lugar a la impugnación ordinaria deducida por la defensa técnica de M. E. Q. y declarar la nulidad de la resolución nro. 275/20 Ofiju Rw dictada en fecha 8 de junio de 2020 (arts. 164 y 25 contrario sensu del C.P.P. y art. 169 C.Ch.), ordenando la inmediata remisión de las actuaciones a la Oficina Judicial de Rawson, para que por intermedio del juez que se designe y se fije nueva audiencia del art. 355.

En el caso, el Juez Penal Dr. Marcelo Nieto Di Biase no hizo lugar al procedimiento del juicio abreviado, en orden al delito de abuso sexual simple, agravado por haber sido cometido por dos o más personas, en el carácter de coautores, (arts. 119, 1er. y 4to., párrafo inc. d) y 45 del C.P.), respecto de M. E. Q., de L. D. V. y L. M., en orden a los hechos ocurridos en la villa balnearia Playa Unión de la ciudad de Rawson en fecha 22 de septiembre de 2012, en perjuicio de M.S., quien contaba con 16 años de edad al momento del hecho. El juez rechazó el acuerdo presentado por la Defensa y la Fiscalía, con consentimiento de la víctima, fundado en que los hechos debían ser ventilados en un juicio oral, posibilitando un mejor conocimiento de estos y conforme a ello, la posibilidad de analizar la figura agravada que sugiriera el Fiscal o la posibilidad de una pena más alta que la postulada, a la cual tachara de exigua conforme a la extensión del daño ocasionado a la víctima. Asimismo, consideró que el consentimiento que la misma brin-

(*) Abogado egresado de la Universidad de Buenos Aires. Ex Fiscal Federal. Ex Juez de la Provincia de Río Negro. Docente Universidad Nacional del Comahue.

(**) Abogado egresado de la Universidad Nacional del Comahue, Secretario de la Fiscalía Federal de General Roca, Río Negro.

dara al acuerdo se vio condicionado por el acuerdo resarcitorio con los imputados.

Contra dicha decisión (resolución 275/20 del 09/06/20) la Defensa Particular, Dr. G. I. en representación de M. E. Q., dedujo impugnación agraviándose por entender que el juez no emitió una sentencia, el juez emitió un dictamen, un veredicto de no homologación sin ningún proceso intelectual y la condición para el dictado o no de una condena es la evaluación de la prueba y el juez en lo único que basó su decisión es en el acuerdo, sobre cuyos aspectos la Defensa aclaró que al momento de presentar el acuerdo, solicitó expresamente que el *a quo* hiciera una evaluación de los elementos de prueba y dicte una sentencia fundada, tal como exige el art. 25 del CPP y 169 de la Constitución Provincial, pero el juez no hizo eso, no llegó a ninguna conclusión, la absolución o la condena, sino que “construyó una realidad que solamente está en su cabeza...”, al decir que “la voluntad de la víctima de firmar el acuerdo y de no querer ir al juicio oral estuvo viciada por el acuerdo económico al que se arribó entre las partes...”, sin base probatoria alguna. Por otra parte, se agravia del hecho que el juez no solo que no dicta una sentencia, sino que le dice al fiscal qué tiene que hacer con su caso y qué está bien y qué está mal.

Por último, la defensa agregó que “...el acuerdo de un juicio abreviado es el pedido de una condena, no de una opinión; la sentencia no reúne ningún estándar y solicita que la Cámara acepte la impugnación, anule la decisión porque no es una sentencia, designe un nuevo magistrado para que evalúe y lleve adelante otra vez la audiencia del 355 que lo trate un juez”.

A su turno, la Fiscalía, adhirió al recurso de la Defensa y en la audiencia de impugnación explicó el funcionamiento del sistema adversarial y del rol del juez, dio cuenta de la desformalización de la investigación penal preparatoria y del hecho que, en el juicio abreviado, tales evidencias se transforman en prueba por el allanamiento de la contraparte “y eso es lo que debe analizar el juez en el marco de un acuerdo...”. Explicó además que la aproximación que las partes tienen sobre estos elementos con vocación probatoria colectados es de alguna manera intransferible al Tribunal.

Al ingresar al análisis del caso el Dr. Alejandro Gustavo Defranco señaló que en el caso, el acuerdo al que arribaron las partes consistió en la admisión por parte de los imputados ya mencionados, los hechos enrostrados y la calificación legal, a saber: abuso sexual simple agravado por su comisión por dos o más personas en el carácter de coautores (arts. 45, 119 1er párrafo y 4to., inc. d) del C.P., texto ley 25.087), con la imposición de una pena de tres (3) años con costas, más condiciones (art. 27 bis, del C.P) por el término de la pena acordada. Asimismo, integró el acuerdo presentado, una reparación integral a la víctima.

Seguidamente, el magistrado votante refirió que es sabido que el procedimiento abreviado previsto por el art. 355 del ritual, es un plenario simplificado en el que se pretende que el juez resuelva (absolviendo o condenando) sin producción de prueba, que tome la decisión sobre la culpabilidad del prevenido con las evidencias producidas en la etapa preliminar, la admisión de los hechos por parte de los imputados y “en las demás circunstancias que eventualmente incorpore el imputado o su defensor” aunque contra la propuesta concreta de los involucrados, sin analizar los elementos con vocación probatoria indicados en la acusación y exclusivamente a partir de la pieza acusatoria presentada a los efectos del acuerdo, el juez rechazó el procedimiento por estimaciones per-

sonales que excedieron su competencia, afectando el principio de imparcialidad del juzgador. Así, es arbitraria la sentencia, primero, porque recurrir al expediente para rechazar el acuerdo por estimar que la pena es insuficiente, resulta una vía de autoexcluirse de la limitación del párrafo segundo del dispositivo que no permite que el juez supere la pena solicitada por el fiscal, obviando de este modo el deber de resolver por la condena o la absolución tal como ordena el art. 355.

Además, indicó que lo cierto es que mal puede el *a quo*, invocando razones meramente subjetivas, desoír la voluntad de las partes plasmada en el acuerdo, salvo grosera ilegalidad o falta de seriedad de los términos del pacto. El modelo acusatorio que rige en la Provincia impone, entre otras condiciones, la estricta separación de los roles en el proceso, en donde es solo el Fiscal quien se encuentra legitimado para impulsar la investigación, recabando el material con aspiración probatoria que hace a su teoría del caso, no pudiendo ser sustituido por los pareceres personales del órgano encargado de decidir en forma imparcial: el juez penal.

Agregó también que, en una tarea progresiva, luego de una imputación inicial provisoria, el titular de la acción va dando forma definitiva a su teoría del caso luego de zarandear la evidencia de cargo —y evaluando posibles refutaciones—, descartando la que carezca de capacidad para acreditar las premisas fácticas necesarias para sus teorías jurídicas o admitiendo la fortaleza de las evidencias de descargo que harían fracasar su hipótesis.

En ese marco, es admisible que genere una negociación con el imputado y su defensor, se reconozcan por su parte los hechos acreditados con la evidencia del sumario, se pacte la pena, ahorrando un largo y estéril proceso que, tal vez, llegue a la misma respuesta estatal.

En suma, presentado un acuerdo para proceder abreviadamente, debió el magistrado comprobar la existencia y seriedad de aquel y, de conformidad con la evidencia ofrecida, a la que los imputados se allanaron, estimar si el estado de inocencia se quebró en el caso, condenando tal como se pide, o, en caso contrario, absolver a los imputados.

En ese contexto destacó el magistrado de segunda instancia que no existe un solo elemento que permita sospechar que el consentimiento de la joven víctima se encuentra condicionado por el resarcimiento económico obtenido; al contrario, de las constancias de la audiencia del 08/06/20, surge con claridad que la aquiescencia de la víctima para con el procedimiento abreviado se motivó en sus deseos de dar por terminado el proceso.

En síntesis, no existe un elemento real que permita siquiera sospechar tal afirmación; por el contrario, surge claro que la víctima quiere, desea y necesita dar por finalizado el largo periplo sufrido hasta el presente y por ello aceptó que se proceda abreviadamente a pesar de no ser un requisito previsto en el art. 355 del ritual.

Por tales motivos el magistrado votante propuso al acuerdo, hacer lugar al recurso y nulificar la sentencia traída a revisión por su arbitrariedad manifiesta y motivación aparente.

A su turno el Dr. Roberto Adrián Barrios sobre la misma base fáctica del caso consideró que el juez penal se extralimitó en el análisis de la evidencia, con ello en la calificación legal y, consecuentemente, en su valoración de la pena acordada.

Asimismo explicó el magistrado que siendo la teoría normativa del caso, una de las posibles para integrar el acuerdo que arribara la fiscalía y la víctima con los imputados, la ultraactividad jurisdiccional sobrepasó los límites de su competencia y en la factibilidad de realizarse un juicio abreviado, son los fiscales quienes deben llevar a cabo un análisis de costos/beneficios a modo de estrategia procesal, y la calificación jurídica que integre el acuerdo, voluntariamente aceptado por los imputados, debe de ser alguna de las alternativas posibles en el caso.

Agregó además que el hecho de que el juez insista en la exigencia de producción de un testimonio particular, para que el testigo diga algo que no dijo, sin considerar que incluso podría decir aun menos de lo dicho, pone en jaque su imparcialidad.

La misma crítica incumbe respecto a los derechos de la víctima, pues a pesar de no conservar recuerdos del delito, podría ser convocada para declarar en el debate, a costa de su voluntad y de su salud.

Por otro lado, en el caso, no hay un ápice que sugiera que la víctima estuvo condicionada por un convenio económico, como afirmó el magistrado.

También consideró que el juez de la instancia anterior no tuvo una lectura constitucional de la acción de resarcir mediante un convenio económico, y esa omisión llevó a que la requisitoria no fuera correctamente valorada.

Así entendió que se acreditaron los agravios invocados en el recurso correspondiendo nulificar la sentencia impugnada.

En último lugar el Dr. Daniel Luis María Pintos agregó por su parte que el juez *a quo* luego de resaltar que es necesario tener en cuenta, que las facultades del magistrado en un procedimiento abreviado deben interpretarse a la luz del imperio de la garantía de imparcialidad del juzgador, y la vigencia del principio acusatorio; sin embargo, más adelante fundamentó su rechazo del acuerdo en la necesidad de llevar a cabo un juicio de conocimiento, con el fin de aclarar algunas “circunstancias que resultan imprecisas”.

Ahora bien, estos aspectos “a esclarecer” no respetan la base del pacto —que presupone que el Fiscal se ha ocupado ya de tamizar previamente con una mirada siempre estratégica, y proyectando sus posibilidades de éxito, en un hipotético juicio oral—, sino que apuntan a otras cuestiones alternativas; que, precisamente, el acusador ya se había ocupado de explicar por qué razón, fueron dejadas de lado (el juez penal califica a esta otra “posibilidad” como, “cuanto menos”, de una hipótesis de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por la actuación de dos o más personas).

Con lo expuesto hasta aquí, entendió que el caso se encontraba dentro de los lindes de una motivación aparente, en el decisorio impugnado, en tanto y en cuanto en vez de analizarse la “seriedad” del acuerdo, en función de la petición concreta de las partes y a partir de la acusación pública por el delito de abuso sexual simple, agravado por su comisión por dos o más personas en carácter de coautores —uno de ellos, el ahora recurrente M. E. Q. —; el juez penal impuso un criterio distinto, que sustituye aquel marco de referencia por otra hipótesis cual es, justamente, la que fuera dejada de lado por el acusador en el presente estadio del proceso (aunque bajo reserva de, eventualmente, volver a retomarla).

También indicó que el *a quo* no demostró la falsedad de los hechos contenidos en la

acusación pública, y en el posterior acuerdo de juicio abreviado; tampoco se ocupó de desarrollar que estos resulten inverosímiles, ni contradictorios entre sí; en suma, luce ausente el mentado “juicio sobre la verdad”, que solo a él le correspondía efectuar en caso de entender aplicable la doctrina citada, como un medio de convencer acerca de la falta de “seriedad” (art. 355) de la propuesta de las partes siendo insuficiente (en el marco teórico propuesto por el propio magistrado) el mero entendimiento de “... que el acuerdo sometido a examen está lejos de procurar alcanzar la verdad de lo sucedido...”, porque nuevamente resulta ser solo una generalización.

En síntesis, la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew, por unanimidad, resolvió declarar la nulidad de la resolución del juez que no hizo lugar al juicio abreviado propuesto por el Ministerio Público Fiscal del Chubut y por los imputados M. E. Q., L. D. V. y L. M., con expreso consentimiento de la víctima, con reenvío a otro juez penal, por vía de la Oficina judicial interviniente.

IV. Recurso de casación. Rechazo. Valoración de la prueba. Arbitrariedad de la sentencia. Ushuaia. Tierra del Fuego

Autos: “C. A., C. s/ Incendio”, Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur (Expte. Nº 809/19 STJ-SP).

Fecha 31/07/2020

Cita Online: AR/JUR/46690/2020

El 31 de julio de 2020 el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur resolvió por unanimidad rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de la acusada C. C. A., contra la sentencia que había sido dictada el 16 de agosto de 2019 por el Tribunal de Juicio en lo Criminal del Distrito Judicial Sur donde se la condenó a la pena de prisión perpetua, como autora material y penalmente responsable del delito de homicidio agravado por el vínculo.

En el caso, la recurrente impugnó la decisión del tribunal de juicio en el entendimiento de que este había incurrido en arbitrariedad en su sentencia condenatoria, por cuanto había omitido brindar adecuados argumentos para torcer el principio constitucional de inocencia. Al respecto detalló que la sentencia reposaba en apreciaciones que no habían sido establecidas con suficiencia probatoria ni adecuada a los estándares que el derecho en la actualidad reclama. Finalmente, afirmó que el juez de grado omitió explicar claramente las razones tenidas en cuenta para descartar las diversas hipótesis de la defensa, todo lo cual derivaba en una afectación a los derechos de defensa en juicio del acusado y de los principios *in dubio pro reo*, legalidad, equidad y culpabilidad.

El Superior Tribunal de Justicia con el voto rector del juez Carlos Gonzalo Sagastume y la adhesión del juez Javier Darío Munchnik rechazó el planteo de la defensa, expresando que las diferencias postuladas por el recurrente eran de tipo “interpretativas” en tanto revelaban disensos en la apreciación del cuadro fáctico, circunstancia que no alcanzaba a los fines pretendidos en el recurso casatorio.

Al respecto detalló el votante que el planteo formulado por la defensa remitía a la tarea axiológica llevada a cabo por el sentenciante. En ese sentido, afirmó que la estructura argumentativa en la que reposaba el fallo no revelaba la existencia de una apreciación meramente subjetiva de parte de los miembros del tribunal en torno a la verdad fáctica del caso. No obstante ello, el

tribunal realizó una valoración íntegra de la sentencia y de la prueba sobre la que había sido construida.

Asimismo, se enfatizó que la disconformidad o desacuerdo con el modo en que fue valorada la prueba reunida no implicaba sinónimo de arbitrariedad, máxime cuando, por un lado, el decisorio había sido debidamente

argumentado en cada una de sus partes y, por el otro, en tanto se apreciaba un responsable y sensato tratamiento de todos los cuestionamientos introducidos por la defensa acerca de las circunstancias del evento. Finalmente, se señaló que no cualquier discordancia con la tarea axiológica del tribunal configura la causal de arbitrariedad invocada por la parte, precisando que esta

doctrina no tiene por fin desplazar el criterio de los magistrados de otras instancias por el de ese Superior Tribunal, sino que se trata de descalificar una decisión que carezca de bases aceptables con arreglo a los preceptos legales que gobiernan la actividad de los tribunales. Así pues, debe cuidarse que la solución a la que se arrije no importe una solución distinta pero igualmente opinable.

En virtud de ello, el Tribunal entendió que no debía hacerse lugar al recurso de casación interpuesto y confirmaron la sentencia impugnada.

Cita on line: AR/DOC/3954/2020

ÚLTIMA INSTANCIA

Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut

Quebrantamiento de forma

Corresponde declarar nula la sentencia de la Cámara de Apelaciones de Esquel, pues es claro que adolece de una explica-

ción fundada y concurrente, que enlace con sentido jurídico todas las circunstancias concretas del caso vinculadas a los agravios que habilitaron la competencia revisora de la Alzada. La decisión no es propiamente un acuerdo, ya que no es tal la exposición o sumatoria de razones individuales, inconexas e infundadas, y so-

bre todo contradictorias en sí mismas (del voto del Dr. A. Javier Panizzi).

ST Chubut, A., A. G. y otro c. P., M. S. y otros s/ ordinario, 04/06/2020.

Cita online: AR/JUR/19731/2020

Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro

Cobertura de salud. Asistencia domiciliar. Obligaciones de las obras sociales

El argumento expuesto por la demandada para negar la cobertura médica, referido a que su auditoría informa que la extensión de 24 horas de la asistencia domiciliar no tiene asidero médico —en tanto solo puede justificarse durante una franja horaria diurna, hasta un máximo de 12 horas, no así durante la noche, horario destinado al descanso— no logra desacreditar el pedido formulado por la médica tratante que es quien conoce al paciente, sus necesidades de tratamiento y las condiciones en que debe proporcionarse la asistencia, quien certifica que el paciente tiene un coeficiente de menos de 20 puntos —escala de Barthel—, circunstancia que implica que la dependencia es total, por lo cual requiere de cuidados domiciliarios durante las 24 horas del día.

ST Río Negro, F., J. c. Medicus S.A. s/ amparo s/ apelación (originarios), 22/06/2020.

Cita online: AR/JUR/22851/2020

Superior Tribunal de Justicia de La Pampa

Competencia. Relación de empleo público

Si la relación entre las partes se originó en el marco de una relación de empleo público de naturaleza contencioso-administrativa dado que el actor se desempeñó laboralmente en relación de dependencia para la Municipalidad —realizó tareas en forma habitual y en los horarios previamente establecidos por aquella— para determinar la procedencia o improcedencia de la pretensión procesal (indemnización por incapacidad, diferencias salariales, indemnización por antigüedad, aportes patronales) será necesario aplicar normas y principios del derecho público, por lo que resulta procedente que el Superior Tribunal declare su competencia para conocer y resolver las actuaciones.

ST La Pampa, Paredes, Miguel Ángel c. Municipalidad de Toay s/ despido, 26/08/2020.

Cita online: AR/JUR/44030/2020

Superior Tribunal de Justicia de Tierra del Fuego

Emergencia previsional

Respecto de la ley 1068, que declara la emergencia del Sistema de Seguridad Social de la Provincia de Tierra del Fuego, no se advierten irrazonables para ser calificada como inconstitucional, siendo pública y notoria la grave crisis que atravesara el organismo previsional, la que dificultara el pago en debido tiempo y forma de los haberes jubilatorios. Esta situación ha impactado claramente en el accionar de este Poder Judicial a través de una gran cantidad de acciones judiciales tramitadas ante la primera instancia y también en sede originaria de este Superior Tribunal, iniciadas a los fines de lograr dicho objetivo.

ST Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, Ojeda, Luis Antonio y otros c. Provincia de Tierra del Fuego AelAS s/ acción de inconstitucionalidad-medida cautelar, 06/05/2020.

Cita online: AR/JUR/21635/2020

Tribunal Superior de Justicia de la Provincia del Neuquén

Prisión domiciliar. Delitos contra la integridad sexual

El interés institucional se verifica, porque la resolución recurrida coloca a un condenado por gravísimas ofensas sexuales direccionadas hacia una persona menor de edad, a continuar su pena de encierro en el mismo ámbito donde concretó tales abusos. Esto podría generar perjuicios irreparables para la recta administración de justicia y para los derechos de la víctima, a la vez que dicha decisión, en los términos en que fue dada, podría acarrear también responsabilidad estatal por incumplimiento de obligaciones internacionales.

TS Neuquén, L. R. E. s/ Abuso sexual, 15/05/2020.

Cita online: AR/JUR/21548/2020

Cita on line: AR/DOC/3950/2020

THOMSON REUTERS
LA LEY

Información confiable
que avala tus argumentos.

LANZAMIENTO PERFILES DIGITALES HUMANOS

Proteger datos en la era de la inteligencia artificial
Retos y desafíos del tratamiento automatizado



Juan G.
Corvalán

1 tomo + eBook

Este libro es el primero de habla hispana sobre el tratamiento automatizado de datos personales. Brinda al lector herramientas para el estudio y comprensión de la utilización de la inteligencia artificial en el tratamiento de datos personales, y de las problemáticas que surgen en el escenario actual que desprotege a los titulares de los datos. Analiza también los incumplimientos en los que incurren las páginas web y las plataformas de las principales redes sociales.

Aborda de forma exhaustiva las normas de América Latina, de la Unión Europea y del Consejo de Europa; así también como la situación actual de desprotección de datos. Profundiza sobre los principios y derechos que se consagran en las normas, estándares y recomendaciones y estudia los nuevos principios y derechos que nacen en virtud del tratamiento automatizado.

Adquirí la obra llamando al **0810-266-4444**
o ingresando en www.TiendaTR.com.ar

the answer company™
THOMSON REUTERS®



Seguí nuestra nueva página de [LinkedIn](https://www.linkedin.com/company/thomson-reuters-laley) con **contenido específico** para abogados.

[f](https://www.facebook.com/ThomsonReutersLaLey) ThomsonReutersLaLey
[@TRLaLey](https://twitter.com/TRLaLey)
[yt](https://www.youtube.com/channel/UC...) ThomsonReutersLatam