



# Dossier doctrinario



## Autores de Chubut

# **Dra. Cecilia Isabel Vallejos**

Compilado por TSB María del Carmen Roldán y Lic. Bib. Natalia L. Rodríguez  
Una producción de la Biblioteca de Tribunales de Esquel

Editado por la Dirección de Bibliotecas - Superior Tribunal de Justicia  
Provincia del CHUBUT



## **Dossier doctrinario. Autores de Chubut**

Este servicio de la Red de Bibliotecas del Poder Judicial del Chubut, busca recopilar, en un solo sitio, toda la doctrina publicada por autores locales con trayectoria en el derecho y la función jurídica.

El presente dossier reúne todos los trabajos doctrinarios realizados por la Dra. Cecilia Isabel Vallejos hasta la fecha.

**Dirección de Bibliotecas**

Superior Tribunal de Justicia del Chubut

**Dirección de Bibliotecas** – Superior Tribunal Justicia de Chubut  
Roberto Jones y Rivadavia – Rawson – Chubut [biblio@juschubut.gov.ar](mailto:biblio@juschubut.gov.ar)  
Teléfonos: (0280) 4482331 - 4482332

**Biblioteca de Tribunales de Esquel**  
Av. Alvear 509 –Esquel – Chubut  
[biblioeg@juschubut.gov.ar](mailto:biblioeg@juschubut.gov.ar)  
Teléfonos: (02945) 450022- 451417 Int. 222

Horario de atención de Lunes a Viernes de 7.00 a 13.00 hs.

## Contenido

Sobre el autor .....	7
Nuevos paradigmas. Los desafíos del proceso de familia y Código Civil y Comercial de la Nación. ....	15
Columna de Opinión: La Heteronormatividad y la necesidad de modelos inclusivos .....	28
Fuentes de filiación. La voluntad procreacional y las TRHA. Nuevos desafíos sobre nuevas realidades. ....	31
Reflexiones en torno a un caso judicial sobre la interseccionalidad y el reconocimiento como reparación .....	62
Una cuestión de igualdad: licencias laborales por otorgamiento de guarda preadoptiva .....	73
Género y sistema judicial: un análisis sobre la situación de las mujeres en el Poder Judicial del Chubut .....	91
Un caso difícil: el vínculo entre progenitor no conviviente y el NNYA. El tiempo no borra todas las heridas .....	102
Compensación económica. Una sentencia con perspectiva en la Provincia del Chubut .....	119
El mandamiento de ejecución: del derecho anglosajón al constitucionalismo provincial. Breve análisis de su regulación en la provincia de Chubut, Río Negro y Santa Cruz .....	136
El rompecabezas de armar soluciones justas .....	166

Este ejemplar recopila todos los trabajos  
doctrinarios publicados por la Dra. Cecilia Isabel  
Vallejos hasta el año 2024.

## *Sobre la autora*



## **CECILIA ISABEL VALLEJOS**

**E-mail:** [ceciliavallejos.esquel@gmail.com](mailto:ceciliavallejos.esquel@gmail.com)

**Linkedin:** [www.linkedin.com/in/cecilia-vallejos-9737a59b/](http://www.linkedin.com/in/cecilia-vallejos-9737a59b/)

### **Formación académica:**

- **Abogacía.** Título otorgado por la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco. Anotado en el folio N°100 del Registro I – ESR. Certificado por el Ministerio de Educación de la Nación. (2003 – 2007) - Promedio Final: 8,09

- **Licenciatura en ciencias políticas.** título otorgado por la Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco. anotado en el folio N° 132 del registro xv - cr. reconocimiento oficial y validez nacional al título: Resolución Ministerial N° 67/03. (2021). - II. promedio final: 9,40.

- **Especialista en Derecho Procesal Civil** (2021). Universidad de Buenos Aires. Facultad de Derecho. Res. CONEAU 542/16. Resolución Ministerio de Educación de la Nación N° 2864/17. otorgado el 26 de noviembre de 2021. - calificación final: 9 (nueve).

- **Magíster de la maestría en género sociedad y políticas** (2024) Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales. FLACSO VIRTUAL Buenos aires, Argentina. Programa Regional de Formación en Género y Políticas Públicas. (2020) Acreditada por la CONEAU. Resolución N° 857/11. Categoría “A”. -Título de tesis: Cuerpos y discurso jurídico: la judicialización del acceso a las prácticas médico/farmacológicas de transformación corporal en el marco de la Ley 26.743 de Identidad de Género. Directora: Dra. Anahí Farji Neer. Tesis defendida el 13 de diciembre de 2024 ante el jurado conformado por los Dres. María Soledad Cutuli, María Eugenia Monte y Sebastián Ezequiel Sustas. Obteniendo la calificación más alta de 10 (diez) – Sobresaliente. Título en trámite.

#### **En curso:**

- **Maestría en Derecho Constitucional** (LLM). Facultad de Derecho. Universidad Austral. Aprobación Min. de Educación Res. 4398/17. Acreditación CONEAU Res. 237/16 con categoría “B”. En proceso de redacción de tesis. -Título de Tesis: El Interés Superior del Niño en la jurisprudencia de la CSJN. Su aplicación en la construcción de la decisión judicial. Director: Dr. Alfonso Santiago.

- **Maestría en Magistratura.** Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Buenos Aires. (Resolución 1775/19 – Acreditada ante CONEAU mediante Resolución 291/12 - RESFC-2021-38-APN-CONEAU#ME). En curso. - Ocho Módulos aprobados.

- **Doctorado en Ciencias Sociales.** Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco. Sede Comodoro. Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales. (Res. 772/2020 CONEAU). - III. Siete seminarios aprobados (2021 – 2022).

## **Desempeño laboral y profesional**

### **I. En el sector público**

Corporación de Fomento del Chubut (CORFO) (2006 – 2007).  
Secretaría de la Dirección Administrativa a cargo de la Dra. María Cristina Di Carlo. Pasante – Contratada.

Centro de actividades de montaña La Hoya. Ministerio de Industria Agricultura y Ganadería de la provincia del Chubut. (2008 – 2010). Secretaría de la Gerencia General del CAM La Hoya a cargo del Sr. Diego Alonso.

Ministerio de Comercio Exterior, Turismo e Inversiones del Chubut. Subsecretaría de Turismo y Áreas Protegidas. Delegación Zonal Esquel. (2010 – 2011): Asesoramiento jurídico, reglamentaciones turísticas a cargo del Director Regional de Turismo Lic. Edgar Sandoval.

Honorable Legislatura de la provincia del Chubut (2011 – 2015).  
Asesora Legislativa de diputado.

Delegada Ministerio de Gobierno. Comarca Los Andes (2015 – 2017) Ministerio de Gobierno de la provincia del Chubut.

### **II. En el Poder Judicial de la provincia del Chubut**

Profesional. Asesoría de Familia Esquel (2017 – 2018) Ministerio de la Defensa Pública.

Abogada adjunta provisoria. (diciembre 2018 – febrero 2019)  
Asesoría de Familia Esquel. Ministerio de la Defensa Pública de la provincia del Chubut. Resolución N° 478/2018 D.G.

Abogada adjunta. (mayo 2019 – presente) Asesoría de Familia Esquel. Ministerio de la Defensa Pública de la provincia del Chubut.

### **III. En el sector privado**

Abogada independiente (2009 – abril 2017): Matrícula Colegio Público de Abogados de la Circunscripción Judicial de Esquel. Fecha de matriculación 14 de septiembre de 2009. Inscripta en la matrícula E 189 Tomo I Folio 190 hasta mayo de 2017.

## **Ejercicio de la docencia Universitaria**

### **I. Educación media**

Colegio N° 708 “Malvinas Argentinas” Ministerio de Educación de la provincia de Chubut. Esquel, Chubut.

Docente interina cátedra Derecho Civil, del curso 2° 6°, 2° 3° y 2° 4°. (2009 – 2011).

Docente interina cátedra Economía, del curso 2° 7°. (2010).

Docente interina cátedra. Derecho Económico, 3° 6°. (2011).

Taller de apoyo en el área de Derecho (civil, comercial, laboral y tributario). (2011).

### **II. Universidad Nacional**

Universidad Nacional de la Patagonia “San Juan Bosco” – YPF: Escuela de inspectores. (2010) Comodoro Rivadavia, Chubut. A cargo del módulo Derecho Laboral y de la Seguridad Social en conjunto con el Dr. Javier Giménez.

Escuela superior de derecho. Sede Esquel. UNPSJB: - Ayudante de alumnos. Cátedra Economía Política, a cargo de los docentes Lic. Marcelina Angiorama y Dr. Gustavo De Pol (2004).

Facultad de Ciencias Jurídicas. Carrera de Abogacía. UNPSJB  
Sede Esquel.:

Ayudante de segunda. Dedicación ad – honorem. Resolución  
C.A.N.F.C.J. N° 004/08. Cátedra Derecho Comercial II. (2008).

Jefe de trabajos prácticos. Dedicación simple. Resolución  
C.A.N.F.C.J. N° 03/10. Cátedra Recursos Naturales: régimen jurídico.  
(2010 - 2013).

Jefe de trabajos prácticos. Dedicación simple. Resolución  
C.A.N.F.C.J. N° 03/10. Cátedra Finanzas Públicas, Derecho Tributario y  
Aduanero. (2010 - 2023).

Jefe de trabajos prácticos. Dedicación simple. Resolución  
C.A.N.F.C.J. N° 80/10. Cátedra Derecho Civil V (2011 – 2021)

Ayudante de cátedra. Concursada. Dedicación simple. Cátedra:  
Derecho Civil IV. (2016 – presente) Adjunta responsable de cátedra.  
Dedicación simple. Resolución CDFCJ N° 99/23. Cátedra: Civil V. (2022  
– presente).

Jefe de trabajos prácticos. Dedicación compartida. Resolución  
D/4 ad. ref. CD – FCJ N° 13/24. Cátedra: Derecho Sucesorio (2024).

### **III. Otros organismos**

Escuela Superior de Gobierno, Jefatura de Gabinete de la  
Nación. Aula Esquel. - Coordinadora. Dedicación Ad – Honorem. (2011  
– 2015).

Municipalidad de Trevelin. Programa de Capacitación “Ley  
Micaela” (2020 – 2021): - Construcción, presentación, aprobación y  
ejecución del Programa de Capacitación “Ley Micaela”, aprobado por la  
Comisión Evaluadora de Proyectos de la Mesa Interpoderes, Disposición  
N° 04/21 SDDHH. Dedicación Ad – Honorem.

## **Cargos académicos**

Facultad de Ciencias Jurídicas. Carrera Tecnicatura Universitaria en Martillero Público y Corredor. Sede Esquel. UNPSJB: - Directora. Res. del CD – FCJ N° 04/17. Desde el 15 de marzo de 2017 hasta 31 de diciembre de 2017.

Vicedirectora del Centro Patagónico de Estudios e Investigación de Derecho Político y Sociedad “Mariano Moreno”. Resolución CD. F.C.J. N°23/11. (2011 – 2012)

Facultad de Trabajo Social. Universidad Nacional de Entre Ríos. Miembro del Comité Evaluador de la Especialización en Políticas Públicas de Niñez, Adolescencia y Familia.

## **Actividades de extensión**

Facultad de Ciencias Jurídicas. UNPSJB. Directora. Proyecto “Más acceso, más justicia”. Voluntariado universitario convocatoria 2015.

Facultad de Ciencias Jurídicas. Municipalidad de Esquel. Ciclo de talleres sobre derechos reales, 6 al 10 de agosto de 2018. Disertante, de forma conjunta con el Esc. Horacio Scaglioni y la Ab. Esc. María del Pilar Morales.

## **Participación en eventos académicos en calidad de panelista, expositora o conferencista**

### **I. Nacionales**

“El Cordobazo y la participación social”. Charla – debate. Avalada Académicamente por la Resolución D – F.C.J. N° 161/12. 01 de junio de 2012.

Jornada: “Los nuevos Desafíos de la Reforma Política”. Centro Patagónico de Estudios e Investigación de Derecho Político y Sociedad

“Mariano Moreno”. Facultad de Ciencias Jurídicas. UNPSJB. 9 de agosto de 2011.

Jornada “Impuesto a las ganancias sobre los sueldos”. Avalada académicamente por la Res. D. – F. C. J. Ad. Ref. N° 93/13. 26 de abril de 2013.

Charla “Impuesto a las ganancias sobre los sueldos”. Cátedra Finanzas Públicas, Derecho Tributario y Aduanero. Facultad de Ciencias Jurídicas. UNPSJB. Sede Esquel. 13 de noviembre de 2015.

Charla “Estado, Gobierno y Finanzas Publicas: ¿En qué se emplean los fondos públicos?”. Avalada académicamente por CUDAP: Res. D/2 Ad. Ref. del CD – FCJ N° 530/16. 17 de noviembre de 2016.

Charla. Semana por la diversidad. “Género, Diversidad y Familias. Un análisis a la luz de la doctrina de DDHH.” Organizado por la Comisión de Diversidad del Consejo Zonal Esquel. UNPSJB. Sede Esquel. 16 de noviembre de 2017.

“V Congreso Nacional de la Asociación Argentina de Derecho Procesal Constitucional” y “I Encuentro de Jóvenes de Derecho Procesal Constitucional”, Resolución (D) N° 7211/24. Organizado por la Asociación Argentina de Derecho procesal Constitucional y por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Disertación: “El proceso de amparo a 30 años de la reforma constitucional de la provincia del Chubut”. 19 y 20 de noviembre de 2024, Buenos Aires, Argentina.

## **II. Internacionales**

“VII Congreso Latinoamericano de Niñez, Adolescencia y Familia de ALAMFPyONAF”. Disertación: “Nuevos paradigmas. Los desafíos del proceso de familia y Código Civil y Comercial de la Nación”. 18, 19 y 20 de noviembre de 2015, Mendoza, Argentina.

“IX Congreso Latinoamericano de Niñez, Adolescencia y Familia de ALAMFPyONAF”. Disertación: “Fuentes de filiación. La voluntad procreacional y las TRHA. Nuevos desafíos sobre nuevas realidades.”. 6, 7 y 8 de noviembre de 2017, Viña del Mar, Chile.

“XII Congreso Latinoamericano de Niñez, Adolescencia y Familia”. Organizado por la ALAMFPTONAF. Disertación: “El derecho a ser oída, una garantía para adolescentes mujeres en procesos de violencias. El adultocentrismo como perpetuador del orden patriarcal en las decisiones judiciales”. 15,16 y17 de octubre de 2020.

“Congreso Internacional en Derecho de Familia y Sucesiones. En homenaje a la obra jurídica de Mabel Rivero de Arhancet - Francisco A. M. Ferrer - Eduardo I. Fanzolato”. Organizado por la Universidad Abierta Interamericana. Disertación: “Reflexiones en torno a un caso judicial. Sobre la interseccionalidad y el reconocimiento como reparación”. 28, 29 y 30 de abril de 2021.

“II Congreso Red ALAS”. Organizado por la Red ALAS, Universidad Externado de Colombia y Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá. Disertación: “La composición del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Chubut: una oportunidad para la paridad de género y la transformación del sistema judicial hacía una de género”. 4 y 5 de noviembre de 2021.

## **Distinciones**

Primer lugar. Comisión 4. “XII Congreso Latinoamericano de Niñez, Adolescencia y Familia”. Organizado por la ALAMFPTONAF. 15,16, y 17 de octubre de 2020.

# Nuevos paradigmas. Los desafíos del proceso de familia y Código Civil y Comercial de la Nación

por Cecilia I. Vallejos

Disponible en: <https://lc.cx/nxnKg4>

Publicado en: Libro de ponencia: VII Congreso Latinoamericano de Niñez, Adolescencia y Familia. Mendoza: ALAMFPyONAF, 2015.

Pág. 632-643

[Consultado el: 28/11/2024]

## Síntesis:

En el presente trabajo intento analizar los impactos que los cambios de paradigmas han generado la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación en materia de Derecho de familia y Proceso. Estamos transitando por una etapa nueva donde cada vez más se hace necesario un rediseño de las pautas procesales en materia de familia, hacia un proceso más dinámico, más participativo.

## I. Los desafíos del Código Civil y Comercial y el proceso de familia.

*Yo supongo que los abogados también fueron niños.*

Charles Lamb

La reciente entrada en vigencia del Nuevo Código Civil y Comercial en la Argentina, ha generado un replanteo en torno a los principios que han de regir el proceso de familia. En provincias como Chubut, donde al día de la fecha no se cuenta con una adaptación de las leyes procesales con la nueva normativa de fondo, la labor interpretativa de los jueces ha recobrado un protagonismo central.

Es así, que en situaciones donde están en juego los derechos de Niños, Niñas y Adolescentes (en adelante NNyA), los magistrados deberán hacer uso de su práctica hermenéutica para arribar a la decisión que mejor garantice sus derechos. Es por ello, que me parece interesante determinados puntos que en la sentencia de la Sala A de la cámara de Apelaciones de la ciudad de Trelew (Chubut) arriba en los autos caratulados “ASESORIA DE FAMILIA E INCAPACES s/ Medidas de Protección (SSB)” (Expte. N° 145 - Año 2015 CAT), en la cual se establece que una adolescente no está obligada a convivir con su madre, centrándose en la participación del abogado del niño y en el principio incorporado en el Código Civil y Comercial, que es el de “autonomía Progresiva” de los NNyA.

Es así, que al revocar la decisión de primera instancia que promovía la “re vinculación coercitiva de la menor con su madre”, se centra el decisorio en un punto que al día de hoy es cuestión de debates: “la colisión de intereses entre el rigorismo formal y el interés superior del niño al momento de interpretar la aplicación de las medidas de protección de la Ley 26.061”. Es decir, el proceso de familia, especialmente cuando estamos frente a derechos que afectan a NNyA, debe velar por una efectiva reparación y/o cesación de situación que puedan colocarlos en situación de riesgo; en consecuencia, el juez/a al evaluar y analizar las pruebas y alegaciones que hicieren las partes (cuando fuera pertinente) debe decidir para abordar una solución al problema concreto sin escudarse en el rigor de ritual.

La ley 26.061n su artículo 27 establece garantías mínimas de procedimientos “(...) a) A ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente; b) A que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte; c) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine; d) A participar activamente en todo el procedimiento; e) A recurrir ante el superior frente a cualquier

decisión que lo afecte”; es decir se establece este piso porque el NNyA es PARTE del proceso: pues se está discutiendo en torno a sus derechos, sobre qué situación es la que mejor protegerá sus intereses; razón por la cual y atento a la autonomía progresiva del mismo debe ser participe.

Germán Bidart Campos, enseñó que hay derechos con normas y derechos sin normas, es decir, la fuente de los mismos puede o no provenir de estipulaciones escritas, pues decía “vale como un principio básico de interpretación, una vez que es la misma constitución la que nos está recordando que en ella hay silencios e implicitudes a los que hemos de acudir para darle funcionalidad operativa”, en consecuencia el intérprete de la norma no se puede escudar en lo que no está escrito para negar la tutela judicial efectiva. Es así que los preceptos establecidos en la Convención de los Derechos del Niño funcionan como aquel marco dentro del cual la decisión ha de tomarse, y es justamente muchos de estos aspectos los que fueron receptados en el Código Civil y Comercial de la Nación, buscando dar respuestas claras sin apegos a estereotipos propios de una sociedad tradicional (y porque no, un tanto hipócrita cuando de familia se trata).

## **II. Rigor procesal vs. interés superior del niño.**

En muchas ocasiones asistimos en los procesos de familia con decisiones que se alejan de la concreción del principio de la tutela de los derechos fundamentales de los NNyA: muchas de ellas son consecuencia de un excesivo rigor formal, algo que ya la doctrina ha nombrado como “abuso del proceso”, una figura que distancia al derecho (y porque no, al proceso mismo) justamente de su objetivo: el alcanzar la justicia.

Cada vez más la sociedad necesita de un derecho que realmente dé respuesta a las exigencias que en su seno se producen; por lo que se va perfilando un derecho, un proceso que no se termina en el aspecto esencialmente normativo, sino que se adapta a la realidad fáctica en base a un orden de valores que lo ilumina, que lo

guían. Es así que llegamos a sostener que el proceso de familia ya no es visto como una secuencia de actos de procesales, sino como un proceso dirigido y orientado hacia un objetivo.

El fallo de la Sala A de la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Trelew, en el voto del Dr. López Mesa ha dicho: “en el proceso de familia se acentúan las facultades oficiosas que le son reconocidas a los jueces con competencia especial en la materia, precisamente en aras de lograr no solo la eficacia del proceso sino, sobre todo, que su intervención torne eficaz para el resguardo de las normas que tutelan aquellos trascendentes derechos involucrados en el conflicto familiar que diera pié a su intervención”.

De esta manera, así como se ha establecido la figura del abuso de derecho, encontramos como una especie de dicha figura al abuso de proceso, que se puede entender y definir como el excesivo rigor ritual que termina desvirtuando la razón de ser del mismo. En este punto me parece interesante mencionar que la Corte Constitucional de Colombia ha dicho que el rigor ritual no puede “sacrificar” el goce de derechos fundamentales, diciendo que “si bien la actuación judicial se presume legítima, se torna en vía de hecho cuando el actuar del juez se distancia abiertamente del ordenamiento normativo, principalmente de la normatividad constitucional, ignorando los principios por los cuales se debe regir la administración de justicia.”<sup>1</sup>

Es así que se podría incurrir en un acto abusivo, el cual es lícito, pero antijurídico, dado que se estaría desconociendo los objetivos y principios que tuvo en cuenta el legislador, especialmente cuando analizamos que fue lo que buscó el legislador al dictar la ley 26.061.

El proceso de familia, posee principios que lo caracterizan y que lo diferencia del proceso civil, pues a lo largo de toda la puesta en marcha de su andamiaje procesal nos encontramos con un principio

---

<sup>1</sup> Morello, Augusto y Morello de Ramírez, María, El moderno derecho de familia. Aspectos de fondo y procesales, La Plata, ed. Platense, 2002 pág. 169

que funciona como directriz, como objetivo y como límite: el interés superior del niño consagrado en la Convención de los Derechos del Niño y receptado finalmente en el Código civil y Comercial). Para Cecilia Grosman, el concepto del interés superior del niño representa el reconocimiento del niño como persona, la aceptación de sus necesidades y la defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos por sí mismo. Esto significa que, resultará de su interés, toda acción o medida que tienda a respetar de manera efectiva sus derechos. Esta directriz cumple una función correctora e integradora de las normas legales, constituyéndose en pauta de decisión ante un conflicto de intereses y en criterio para la intervención institucional destinada a proteger al niño.

Por otro lado, se ha sostenido que la Convención de los Derechos del Niño, ha servido como una norma que regula los conflictos jurídicos derivados del incumplimiento de los derechos de los niños o de su colisión con los derechos de los adultos, por un lado; y como una herramienta de orientación y limitación de las actuaciones de las autoridades públicas y para el diseño de las políticas públicas enfocadas en la infancia. Es por ello que se considera que el proceso de familia donde se discuten o se busca proteger los derechos e intereses de los NNyA, debe arribar a una decisión que implique el mayor beneficio posible para el NNyA; en consecuencia, ante una posible colisión de intereses ante un adulto, estos cederán pues el magistrado ha de priorizar los intereses del NNyA. Como consecuencia de esto, es que se deberán adoptar todas las acciones y medidas que tiendan a fortalecer, proteger y respetar sus derechos, y perjudicial todas aquellas que puedan vulnerarlos, virtualizarlos en el tiempo pudiendo provocar un daño irreparable.

La doctora Cecilia Grosman ha considerado “que la Convención Sobre los Derechos del Niño, al ser aprobada por una ley (23849), hace que su contenido tenga ejecutoriedad y derogue normas precedentes que podrían contradecirlo. La Convención, como cualquier otro tratado internacional celebrado por nuestro país, prevalece sobre el derecho vigente por ser la última expresión de la voluntad normativa del Estado. Es decir, los derechos consagrados en

la Convención no son programáticos, aspiraciones a lograr, sino operativos. Si hay colisión de normas, la ley posterior prima sobre la anterior. De no ser así –a su entender-, tales derechos tendrían carácter abstracto y carecerían de vigencia hasta tanto el Estado Parte no los incorpore expresamente al derecho positivo. De esta manera, quedaría al arbitrio de cada país el cumplimiento del compromiso contraído.” Seguidamente, la Dra. Marisa Herrera ha sostenido que: “El Derecho de Familia es esencialmente dinámico, en constante movimiento y por lo tanto, eminentemente crítico del statu quo, lo que se traduce en un constante interés o búsqueda por acortar la brecha existente entre derecho y realidad.”<sup>2</sup>

Ahora bien, siempre se ha considerado a la familia como la institución madre de toda sociedad, como aquel eslabón primigenio sobre se construye toda comunidad; y como construcción social la misma evoluciona, se transforma constantemente conforme avanza un colectivo humano en el tiempo. Lo que implica un derecho más permeable a esos cambios, un conjunto normativo que pueda dar “respuestas concretas” a “problemas específicos”; desterrando de alguna manera esa idea de la existencia de conceptos normativos “pétreos”, es decir, que son resistentes al cambio. El derecho como disciplina social no puede ni debe dar la espalda a las transformaciones sociales, culturales y políticas; pues ante una sociedad más diversa necesitamos un derecho, un proceso que entienda y propenda medidas para proteger esa diversidad y no combatirla.

Es por ello, y en palabra de Aida Kemelmajer de Carlucci: “cabe recordar que las facultades judiciales se agrandan cuando están en juego los derechos fundamentales de los niños”. En otras palabras, cuando se encuentra en crisis la tutela de los derechos de los NNyA, todo el rigor formal ha de pasar en segundo plano, por lo que las facultades de los magistrados se ven expandidas, pudiendo este daptar el proceso de manera razonable a efectos de lograr una tutela efectiva.

---

<sup>2</sup> Herrera, Marisa, Entrevista a Marisa Herrera, pg. 327-340, Lecciones y Ensayos, N°90,2012 figura en [www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/90/herrera.pdf](http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/90/herrera.pdf)

“En materia de derecho de familia, pues, el sistema dispositivo en muchas ocasiones se desdibuja, en aras de obtener pronunciamientos acordes a la situación fáctica existente. En efecto, el conflicto familiar tiene características que requieren un abordaje distinto al resto de las cuestiones que habitualmente se ventilan en tribunales. Todos los conflictos requieren del órgano jurisdiccional una solución pronta y efectiva, pero tratándose de cuestiones de familia se demandan soluciones específicas, pues no se trata de dar la razón a una de las partes y/o declarar culpable a la otra, ni de establecer simplemente quién gana o quién pierde, sino que aquello que se procura es eliminar el conflicto, para encontrar un nuevo orden en la estructura familiar”.

### **III. La interdisciplina en el proceso.**

“La adopción de una ciencia del Derecho interdisciplinaria implica una importante ruptura epistemológica respecto de las racionalizaciones corrientes del fenómeno jurídico”.<sup>3</sup>

Siempre recuerdo las palabras del profesor, Dr. Calvo Costa al decir “las facultades de derecho deben dejar de llamarse así, y llamarse facultad de proceso civil”; pues en las universidades se transitan cinco años aprendiendo a litigar y en muchas ocasiones perdemos de vista que el Derecho es una Ciencia, que no se agota a procedimientos y aplicaciones de la norma sin cuestionamientos sobre aquello que se intenta aplicar; sino que implica también un saber, una forma de pensamiento y de reflexión propia. Y como toda disciplina se nutre de otras para poder continuar con sus estudios, y en definitiva concretar su objetivo a través de la ley. Es así que tanto para su estudio, como también para garantizar el acceso a la justicia debe estar armónicamente unido a otras disciplinas: y el derecho de familia no es la excepción.

En el Código Civil y Comercial, la materia de derecho de familia es la que ha merecido las mayores reformas, en algunos casos

---

<sup>3</sup> OST, Francois. El Tiempo del Derecho. Ed. Siglo XXI, Madrid, España, 2005.

de tipo estructural; en otros, a manera de ordenamiento sistemático y de actualización normativa. En este sentido, Medina destaca, que el derecho de familia exigía una reforma orgánica por cuatro causas: “la “desactualización” del derecho familiar con respecto a la realidad social, la adecuación al nuevo plexo constitucional de 1994, la desarmonía legislativa sistémica provocada por las esenciales reformas parciales producidas y, finalmente, la carencia de una reforma integral del régimen patrimonial del matrimonio”.<sup>4</sup>

El derecho de familia ha sufrido (y sufrirá seguramente) múltiples transformaciones, las cuales son reflejos del dinamismo de las construcciones sociales y culturales de toda una sociedad; es por ello que el magistrado que esté a cargo de este fuero debe adaptarse conforme a dichos progresos. Hoy el proceso judicial de familia se presenta ante una encrucijada, donde cada vez se está dando mayor participación al acompañamiento y seguimiento de equipos técnicos interdisciplinarios que permitan al magistrado tener una visión sobre los alcances y dificultades de la problemática sobre la cual han de decidir. Otro punto: los tiempos procesales: los problemas que llegan al poder judicial requieren de un proceso dinámico, que evite dilaciones innecesarias en el proceso, pues ante este aspecto las consecuencias, los daños son graves no solo porque se virtualiza el derecho al acceso a la justicia sino también por que las decisiones que se puedan tomar sean tardías y el daño pueda ser ya irreparable lo cual acarrea el desgaste y la deslegitimación de figura del juez.

Es por ello que ante estas reformas será justamente el juez (con la asistencia del equipo interdisciplinario) quien deba realizar un examen de oportunidad en torno a la intervención de los NNyA en el proceso, y que dicha intervención sea en entornos diseñados para protegerlos, preservarlos y no exponerlos innecesariamente.

Las reformas introducidas en el código Civil y Comercial, las normas vigentes, los principios que emanan de la Convención de los

---

<sup>4</sup> 270 Pitrau Osvaldo F., Doctrina del día: el derecho alimentario familiar en el proyecto de reforma (Decreto 191/2011) - En: <http://thomsonreuterslatam.com/>

Derechos del Niño y las creaciones pretorianas, nos enseñan que el derecho de familia no se satisface solamente con conocer la norma, exige a los jueces, abogados y demás operadores jurídicos, una formación que les permita “leer” cada situación, diagnosticar el problema, y finalmente tomar las decisiones conducentes para una eficaz (oportuna) protección de los derechos de los NNyA.

La interdisciplinariedad, un proceso de familia más dinámico, con una fuerte presencia de estos profesionales y la preparación de magistrados en múltiples materias y disciplinas que intervienen naturalmente en las decisiones, permitirá determinar un verdadero sentido de la norma en vista a la solución del conflicto y la protección idónea y actual de los derechos de los niños.

Habilitar más espacios de intercambio, capacitar en la diversidad a los jueces y operadores jurídicos, y fomentar la retroalimentación con otros saberes, harán de una justicia, de un Derecho puesto al servicio de todas las personas.

El derecho de familia se ha transformado, ha evolucionado de manera tal que hoy se compone de reglas de jerarquía constitucional, normas incorporadas en tratados de derechos humanos con rango constitucional, normativa de fondo nacional; todo este conjunto de normas están atravesados por principios que deben servir como guía, como brújula que marca el norte del proceso de familia para quienes deben aplicarla.

Ya no estamos ante un modelo de familia, sino al contrario, los estados deben propender a la protección de todas las familias, permitiendo que de esta manera cada construcción familiar encuentre su espacio de contención y salvaguarda en el derecho. Es por ello que, a pesar de la subsistencia de principios clásicos del proceso civil, sobre estos hay principios rectores que orientan a los jueces a la hora de decidir, adecuando dicha decisión a las realidades que se le presentan, debiendo sopesar qué medida es la que mejor se ajusta para solucionar el conflicto, y ante todo proteger los derechos de los NNyA.

Es por ello que en muchas ocasiones además de decidir conforme al derecho, hay que ajustar todo el desenvolvimiento del andamiaje procesal hacia una mirada más “terapéutica” del proceso en la medida de lo posible, especialmente cuando ante el conflicto de adultos quedan como rehenes los niños. Muchas veces una sentencia maravillosamente redactada puede ser una gran obra jurídica, pero en muchas situaciones no logra solucionar el conflicto. En consecuencia, el proceso de familia exige una readecuación del rol de la magistratura, una amplitud de mirada de los jueces y demás operadores jurídicos hacia una mayor interdisciplinariedad, posibilitando tomar medidas ajustadas al derecho pero que también logren el fin último: el acceso a la justicia, la solución del conflicto y la salvaguarda de la protección integral de nuestros niños, niñas y adolescentes, quienes en definitiva son el futuro de nuestro país.

Resulta necesario desterrar la burocratización del Poder Judicial que se ha construido sobre costumbres adquiridas, generando mecanización, “comodidad en la repetición de conductas que en muchas ocasiones impiden modificar los precedentes, aún cuando ellos no se ajusten a la realidad en el tiempo que se está juzgando”.<sup>5</sup>

“En tiempos sombríos, el Derecho sigue su ruta. Desde las vertientes de fondo y de las técnicas procesales no se detiene en el propósito que traza la estela de los Tratados, de la Constitución, de las leyes. Al caminar los primeros y tormentosos pasos de este tercer milenio, con sucesivos reconocimientos y garantías, se afana por arropar a las personas que, por sus carencias o debilidades desde las luces de la tutela judicial efectiva cobran mayor presencia, la urgencia de una necesaria y oportuna consideración y tratamiento de los aspectos jurídicos: el niño, la mujer, las nuevas formas de relaciones de y en pareja, con espectros cada vez abarcativos en los contenidos de derechos, y en el potencial y dirección de las garantías jurisdiccionales, en su linaje diversificado y en el blindaje de protección que se recortan y adquieren virtualidad plena en

---

<sup>5</sup> STJ Entre Ríos, sala en lo civil y comercial, 2/5/2003, ED 232-353

legitimados con competencias propias para acceder a la tutela judicial efectiva”.<sup>6</sup>

#### **IV. Conclusión**

El Derecho de familia y su aplicación procesal exigen una readecuación de diversos factores para lograr una óptima realización de la justicia. Un proceso más dinámico, sin tantas ataduras formales; sino más abierto, donde el trabajo coordinado entre jueces y equipos técnicos interdisciplinarios aseguraran el cambio de paradigmas dentro del proceso de familia.

Decisiones a tiempo, decisiones que buscan una solución a los conflictos que se presentan, más un claro interés por proteger y velar por la adecuada aplicación de los principios contenidos en la convención de los derechos del Niños, son puntales para este nuevo proceso que recién inicia.

Un proceso más diverso, mas “democráticos”; donde cada uno de los esquemas familiares pueda encontrar cobijo son el resultado de años de trabajo y luchas, hasta que finalmente en el Código Civil y Comercial de la Nación se ha cambiado esa perspectiva, hacia una mirada mucho más igualitaria, diversa y en definitiva mucho más justa. Porque a pesar de los intentos de “deshumanizar” el derecho, no podemos negar que el fin de la justicia en materia de familia es lograr la consecución de la defensa de los intereses de los NNyA; y quienes somos operadores jurídicos no debemos perder nunca de vista algo: los abogados una vez también fuimos niños.

---

<sup>6</sup> Morello, Augusto y Morello de Ramírez, María, El moderno derecho de familia. Aspectos de fondo y procesales, La Plata, ed. Platense, 2002 pág. 169

## V. Propuesta

1. El diseño de normas procesales ajustadas a los cambios normativos que se han verificado, dando una prioridad a la participación de los equipos técnicos interdisciplinarios.

2. El rediseño de los principios procesales hacia un proceso mucho más dinámico, que permita otorgar al Juez/a una mayor libertad de realizar posibles evaluaciones de “oportunidad” al momento de decidir los pasos a seguir, contando siempre con el apoyo de los equipos interdisciplinarios.

### **Bibliografía:**

BELLUSCIO, Augusto C. Derecho de Familia. T.-I., Depalma, Buenos Aires, 1975 631

GROSMAN, Cecilia P, Significado de la Convención de los Derechos del Niños en las relaciones de familia. LL, 1993-B-1091.

GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, FAMA, María Victoria y HERRERA, Marisa. Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes. Derecho Constitucional de la Familia. Comentada Anotada y Concordada, ed. Ediar, Buenos Aires. 2007.

HERRERA, Marisa. Entrevista a Marisa Herrera, pg. 327-340, Lecciones y Ensayos, N°90,2012 figura en [www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/90/herrera.pdf](http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/90/herrera.pdf)

KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, en "Revista de Derecho Privado y Comunitario", t. 16, p. 211, Sta. Fe. Rubinzal-Culzoni Editores. 1998.

MORELLO, Augusto y MORELLO DE RAMÍREZ, María. El moderno derecho de familia. Aspectos de fondo y procesales. La

Plata, ed. Platense. 2002. OST, Francois. El Tiempo del Derecho. Ed. Siglo XXI, Madrid, España, 2005.

PIITRAU Osvaldo F., Doctrina del día: el derecho alimentario familiar en el proyecto de reforma (Decreto 191/2011) - En: <http://thomsonreuterslatam.com/2013/02/20/doctrina-del-dia-elderecho-alimentario-familiar-en-el-proyecto-de-reforma-decreto1912011/#sthash.MeUOVa2p.ByQbGu8J.dpuf> I.

# Columna de Opinión: La heteronormatividad y la necesidad de modelos inclusivos

por Cecilia I. Vallejos

Disponible en: <https://acortar.link/xSm4LK>

Publicado en: Diario La Portada, 2018

[Consultado el: 20/12/2024]

*Lesbiana, gays, hombre, mujer, trans, travesti... Ante todo persona.*

Hace unos días veía una caricatura en donde una niña le pregunta a su madre si quien camina delante de ellas es hombre y mujer, y la señora le responde es una persona.

Siempre se ha dicho que el Derecho (el cual nunca es apolítico, muy por el contrario es el reflejo de la ideología de un momento histórico dado, a veces mayoritaria a veces no) es el conjunto de normas que regulan al hombre en la sociedad. Ahora bien, ¿Qué sucede cuando esta sociedad se ha transformado? La respuesta debería ser sencilla: las normas deben modificarse para amparar las nuevas realidades.

Sin embargo, esta cuestión que se nos presenta como algo simple no lo es, pues en muchas ocasiones implica modificar bases ideológicas férreamente aceptadas por algunos sectores sociales, culturales y religiosos.

Y de esta manera, el movimiento feminista logro uno de los grandes avances en materia de diversidad, igualdad y no discriminación: el concepto de género, en otras palabras, una construcción cultural de roles socialmente aceptados por sobre la genitalidad de nacimiento, reconociendo que hay personas que no se adecuan a los mandatos heteronormativos. Así las cosas, la idea de

genero viene a cuestionar no solo la heteronormatividad sino al binarismo de género.

Nuestro país, tiene una de las leyes más progresivas en materia de identidad de género. La ley 26.743 de identidad de género es una norma de avanzada pues define a la identidad de género como **“la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente**, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo.” Y dicho cambio no puede ser objeto de injerencias arbitrarias, siendo suficiente la realización de un trámite netamente administrativo.

El Código Civil y Comercial de la Nación que entro en vigencia el 1 de agosto de 2015 recepta los avances en materia de diversidad de género, eliminando el lenguaje sexista por uno mucho más inclusivo. Así hablamos de cónyuge, progenitores, convivientes; sentando los principios de igualdad y no discriminación en las relaciones de familia.

Todos estos avances han sido gracias al movimiento feminista.... Si al movimiento feminista. El movimiento feminista ha sido el impulsor de grandes cambios a nivel global, propiciando legislaciones más inclusivas en donde todxs encuentren amparo.

El binarismo de género solamente ampara al hombre y a la mujer, ¿pero qué pasa con aquellas personas que no se autoperciben dentro alguno de estos géneros?

El esquema heteronormativo solamente protege a la llamada familia tradicional conforme los mandatos cristianos occidentales: pareja heterosexual y sus hijos. ¿Qué sucede cuando alguien no encaja en esas formas? Según lo heteronormativo queda afuera del sistema, carente de protección; en consecuencia ¿qué pasa con los derechos humanos de esas personas?

La diversidad de género, como un resultado de las luchas feministas y de la doctrina de los derechos humanos, nos exhorta a

pensar realidades nuevas, donde justamente lo diverso, el otro no debe ser visto como amenaza sino como un sujeto con idénticos derechos y oportunidades de desarrollo.

A pesar de estos avances legislativos, últimamente los argentinos somos espectadores de nuevos actos de violencia motivados por diferencias: si una mujer reclama por sus derechos es tildada de feminazi, si alguien reclama por el reconocimiento de sus derechos ancestrales como pueblo originario no solamente se lo considera enemigo sino que hasta se cuestiona su pertenencia a la tierra... pareciera que nos hemos olvidado lo que fundamenta todo el sistema de protección de los DDHH: la dignidad humana.

Se habla o se opina sobre lo que nos diferencia, pero no se observa que todos somos personas que debemos ser protegidas. El feminismo como movimiento y la diversidad de género como uno de sus legados, nos enseñan que el derecho no es algo frío, neutral... al contrario debe ser una herramienta que sirva a la máxima protección del ser humano, a su máxima realización como tal y nunca como fundamento para doblegarlo.

En definitiva, el derecho como disciplina social nunca debe perder su lado humano pues cuando lo hace se convierte en un arma para los más débiles.

Feminista no es un enemigo, es alguien que propicia una sociedad más justa, más igualitaria basada en la libertad de amar y ser amados...

**“Temer al amor es temer a la vida y los que temen la vida ya están medios muertos” Bertrand Rusell**

# **Fuentes de filiación. La voluntad procreacional y las TRHA. Nuevos desafíos sobre nuevas realidades.**

por Cecilia I. Vallejos

Disponible en: <https://lc.cx/FpdJY4>

Publicado en: Libro de ponencias: IX Congreso Latinoamericano de Niñez, Adolescencia y familia. Mendoza: ALAMFPyONAF, 2018 [Consultado el: 28/11/2024]

## **Resumen:**

La entrada en vigencia del CCyCN ha implicado la materialización de los tratados internacionales de DDHH en el derecho de familia; incorporando, como resultado de ello, a la voluntad procreacional como fuente de la filiación.

La voluntad procreacional y las TRHA han abierto el camino para debatir sobre los alcances del art. 558 del CCyCN sobre el máximo de vínculos filiales. En este sentido, empezar a desacralizar el número dos en cuanto a la filiación nos llevara a pensar nuevas formas de organización familiar, las cuales deberán ser protegidas conforme a los principios convencionales de DDHH.

## **1. Palabras introductorias**

Como es sabido, la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación trajo aparejado una serie de cambios en la implementación e interpretación del derecho civil. La llamada constitucionalización del derecho civil ha implicado que en el texto legislativo se incorporen conceptos y principios que años anteriores les eran totalmente ajenos.

Hablar de la aplicación de los instrumentos internacionales de derechos humanos a las relaciones civiles conlleva una mirada más humanista y subjetiva del ordenamiento jurídico. Ya no se puede concebir al derecho en sus diversas ramas como compartimentos estancos; muy por el contrario, los mismos conforman un sistema, el cual debe estar armonizado con las normas convencionales – constitucionales.

Es así, que incluso las relaciones de familia hoy se encuentran amparadas por todo este marco normativo, buscando un cambio de punto de vista sobre la concepción que se tiene acerca del proceso, el rol del juez y muy claramente, la definición de familia.

Dos leyes infraconstitucionales han tenido una importancia vital: la ley de matrimonio igualitario y la ley de Técnicas de reproducción humano asistida. Ambas, rompen con los estereotipos familiares que protegía Vélez Sarsfield, y abrieron el camino hacia la protección de TODAS las formas de organización familiar incorporando un concepto nuevo: la voluntad procreacional.

Es así, que finalmente se suma a nuestro vocabulario jurídico un concepto que antes parecía totalmente ajeno al mundo del derecho, y es el campo de las emociones. Emociones en cuanto traducidas como voluntad de querer ser padres, lo emocional sobre lo biológico, y allí es donde radica este principio de la voluntad procreacional. Y en definitiva, es esa voluntad, la que hoy nuestro ordenamiento jurídico tiende a proteger.

La libertad de elegir como y cuando formar una familia, y que independientemente de dicha elección poder contar con un acceso a la justicia efectivo, es eso lo que se busca al introducir lo constitucional en el campo del derecho privado. Humanizar al derecho, entender al derecho como una herramienta social que tiende a buscar soluciones específicas a problemas concretos, y ese es el camino que se ha emprendido y que actualmente estamos transitando.

## 2. Voluntad procreacional. Evolucion.

La voluntad procreacional se alza como un concepto que viene a desterrar la concepción tradicional y binaria de “maternidad” y “paternidad”, propia de una idea de familia heteróloga. De esta manera, lo biológico que era lo que delimitaba y definía los vínculos filiales, hoy cede ante la incorporación de la voluntad procreacional, ante el elemento volitivo y afectivo de los lazos familiares. Aquel camino que se marco en Latinoamérica con el Fallo Atala Riffo de la CIDH, finalmente ha sido fortalecido y plasmado en normas que tienden a la protección de todas las formas de organización familiar.

En consecuencia, la voluntad procreacional se erige como un derecho humano fundamental, el cual se encuentra reforzado en el art. 558 del CCyCN al momento de enunciar las fuentes de la filiación al incorporar a la TRHA; y el art. 562 CCyCN específicamente al momento de plantear las reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humano asistidas.

En este sentido resulta interesante citar a la reconocida antropóloga francesa Françoise Héritier quien puso de resalto que "la procreación fuera de la sexualidad está cambiando radicalmente nuestro concepto de linaje de siglos de antigüedad. Los niños ya no son necesariamente concebidos en él o nacidos del vientre de su madre y puede haber más de dos padres. Esto compromete la ecuación entre dar vida y dar linaje. Debe aceptarse que la verdad biológica, e incluso la verdad genética, no es ni ha sido nunca el único, ni siquiera el principal criterio en el que basar el linaje. Esta situación prevalece en todas partes: el hecho social no se puede equiparar al hecho biológico"<sup>7</sup>. En consecuencia, el reconocer a la voluntad procreacional como fuente de la filiación, implica poner en resalto lo afectivo por sobre lo genético; es decir, entender que los lazos

---

<sup>7</sup> HERITIER, François, *Masculin / Féminin. La pensée de la différence*, Odile Jacob, París, 1996, citada por Comité Consultatif National d'Ethique de Francia. Opinión nº 90 sobre "Acceso a los orígenes, anonimato y confidencialidad de la filiación" en <http://www.ccn-e-ethique.fr/docs/en/avis090.pdf>

familiares importan una construcción social, psicológica y afectiva en donde lo volitivo tiene mayor preponderancia por sobre lo biológico.

Importa romper con los esquemas tradicionales en los cuales lo biológico era el único requisito para la determinación de la filiación. Y justamente esta desmitificación surge a raíz de los avances de la reproducción asistida como fuente autónoma de filiación, en la cual es necesario aggiornar los institutos del derecho hacia las nuevas formas de organización familiar. Como consecuencia de ello, han surgido nuevos conceptos, tales como: la "desbiologización de la paternidad" focalizándose en la "parentalidad voluntaria". En otras palabras, la decisión firme y pensada de querer ser padres, de asumir la responsabilidad parental que ello conlleva.

La jurisprudencia así lo ha entendido, “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. La decisión de ser madre se refleja en la asunción de la responsabilidad parental. Hay en la mujer madre voluntad procreacional y amor filial, y en algunos supuestos, vínculo genético”.

8

De esta manera, se puede afirmar que el avance de la legislación en el reconocimiento de nuevas formas de organización familiar con una mirada profundamente humanista y de reconocimiento de los derechos humanos, tomando como puntos de partida la sanción de la ley 26.618 llamada como ley de matrimonio igualitario, la ley 26826 de TRHA y la sanción del CCyCN; nos interpela a pensar en nuevas formas de parentalidad, y de poner en el tapete la idea binaria según la cual una persona solamente pueda tener dos vínculos filiales, allanando el camino hacia lo que se denomina la pluriparentalidad.

“El Código Civil y Comercial realiza una clara apuesta por la afectividad en el ámbito de las relaciones familiares produciendo una

---

<sup>8</sup> Fallo: "RESERVADO S/ AUTORIZACION JUDICIAL (f)", (Expte N° 0260/17/J7).

“desencarnación” del discurso jurídico (esto es, el debilitamiento del elemento carnal o biológico en beneficio del elemento psicológico y afectivo)”.<sup>9</sup>

### **3. Las TRHA como herramienta de protección de las familias**

#### **3.1. El fallo “Artavia Murrillo” su impacto en el derecho interno.**

El acceso integral a las TRHA se erige como un derecho humano, bien lo ha dejado claro la Corte Interamericana en el fallo “Artavia Murillo c. Costa Rica”, en este caso la Corte sostuvo que prohibir la fertilización in vitro viola el derecho a la privacidad, a la libertad, a la integridad personal, a la no discriminación y el derecho a formar una familia. Afirmando que el acceso a la reproducción humana asistida debe estar garantizado legalmente. En consecuencia, en la Argentina la ley 26.862 constituye un instrumento para la concreción de este derecho a intentar ser padre o madre como parte del proyecto de vida.

La garantía del acceso integral a la TRHA implica un claro cumplimiento del efecto erga omnes de la norma convencional interpretada en la materia por la Corte interamericana de Derechos Humanos en el caso “Artavia Murillo y otros (F.I.V) vs. Costa Rica” (2012). El acceso integral a los procedimientos y técnicas medicoasistenciales de reproducción médicamente asistida configura “un desarrollo progresivo normativo y simbólico de los derechos de las personas en un ámbito donde confluye el amor filial, el linaje, la existencia y las trascendencias más allá de nuestra humana finitud”, dice Gil Domínguez.

El acceso integral a las TRHA se encuadra en lo que en el presente trabajo nos importa a la protección del derecho a formar una

---

<sup>9</sup> GIL DOMINGUEZ, Andrés; La voluntad procreacional como derecho y orden simbólico, Pág. 37, EDIAR, Bs. As. 2014

familia, consagrado en el art. 14 bis de nuestra Constitución Nacional, siendo dicho derecho interpretado a la luz del principio de igualdad y el de reserva (arts. 16 y 19 de la CN). De esta manera y siguiendo con la lógica de pensamiento aquí expuesta, nuestro orden jurídico plantea y refuerza la idea que cada persona puede formar el tipo de familia que desee siempre que no afecte los derechos de terceros; reforzado por el “bloque de constitucionalidad” (art. 75 Inc. 22 CN), el cual al receptor los tratados de derechos humanos incorpora un plexo normativo que puntualmente protege a la familia sin mencionar a qué tipo de familias protege, en consecuencia y siguiendo la interpretación de nuestra Corte Interamericana dicha protección abarca a todos los tipos de familias (arts. 16.1 y 16.3 DUDH, 23.2 PIDCyP, a modo de ejemplo).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “Artavia Murillo y otros (F.I.V) vs Costa Rica” consagra finalmente el derecho humano al acceso a las TRHA: derecho de acceder a las TRHA para intentar procrear, ya sea como un derecho autónomo o como un derecho derivado de la libertad de intimidad, del derecho a formar una familia o del derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnologías - derecho fundamental y humano que encuentra en el Estado y en los demás particulares un claro sujeto pasivo al cual se le atribuyen los deberes de atención y prestación. “la decisión de tener hijos biológicos a través del acceso a técnicas de reproducción asistida forma parte del ámbito de los derechos a la integridad personal, libertad personal y a la vida privada y familiar. Además, la forma como se construye dicha decisión es parte de la autonomía y de la identidad de una persona tanto en su dimensión individual como de pareja “(parr. 272).

Por ello se considera que, en Argentina, como Estado constitucional y convencional de derecho, el acceso a las TRHA constituye un derecho fundamental, ya que importa el COMISION II 2017 491 apoyo científico-tecnológico para la tutela efectiva del derecho a intentar procrear de personas que sin dicha posibilidad no podrían llevar a cabo su proyecto parental, en igualdad de condiciones con los demás.

En este sentido, las “técnicas de reproducción asistida (...) se ofrecen como un medio para ejercer el legítimo ejercicio del derecho a la reproducción humana, que, aunque no está expresamente reconocido en la Constitución Política, se deriva del derecho a la libertad y la autodeterminación, el derecho a la intimidad personal y familiar y a la libertad para fundar una familia” (párr. 77).

Finalmente este plexo de derechos, hoy incorporados en nuestro CCyCN son una manifestación del reflejo del avance de los derechos humanos en el ámbito del derecho familiar, pues las TRHA se presentan finalmente como la manera idónea para la realización efectiva de los derechos a la vida privada y familiar (art. 11 CADH), a la integridad personal (art. 5 1 CADH), a la libertad personal (art. 7.1 CADH) , a la igualdad y a no ser discriminada (art. 24 CADH) con relación al derecho a la maternidad y a conformar una familia, conforme art. 17 de la CADD – ello conforme con los estándares establecidos por la CIDH en el caso hoy traído a examen.

### **3.2. El acceso a las TRHA. Derecho fundamental.**

El 26 de Junio de 2013 se publica en el Boletín Oficial la ley 26.862 de “Reproducción Medicamente Asistida”, la cual tenía como objeto garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico asistenciales de reproducción médicamente asistida de aquellas personas mayores de edad impedidas de concebir de manera natural 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 (arts. 1º y 7º).

Dicha ley en el art. 2 define a la reproducción médicamente asistida como “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”, mientras que el decreto n° 956/2013 (reglamentario de la ley 26.862) señala que “se entiende por técnicas de reproducción médicamente asistida a todos los tratamientos o

procedimientos para la consecución de un embarazo. Se entiende por técnicas de alta complejidad a aquellas donde la unión entre óvulo y espermatozoide tiene lugar por fuera del sistema reproductor femenino, incluyendo a la fecundación in vitro; la inyección intracitoplasmática de espermatozoide; la criopreservación de ovocitos y embriones; la donación de ovocitos y embriones y la vitrificación de tejidos reproductivos”.

Dicho concepto debe ser completado con lo establecido en el CCyCN, en el art. 560 que establece como requisito al momento de realizar algunos de los tratamientos debe el centro médico solicitar el consentimiento previo, libre e informado, pues es justamente este documento donde se apoyara la fuente filiatoria como expresión de la voluntad procreacional (art. 562 CCYCN).

En este orden de ideas surge como necesario receptar los cambios que surgen en las estructuras familiares y el acceso a las TRHA implica que cada persona pueda finalmente decidir libremente sobre cómo, finalmente, fundara su familia.

En este sentido, la voluntad procreacional hoy reconocida como fuente filiatoria, y la garantía al acceso integral a las TRHA permiten entender que nuestro derecho nacional ha interpretado (acertadamente desde mi punto de vista); que el derecho a procrear forma parte del derecho a fundar una familia. Consecuentemente, así lo ha entendido el Comité de Derechos Humanos en la Observación General N° 19: “El derecho a fundar una familia implica, en principio, la posibilidad de procrear y de vivir juntos. Cuando los Estados Partes adopten políticas de planificación de la familia, estas han de ser compatibles con las disposiciones del Pacto y sobre todo no deben ser ni discriminatorias ni obligatorias. Asimismo, la posibilidad de vivir juntos implica la adopción de medidas apropiadas, tanto en el plano interno cuanto, según sea el caso, en cooperación con otros Estados, para asegurar la unidad o la reunificación de las familias, sobre todo cuando la separación de sus miembros depende de razones de tipo político, económico o similares”.

De esta manera, abrimos paso a la distinción entre: paternidad/maternidad voluntaria, paternidad/maternidad biológica, paternidad/maternidad genética; también permite ir incorporando conceptos neutros, como filiación voluntaria, filiación biológica y filiación genética. “De esta manera, desde la procreación asistida, lo biológico ya no comprende lo genético, ni lo genético comprende lo biológico. Entonces, si antes se distinguía entre biológico y voluntario, hoy se observan tres criterios perfectamente diferenciados: genético, biológico y voluntario, que a su vez dan lugar a tres verdades: la verdad genética, la biológica y la voluntaria.”

El autor español Rivero Hernández entiende que el elemento más relevante en la determinación de la filiación del niño nacido por fecundación artificial, como categoría jurídico formal, es la voluntad o decisión de que ese ser naciera, "no sólo en cuanto causa eficiente última e infungible (para ese nacimiento concreto), sino porque los demás elementos, biológicos (y/o genéticos), pueden ser sustituidos todos. (...) Lo que nadie puede suplir en cada caso en concreto, para un determinado nacimiento, es el acto de voluntad en ese sentido de una pareja, casada o no —excepcionalmente, si ha lugar, de una mujer sola— y sólo de ella. El hijo nace precisamente por su exclusiva decisión de que nazca, causa eficiente e insustituible, y por tanto, la más relevante: sin ella ese hijo no hubiera existido. La aportación (importante, también imprescindible) de todos los demás protagonistas es, en cambio, fungible y, entiende el autor, que no es verdadera causa eficiente (en sentido vivencial y ontológico) del nacimiento en cuestión".<sup>10</sup>

Finalmente, se puede concluir que: “lo distintivo es que mientras en la filiación biológica el elemento “naturaleza” es definitorio para determinar el vínculo jurídico, en la filiación por TRHA observa un rol secundario, siendo la voluntad procreacional el

---

<sup>10</sup> 209 RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, "La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de fecundación artificial". Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28/IX a 2/X/1987), en La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana, Trivium, Madrid, 1988, p. 146

principio fundamental, aunque con connotaciones o consideraciones diferentes a las que tiene la adopción, todo lo cual amerita una regulación específica, so pena de incurrir en el error de tratar igual a situaciones claramente diferentes.<sup>11</sup>

#### **4. Pluriparentalidad. ¿Por qué solo dos filiaciones?**

##### **4.1. Un fallo.**

Como puntapié, me parece interesante analizar el dilema sobre la pluriparentalidad a la luz de un fallo de la Cámara 8va de Apelaciones en lo Civil, Porto Alegre. En dicho decisorio las integrantes de una pareja homosexual promovieron una acción declaratoria de multiparentalidad respecto de un niño, quien fuera dado a luz por una de ellas y un amigo de la pareja.

En este caso la pareja solicita que el niño sea registrado como hijo tanto de ellas como del hombre. A pesar de haber sido rechazada su solicitud en primera instancia, la cámara admite el recurso y ordena la inscripción.

Ahora bien, es interesante analizar dicho precedente para poder visualizar los obstáculos y las fortalezas que implica el reconocimiento en términos legales de esta nueva forma de constitución familiar a la luz de los tratados de derechos humanos.

Si bien nuestro ordenamiento jurídico solo reconoce dos vínculos filiales, como expresamente lo dice el art. 558 del CCyCN, No obstante, se debe aclarar que dicha mención no puede ser óbice para la implementación de las normas supraconstitucionales.

Pues, es cierto que en Brasil no existe una mención expresa como la existente en nuestro derecho, pero el fallo de primera instancia se ampara en una supuesta “imposibilidad jurídica” para no

---

<sup>11</sup> 210 KEMELMAJER DE CARLUCCI-HERRERA-LLOVERAS, “Tratado de Derecho de Familia, Según el Código Civil y Comercial de 2014”, ed. Rubinzal-Culzoni - 2014, T. II, pág. 424

proceder a la inscripción del niño con su triple filiación, lo cual queda totalmente zanjado en el fallo de la cámara al decir: “Dicho esto, la aplicación de los principios de la “legalidad”, “tipicidad” y “especialidad”, que rigen a los “Registros Públicos”, como legislación originaria pre-constitucional (Ley 6015/73), debe ser relativizada, en todo aquello que no sea compatible con los principios Constitucionales vigentes, especialmente la promoción del bienestar general, sin preceptos de sexo ni toda otra forma de discriminación (artículo 3, IV de la CF/88), así como la prohibición de designaciones discriminatorias relativas a la filiación (artículo 227, parágr. 6º, CF), “objetivos y principios fundamentales” estos, que surgen del principio fundamental de la dignidad de la persona humana.”.

Así las cosas, la Cámara resuelve “Además, no puede ignorarse la posibilidad jurídica reconocida al progenitor biológico y del progenitor afectivo de invocar los principios de la dignidad humana, de la afectividad y superior interés del niño para que se vea garantizada el mantenimiento o establecimiento de vínculos parentales”.

Finalmente, los vínculos parentales como bien refiere el cuerpo colegiado, hace a la dignidad humana, y se refuerzan con el principio del interés superior del niño que marca todo debate en donde sus derechos e intereses estén juego.

#### **4.2. El máximo del doble vínculo filial. Familia pluriparental.**

##### **Desafíos.**

Dicho esto, vale volver a cuestionarse la validez de la vigencia de la concepción binaria o si finalmente debemos incorporar en nuestro ideario una filiación tripartita. Dado que la apertura a la pluriparentalidad puede reconocer diversos fundamentos: “dar solución a situaciones de dificultades reproductivas de cualquier tipo (económicas, médicas, etc.); responder a vínculos afectivos o incluso a

la existencia de una relación poliamorosa entre los involucrados; el interés de resguardar el derecho a conocer los orígenes biológicos del hijo; la necesidad o deseo de compartir las responsabilidades que derivan de la parentalidad; las preferencias relativas a la presencia de padre/s o de madre/s o de ambos; el deseo de otro hijo tras el éxito de un convenio anterior; las opciones personales o de vida; la desmedicalización del proyecto, etcétera”.<sup>12</sup>

Es por ello, que, si bien como hemos visto que en Brasil se utiliza el término multiparentalidad, para dejar el de pluriparentalidad para las familias ensambladas; la cuestión sobre el ejercicio de la responsabilidad parental por más de dos personas en relación a un mismo NNyA presenta verdaderos debates. Pues, el número dos, antes infranqueable; hoy es permeable y cede cuando dejamos ingresar la idea del parentesco social-afectivo que es al decir de Kemelmajer de Carlucci es una “validación jurídica del amor”.

Así las cosas, es interesante mencionar el caso de la Family Law Act de la Columbia Británica. Dicha norma admite que una persona tenga más de dos padres legales cuando estos así lo hubieran convenido mediante acuerdo escrito celebrado antes del nacimiento del niño. Como resultado de esta legislación la niña Della Wolf Kangro Wiley Richards, fue la primera niña que, que tuvo constancia de su triple filiación en su certificado de nacimiento. A pesar de ello, el CCyCN mantiene la máxima del derecho filial: nadie puede tener más de dos vínculos filiales (art. 558 CCyCN). Lo que implica es que, si alguien posee dos vínculos filiales establecidos, y una persona pretende emplazarse como progenitor deberá desplazar (impugnar) un vínculo para finalmente lograr el emplazamiento filial (art. 578 CCyCN).

El primer caso que se registró en nuestro país fue en el año 2015, donde se inscribió por primera vez a un niño con tres vínculos filiales: el Registro de las Personas de la Provincia de Buenos Aires

---

<sup>12</sup> DE LORENZI, Mariana A., “La aritmética de la filiación: cuando no hay dos sin tres, pero tres son multitud. El imperativo real de la pluriparentalidad” Cita Online: AP/DOC/251/2017

procedió a la inscripción de un triple vínculo filial en relación a un niño. La petición de inscripción del reconocimiento exigía la rectificación de su partida de nacimiento, en la que sólo constaba el doble vínculo matrimonial materno-filial.

Mediante la disposición 2062, de 22 de abril de 2015, se hace lugar al pedido, en consideración a diversos principios procesales, constitucionales y convencionales.

La resolución dictada sostuvo como principal argumento que "el derecho a la identidad está contemplado en los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos que tienen jerarquía constitucional y en la jurisprudencia internacional producida por los órganos de interpretación y aplicación de los mismos y que el actual Código Civil que regirá hasta agosto de 2015 no establece un *numerus clausus* respecto de la cantidad de integrantes en un vínculo filial, por lo que no surge expresamente de la legislación civil aplicable la prohibición de una triple filiación".

Dicha resolución generó un encendido debate sobre si el criterio adoptado para proceder a la triple filiación fue la correcta.

El Registro Provincial de las Personas dictó la resolución registral ejerciendo en el ámbito de sus facultades y de forma progresiva el control de convencionalidad interno aplicando los estándares internacionales fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (específicamente los casos "Bulacio v. Argentina" dl 2003, "Caso de las Hermanas Serrano Cruz v. El Salvador" de 2005 y "Caso de las Niñas Yean y Bosico v. Republicana Dominicana" de 2006) para evitar dilataciones o entorpecimientos violatorios de los derechos en juego.

Sin embargo, y en este punto se debe remarcar, que si bien el cometido es noble, lo cierto es que el control de constitucionalidad de las leyes está en cabeza del poder judicial, por lo que una resolución de inaplicabilidad de la ley solo debería decretarla un magistrado. Por lo que en el caso traído en estudio se cerceno la posibilidad de discutir

sobre los alcances y juegos de la responsabilidad parental en consonancia con el interés superior del niño. Pues dicho órgano administrativo se arroga facultades jurisdiccionales que no posee.

Y algo que dicha resolución equivoca es el análisis sobre la pertinencia de la triple filiación, pues no lo analiza a la luz de las TRHA por medio de las manifestaciones de voluntades sino por medio de una figura que le es extraña, como lo es el reconocimiento.

Hubiera sido oportuno el análisis de este primer caso de pluriparentalidad analizando el elemento fuente de la filiación a través de las TRHA. "Se está ante nuevas realidades que importan una 'desbiologización y/o desgenetización de la filiación', y en cuya virtud el concepto de filiación ganó nuevos contornos comenzándose a hablar de 'parentalidad voluntaria' o 'voluntad procreacional' (...). Las TRHA han provocado una nueva vuelta a la verdad voluntaria en la que la filiación ya no se determina por el elemento genético o biológico, sino por el volitivo".<sup>13</sup>

Asimismo, ¿la persistencia del límite de filiación, no atenta acaso contra derechos amparados por nuestra CN, no solamente el de formar una familia, sino también el derecho a la identidad, a la filiación, la no discriminación y como última instancia al interés superior del niño?

En este sentido se debe entender que la Convención de Derechos del Niño es un instrumento legal dinámico, que se adecua a las realidades y no a preceptos rígidos.

“De este modo, es necesario en pro del bienestar del niño que las normas que garantizan sus derechos en el ámbito filial reciban una

---

<sup>13</sup> LAMM, Eleonora, "La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida", en Revista de Bioética y Derecho, nro. 24, Observatori de Bioètica i Dret, Barcelona, enero de 2012, ps. 76/91 (<http://www.ub.edu/fildt/revista/pdf/RByD24>).

lectura que adecue los términos sexistas y binarios conforme al señalado principio de igualdad y no discriminación.”<sup>14</sup>

Por lo que insisto, la pluriparentalidad debe ser abordada a la luz de la voluntad procreacional como fuente filiatoria. En consecuencia, en pos del interés superior del niño debe proceder la inscripción del vínculo filial respecto a cada una de las personas que participan del proyecto socioafectivo.

En este sentido, y sosteniendo que el derecho debe servir para encontrar soluciones a los casos concretos; será tarea del interprete sortear el obstáculo que al parecer se crea con la actual redacción del art. 558 del CCyCN. ¿De qué manera? Pues bien, entendiendo que dicho artículo pertenece a un ordenamiento mucho más vasto, y entendiéndolo de manera armónica con los arts. 1 y 2 del CCyCN, los cuales importan una materialización de la incorporación del derecho internacional de DDHH. En otras palabras, la manda constitucional exige, en definitiva, que se aplique el derecho conforme a lo que mejor se adecua con los principios contenidos en los tratados internacionales de DDHH pues, como bien nos enseña Alexy, estos importan “las formas principales del Derecho racional”, y como mandatos de optimización nos interpela a su máxima realización.

## 5. Conclusión

El CCyCN no solamente ha importado la consolidación del derecho convencional de derechos humanos en el derecho privado interno, también ha importado un cambio de interpretación de las normas.

En materia de derecho de familias se ha marcado un punto de partida que implica un piso y no un techo. La letra del código debe entenderse en armonía con el ordenamiento vigente y readecuado al caso concreto, por lo que aquella máxima que se nos presentaba como

---

<sup>14</sup> DE LORENZI, Mariana A, «La aritmética de la filiación: cuando no hay dos sin tres, pero tres son multitud. El imperativo real de la pluriparentalidad, Cita Online: AP/DOC/251/2017

infranqueable, el número dos, la heteronormatividad, ceden ante el reconocimiento de principios y derechos que hacen a la dignidad humana. La identidad, la no discriminación, la libertad de formar una familia, el interés superior del niño; son entre muchos, lo que marcará una nueva concepción de la organización familiar.

Lo genético cede ante lo afectivo. La familia como construcción social, como resultado de una cultura determinada, avanza y se readecua ante las nuevas realidades; y el derecho como herramienta y como disciplina social no puede ni debe separarse de dichos cambios.

El derecho de familia, nos interpela a analizar la realidad con una mirada mucho más inclusiva, en otras palabras, más humana.

Hemos pasado de una conformación familiar según los estereotipos cristianos occidentales, hacia una conformación mucho más diversa y dinámica. Es por ello que dichas realidades exigen que en el caso concreto se arriben a soluciones que armonicen con todo el orden normativo vigente.

“El juez de nuestro siglo no es un mero lector de la ley y no debe temer a nuevos derechos. Habrá siempre nuevos derechos y también habrá nuevos siglos. Debe estar atento a la realidad social y cotejando los hechos y el ordenamiento jurídico, concluir en la solución más adecuada”.<sup>15</sup>

---

<sup>15</sup> Christiano Cassettari - más adecuada” Multiparentalidade e Paternidade Socioafetiva – Efeitos Jurídicos, Editora Atlas, 2014, p. 156 (2).

# **El derecho a ser oída, una garantía para adolescentes mujeres en procesos de violencias. El adulto centrismo como perpetuador del orden patriarcal en las decisiones judiciales**

por Cecilia I. Vallejos.

Disponible en: <https://lc.cx/uvt0bL>

Publicado en: Libro de ponencias: XII Congreso Latinoamericano de Niñez, Adolescencia y Familia. Rosario: ALAMFPyONAF, 2020  
[Consultado el: 28/11/2024]

## **Resumen**

El presente trabajo intenta aportar puntos de análisis en torno al funcionamiento del sistema judicial en procesos de protección de derechos de adolescentes mujeres. A partir de un fallo de la Cámara de Apelaciones de Esquel, se analizará como ciertas prácticas judiciales sirven como perpetuadoras de sistemas de expulsión y dominación androcéntricas mediante decisiones adultocéntricas. Se propone una reflexión interseccional para repensar el sistema judicial en clave de género y capacidad progresiva

## **Fundamentación**

El presente análisis, surge a partir de una sentencia de la Cámara de Apelaciones de Esquel, que declara la nulidad de una sentencia de primera instancia en la cual se adopta una decisión sin garantizar la escucha de la joven sobre la cual se discutía su ingreso a una institución. En el caso analizado, la adolescente padecía de violencia intrafamiliar, sin contar con familia ampliada ni referentes afectivos que la pudieran albergar, por lo que en atención al art. 39 de la Ley 26.061 y el art. 59 inc. g. de la ley III N° 21 de la provincia de Chubut se procede a implementar la medida excepcional tendiente al ingreso de la joven a la institución de albergue, contando para ello con

el consentimiento de la adolescente conforme al respeto de su capacidad progresiva (art. 26 CCyCN).

Ahora bien, en principio se nos presenta como un casi frecuente de medidas de protección; sin embargo, lo llamativo es que en dicho proceso se vulneran derechos fundamentales de rango convencional, al decidir con solamente contra la voluntad de la adolescente sino incluso sin haber dado la intervención el equipo interdisciplinario, ordenando el regreso al hogar familiar. Hogar donde acontecen los hechos vulnerantes.

La Cámara advierte que “efectivamente la Sra. Juez de grado no tomó contacto con la menor antes de declarar la ilegitimidad de la medida de alojamiento en el HAM. Efectivamente, en la audiencia llevada a cabo ante este ECANO, la menor declaró que “hace más de un año que no ve a la jueza””, por lo que sostiene que “Concretamente, al declarar la ilegitimidad de la internación en HAM está condenando a la menor a que vuelva al hogar de donde huyó por una situación de violencia con el solo fundamento de que los operadores judiciales no actuaron conforme a como hubiera preferido la Magistrada.” (V. Y. s/ Medida de Protección de Derechos, 2020).

Finalmente, este proceso sirve para analizar como practicas adultocentrista aún se observan en los sistemas de justicia, invisibilizando en definitiva a las adolescentes que solo buscan de este sistema protección y escucha.

### **1. Los procesos de violencia requieren un actuar rápido y eficaz de las instituciones para la restitución de derechos.**

La juez sostuvo que “solo si peligran sus derechos de manera cierta y no presuntiva, se procederá a su migración -temporaria- a una alternativa de acogida familiar o institucional”, sin valerse ni de la escucha de la joven ni de los informes elaborados por el equipo interdisciplinario.

Es grave, porque justamente tanto la ley 26.485 como la legislación provincial, habilita la toma de decisiones de este tipo de manera expedita, sin mayor producción que la denuncia del hecho vulnerante. ¿Desde qué posición se puede dudar de un relato sin tener más elementos que lo contenido en la denuncia? Pues bien, está más que claro que al sostener lo presente, vulnera un principio tan elemental y protagónico como el del Interés Superior del Niño (Art. 3 CDN y 3 de la Ley 26.061), el cual funciona no solamente como norma de interpretación sino también como un límite a la discrecionalidad de las autoridades, pues “los niños tienen derecho a que antes de tomar una medida respecto de ellos se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen” (Cillero Bruñol, 1999).

La regla es, pues, que la decisión debe asegurar la máxima satisfacción posible y la menor restricción de tales derechos. Privar a una adolescente de su familia biológica debe ser una medida de absoluta excepcionalidad, sólo justificada cuando tal relación obstaculice el ejercicio de un conjunto de otros derechos fundamentales que se hacen imposibles de satisfacer en el medio familiar; como son el de la salud, integridad física, el de vivir sin violencia.

La determinación y la aplicación de la medida especial de protección que mejor responda al interés superior del niño debe realizarse tomando en consideración de forma individualizada las circunstancias y condiciones que envuelven a la adolescente y a su familia, así como la afectación que éstas tienen en su bienestar y sus derechos.

La observación y evaluación de las condiciones y circunstancias que puedan afectar los derechos del niño, su bienestar y protección, deben conducirse por el personal profesional debidamente capacitado para ello. Este requisito tiene como objetivo que la valoración de las circunstancias que afectan y determinan el interés superior del niño sea realizada por las personas con la competencia y la experiencia para ello. Los análisis y evaluaciones en

el marco de una medida especial de protección requieren de la aplicación de peritajes y de criterios técnicos que de modo objetivo evalúen la afectación del bienestar del niño y cuál sea la medida más idónea para atender sus intereses en el caso concreto.

Pues, como nos lo recuerda la Corte IDH “la determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios” (Atala Riffo y Niñas Vs, Chile. Fondo, Reparaciones y Costas, 2012, párr. 109; y Forneron e hija Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas., 2012, párr. 5).

## **2. Vulneración del derecho a ser oída. Capacidad progresiva.**

Los procedimientos relativos al cuidado de la adolescente suponen el derecho a ser oída en estos procedimientos a los efectos de la determinación de la medida de protección más idónea, su revisión, modificación o cese, así como cualquier otra determinación sobre la misma.

No solo vulnera su derecho, sino que además la perjudica prolongando inconvenientemente la indefinición de su situación (transcurrió un mes desde la denuncia hasta la sentencia atacada).

Sabido es que escuchar al niño representa un elemento indispensable para determinar su mejor interés en cada caso singular. El derecho del niño a ser escuchado ha sido consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño, en su art. 12. Además (y fundamentalmente) el sentido común hace que nos preguntemos cómo va a carecer de importancia la escucha de la adolescente si de lo que se trata es ni más ni menos que de su propia vida y de su futuro.

De este modo, es posible descubrir las particulares características psicofísicas, necesidades, calidad de los vínculos,

sentimientos, dificultades, miedos o expectativas del menor. “Al mismo tiempo, ello representa asumir en el proceso su calidad de sujeto y no meramente de objeto de protección. En suma, como protagonista insustituible en la definición sobre lo que más lo favorece, se trata de respetar sus demandas, que nacen de su individualidad, para así ofrecerle una respuesta personalizada” (Grosman, 2007).

Es más, se nos presenta tanto como un derecho y como una garantía, dado que es a través de su efectivización en la que se completa su reconocimiento como sujeto de derechos y protagonista del proceso, así nos lo ha hecho saber el Comité de derechos del Niño en su Observación General N° 12 que reconoce tal obligatoriedad, dado que esta garantía emana de su propia consideración como persona.

Dicha consideración se ve fortalecida por el artículo 25 del Código Civil y Comercial argentino establece que se consideran adolescente a las personas menores de 18 años y mayores de 13; a ese grupo etario se le reconoce una ampliación de facultades conforme su crecimiento de acuerdo con el concepto de “capacidad progresiva” consagrada en el artículo 26 del cuerpo normativo antes mencionado. Esta idea de la autonomía progresiva se la entiende acorde a la Convención de Derechos del Niño, que vino a desterrar el viejo sistema tutelar de la situación irregular por el sistema de protección integral, en el que el adolescente es sujeto de derechos y por lo tanto protagonista de todo proceso que se inicie a su alrededor. Sin embargo, esa mayor autonomía reconocida por el ordenamiento jurídico no necesariamente se traduce en un mayor reconocimiento en cuanto a sus posibilidades de elegir en cuanto a sus proyectos de vida. Caso contrario, nos cuesta imaginar como la voluntad de una joven de no volver al hogar vulnerante es pasado por alto por la jueza que debía resolver su situación.

Una posible respuesta es justamente la referida a que en el Poder Judicial aún persisten estructuras de dominación que aun “hay se sostiene formas cotidianas de sometimiento sobre

las mujeres, niñas y adolescentes, expresadas a través de la negación de sus derechos” (Gherardi, 2017, p. 281).

Negación de derechos, que no hace más que replicar una violencia de la cual muchas adolescentes mujeres padecen desde temprana edad. Negar su escucha, negar la validez de sus palabras, de su discurso, no es más que perpetuar el adultocentrismo con el que muchas veces se miran y se evalúan a los adolescentes que transitan por los sistemas de protección. Es sabido que la adolescencia es una etapa de la vida llena de desafíos y que socialmente ha merecido un trato disvalioso o peyorativo desde la mirada de los adultos; mirada “que sostiene una única manera de ser joven, invisibilizado/a en el presente y tendiente a ser, en un futuro” (Poggi, Guadalupe, & Rafael, 2011, p. 61).

Se les exige mucho, se les dan pocas oportunidades, y es allí donde la cultura patriarcal y machista encuentra el germen para su perpetuación; pues es en la creación de la subjetividad en la que se nos imponen estereotipos y normas, por lo que al momento de decidir se deben “revisar los esquemas de desigualdad que determinan el diseño y las posibilidades para materializar los proyectos de vida de las personas” (Gherardi, 2017, p.290).

En definitiva, lo que debiera suceder en procesos como el traído a examen, es funcionar como mecanismos que faciliten la ampliación de oportunidades de elección a las adolescentes, y no repetir lo que ellas ya han sufrido, y que es la falta de opciones, de alternativas de vida; no podemos admitir que la administración de justicia se constituya como un reproductor de la dominación adultocéntrica y machistas. Al contrario, el núcleo central de las intervenciones debiera ser justamente, la transformación de las relaciones jerárquicas de género (Rodríguez Gustá, 2008, 113), dado que la perpetuación del machismo, de la violencia, de la desigualdad se inicia desde el nacimiento teniendo las consecuencias más graves en esta etapa de fragilidad por la que atraviesan las adolescentes, en la cual sus cuerpos son campos de disputas de un orden patriarcal y adultocentrista.

### **3. Género y edad, categorías de dominación en la dinámica de las violencias.**

Como se ha visto la adolescencia es una etapa de crisis, el paso de niñas a mujeres adultas; por lo tanto, es fundamental el acompañamiento y la protección para su desarrollo integral sano. No obstante, ello, la asignación de roles basados en el género provoca desde muy temprana edad tratos diferenciados entre niñas y niños, no solamente de parte de la sociedad sino incluso en el seno mismo de las familias.

La familia concebida como institución de cuidado y crianza también es el campo en el cual se produce la reproducción no solamente de los estereotipos, sino también de la violencia machista obre los cuerpos de las mujeres en sus más diversas modalidades como lo señala la Ley 26.485.

En la no escucha de la joven, en su silenciamiento al decidir de forma contraria a lo que peticiona sin siquiera valerse de informes técnicos; lo que se hace es reforzar estereotipos, es decir se refuerza una “visión generalizada o una preconcepción sobre los atributos o características de los miembros de un grupo en particular o sobre los roles que tales miembros deben cumplir” (Cook & Cusack, 2010, p. 11). En consecuencia, lo que aquí acontece es un prejuizamiento de la joven y su situación, por el solo hecho de haber intervenido en ocasiones anteriores, pero sin evaluar ni analizar el presente de la joven.

Es aquí donde las adolescentes mujeres sufren una doble subordinación: una primera como mujeres, y una segunda como adolescentes; fortaleciendo la “legitimación” del uso de los medios coercitivos para el fortalecimiento de un sistema de subordinación machista y adultocentrista (Lutte, 1991, p. 70). Es en este tipo de actos donde se ve claramente como el sistema patriarcal como ordenador de las categorías asignadas en función del género cala hondo no solamente en lo doméstico, (siendo el espacio privado donde ocurren la mayoría de las agresiones a las adolescentes mujeres); sino también

al momento de juzgar un hecho en el marco de un proceso de protección de derechos de una adolescente.

Regresando a las consecuencias que trae aparejado decisiones de este tenor, en términos netamente jurídicos la Corte IDH ha sostenido que:

“Los Estados Partes están obligados a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violaciones a los derechos humanos (artículo 25), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (artículo 8.1), todo ello dentro de la obligación general, a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción” (Caso V.R.P., V.P.C. y otros Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, 2018, párr. 150).

Y, es que el proceso mismo es una garantía de protección de derechos fundamentales; en consecuencia, cualquier inobservancia a algunos de sus presupuestos (escucha de la adolescente, falta de intervención interdisciplinaria conforme el art. 706 inc. b) del CCyCN) es una vulneración a derechos reconocidos no solamente a nivel constitucional sino a nivel convencional.

Es tan grave, que la falta de escucha acarrea la nulidad de las decisiones adoptadas en inobservancia del art. 12 de la CDN. Es así como la Observación General N° 12 del Comité de Derechos del Niño ha dicho que “Cuando no se respete la reglamentación, la decisión del tribunal o de la autoridad administrativa puede ser impugnada y podrá ser anulada, sustituida o remitida a un nuevo examen jurídico” (Comité de los Derechos del Niño, 2009, párr. 39).

Pues justamente otro principio vulnerado en el decisorio es el del respeto al interés superior de la joven (art. 3 Párr. 1 CDN). Recordando lo ya mencionado por el Comité antes citado, al referirse a la triple connotación de este principio:

“a) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses (...), y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión (...) b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: (...) se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. (...) c) Una norma de procedimiento: (...) el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión (...)” (Comité de los Derechos del Niño, 2013, párr. 6).

Este principio justamente tiene un valor central si cuando de desterrar sistemas de dominación se trata. Pues, justamente el tener esta consideración primordial implica que los intereses de los adultos no primen por sobre el de los NNyA. En definitiva, es tratar de cambiar miradas adultocéntricas propias de un sistema judicial que ha respondido históricamente a estructuras androcéntricas.

Es por ello que hay que tener especial cuidado cuando estamos ante intervenciones en procesos de medidas de protección en donde la subordinación de género es claramente muy fuerte, pues justamente sus derechos ya han sido vulnerados por los adultos que debieran haberlas cuidado.

La subordinación antes referida, se visibiliza aún más en los sectores más empobrecidos con prácticas más rígidas y violentas; por lo que Unicef ante la situación de aislamiento surgido como consecuencia de las medidas implementadas por la crisis desatada por la pandemia, alerta sobre el aumento de situaciones de violencia familiar, abuso sexual y violencia de género durante la pandemia (Guerra & Calisti, 2020).

Otro claro efecto de la compleja situación que atraviesan niñas y adolescentes mujeres, es que son quienes en mayor número sufren distintos tipos de violencias, así se desprende del informe 2018-2019 del Programa “Las víctimas contra las violencias” de UNICEF Argentina coordinado por Eva Giberti que dan los siguientes

números: el 77,9% del grupo de víctimas comprendido entre niños, niñas y adolescentes (en adelante NNyA) de agresiones sexuales eran mujeres (2019, p. 6); en cuanto a la violencia familiar el porcentaje se acentúa a mayor edad arrojando que un 40,2% de las víctimas son las adolescentes mujeres en la franja etaria de 12 a 17 años de edad; el lugar donde se produjo la agresión el 46% fue en el hogar y un 76,8% el agresor fue un familiar o un miembro del entorno cercano de la víctima (2019, pp. 6-10).

Estos números desnudan una realidad por años denunciada desde los feminismos, y es la necesidad de erradicar las prácticas que colocan en situación de vulnerabilidad a las mujeres y en especial a las niñas y adolescentes. Aún se observan prácticas culturales y de crianza que sustentan un sistema de educación basado en estereotipos fuertemente arraigados. Aquí la familia se presenta no solamente como reproductora del patriarcado sino también como facilitadora del gobierno del estado patriarcal, quien somete a sus miembros bajo su dominio (Millet, 1979, pág. 83). Y en casos como el traído al análisis se refuerza por la intervención judicial, que le da la espalda al reclamo de ayuda de la adolescente.

Por lo que el proceso mismo es una garantía, una herramienta para fortalecer y hacer valer derechos fundamentales, no solo por su condición de adolescente sino por ser mujer. El valor simbólico que tiene la escucha, el valor en formación de ciudadanía para las adolescentes, en sentir que estos ciclos de violencia pueden ser desterrados y que el Estado tenderá los instrumentos necesarios para lograr dicho despegue, es de suma importancia para cambiar estos esquemas de violencia.

Caso contrario, el mismo sistema judicial reproduce mecanismos de expulsión, expulsiones que muchas de estas adolescentes ya vienen sufriendo.

Aquí tiene especial relevancia, la crítica situación que se genera además ante la falta de políticas públicas orientadas a las adolescentes; esta falta de tratamiento de políticas públicas orientadas a las

adolescentes y la falta de perspectiva en decisiones judiciales, no hacen otra cosas más que “condenar” a la joven a no sentirse responsable de su porvenir dado que las intervenciones institucionales no trabajan en la mayor autonomía; sino en que se inserten en una red de asistencias que las invisibilizan (donde hay alguien que sigue decidiendo por ellas: madre, padre, jueces, operadores) generando que se amolde a los “ojos del hombre” (Beauvoir, 2019, p. 276) que son los ojos del patriarcado.

La mayor vulnerabilidad de las adolescentes ha sido tema de análisis por la Corte Interamericana de Justicia (Corte IDH), en el caso “Niñas Yean y Bosico v. República Dominicana”, quien encomienda que las intervenciones que se realicen en cuanto a adolescentes deben ser analizadas conforme a su edad y género (2005).

#### **4. Repensando las herramientas actuales para una nueva agenda de género y adolescencias.**

La Argentina al incorporar con la reforma constitucional los Tratados Internacionales de Derechos Humanos al “bloque de constitucionalidad” (Bidart Campos, 1995, pp. 583 - 587), asumió una serie de compromisos en cuanto a la protección de las mujeres y de los niños, niñas y adolescentes.

En consecuencia, se sancionaron a nivel nacional la ley 26.485 de protección integral para las mujeres y la ley 26.061 que establece el sistema de protección integral de niños, niñas y adolescentes.

Esta última norma, importó la finalización del sistema tutelar y dio paso a un nuevo diseño de instituciones acordes a los principios de la Convención de Derechos del Niño, en el cual son los órganos administrativos de aplicación quienes realizan un abordaje de la problemática y señalan las medidas protectivas (las cuales pueden ir desde medidas genéricas de corte administrativo hasta la implementación de las llamadas medidas excepcionales que importan el apartamiento del NNyA del grupo familiar y su alojamiento en una

familia alternativa o en una institución, procedimiento en el que participa el poder judicial con funciones de control de legalidad a fin de evitar injerencias arbitrarias). Todo esto en un todo armónico con los tratados internacionales y cuerpos normativos denominados como “soft law” como son las 100 Reglas de Brasilia de Acceso a la Justicia de las Personas en condición de vulnerabilidad, que fija estándares de interpretación y de aplicación (2008).

Sin perjuicio de ello, y a pesar del avance legislativo no solo a nivel nacional sino también provincial, aún se sigue observando la falta perspectiva de género en aplicación de derechos de las adolescentes y de recursos en los organismos encargados para la implementación de los programas establecidos en el marco de dichas leyes.

Es aquí, donde se vuelve a un bucle de violencias y expulsiones, en el que las jóvenes en la mayoría de los casos no encuentran el abrigo que necesitan desistiendo de las medidas de protección dispuestas y regresando en muchos casos a los hogares vulneradores o a la situación de calle cuando aquello no existe. Situación que hubiera sucedido, sino se hubiera dado lugar a la apelación impetrada y logrado la nulidad decretada de dicha decisión de primera instancia, expulsiva, estigmatizantes y violenta.

El lograr como sugiere Bonder “políticas públicas que desestabilicen las narrativas dominantes” (Hipertexto PRIGEPP, Globalización, 2020, 3. 5. 2) en las que transcurre el devenir cotidiano de las adolescentes, necesita de un compromiso serio de los operadores jurídicos, porque si no logramos ver a las adolescentes dentro del contexto en el que viven y las situaciones que ellas vivencian, las resoluciones judiciales seguirán invisibilizándolas como personas. En consecuencia, lo único que hacen es reforzar estos estereotipos no solo en su condición de mujer sino de ser una mujer adolescente, y en ello hay que ser cuidadosos pues en definitiva estos “estereotipos se transforman en estándares” (MacKinnon, 2014, p. 116).

Finalmente, resoluciones como la mencionada, no hacen otra cosa más que reforzar estructuras de dominación androcéntricas y adultocéntricas; cuando nuestro ordenamiento jurídico y la sociedad misma, está pidiendo de los operadores jurídicos una mirada interseccional, una mirada profunda y una escucha (si escucha, eso que le fuera negado en primera instancia a la adolescente) atenta para salvaguardar ese superior interés del que tanto se ha escrito y se seguirá escribiendo. De lo contrario, sin cambios en las prácticas judiciales, en las políticas públicas; nuestras adolescentes seguirán atrapadas en una cadena de expulsiones, violencia y silencios.

### **Conclusión**

En primer lugar, queda claro que es necesario avanzar y profundizar una transformación en los sistemas de justicia, los cuales deben readecuar sus prácticas a fin de garantizar la efectivización de derechos de una franja de la población tan vulnerable como es el de las adolescentes mujeres.

La falta de presupuestos destinados a los órganos miembros del sistema de protección de derechos, también se traduce como un acto violento y vulnerante para los NNyA que acceden a él en busca de restitución de aquellos derechos vulnerados.

Es necesario establecer políticas públicas y judiciales tendientes a articular instrumentos que trabajen en torno a la autonomía de las adolescentes, a fin de poder fortalecerlas para que no reproduzcan vínculos violentos.

Necesitamos operadores jurídicos comprometidos y formados no solamente en cuestión de género sino en cuestiones referidas a la intersección entre género, edad, etnia, y situación social; operadores que conozcan la realidad en la que se desarrollan las dinámicas violentas y vulnerantes y no escritores de oficina que desconocen la realidad social que los rodea.

## Referencias

Atala Riffo y Niñas Vs, Chile. Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N° 239 (Corte IDH 24 de febrero de 2012).

Beauvoir, S. d. (2019). El segundo sexo. Buenos Aires: Lumen. Caso V.R.P., V.P.C. y otros Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Serie C 350 (Corte IDH 8 de marzo de 2018).

Cillero Bruñol, M. (1999). El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del Niño. En UNICEF, Justicia y Derechos del Niño. N° 1 (pág. 47). Bs.As.: Unicef.

Comité de los Derechos del Niño. (2009). Observación general N° 12. El derecho del niño a ser escuchado. Ginebra: Naciones Unidad.

Comité de los Derechos del Niño. (2013). Observación General N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1). Ginebra: Naciones unidad.

Cook, R., & Cusack, S. (2010). Estereotipos de género. Perspectivas Legales Transnacionales. Bogotá: Profamilia. Forneron e hija Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas., Serie C N° 242 (Corte IDH 27 de abril de 2012).

Gherardi, N. (2017). Juzgar con perspectiva de género: estrategias para avanzar en el acceso a la justicia. En P. Bergallo, & A. Moreno, Hacia políticas judiciales de género (págs. 281 - 297). Buenos Aires: Editorial Jusbaire.

Giberti, E., & Monath, H. (2019). Un análisis de los datos del programa "Las víctimas contra las violencias" 2018 - 2019. Serie Violencia contra niñas, niños y adolescentes. 7. Bs.As.: UNICEF Argentina.

Grosman, C. (2007). El derecho del niño a ser escuchado en los procesos de familia. En J. P. Da Rocha, *La balanza de la justicia*. Buenos Aires: Ad - Hoc.

Guerra, M. L., & Calisti, N. (6 de Abril de 2020). Víctimas ocultas: UNICEF alerta sobre el aumento de la violencia hacia niños y niñas durante el aislamiento preventivo del COVID. Obtenido de <https://www.unicef.org/argentina/comunicados-prensa/victimas-ocultas-unicefalerta-violencia-ninos>

MacKinnon, C. (2014). *Feminismo inmodificado*. Discursos sobre la vida y el derecho. Buenos Aires: Siglo XXI.

Millett, K. (1979). *Política sexual*. Madrid: Ediciones Cátedra.

Poggi, C., Guadalupe, S., & Rafael, C. (2011). *Subjetividades Juveniles: entre el adultocentrismo y el patriarcado*. Tesis. 1, 59 - 73.

Rodríguez Gustá, A. L. (2008). *Las políticas sensibles al género: variedades conceptuales y desafíos de intervención*. Temas y Debates. Universidad Nacional de Rosario, Facultad de Ciencia Política y Relaciones Internacionales.

V. Y. s/ Medida de Protección de Derechos, 89/2020 (Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial del Noroeste del Chubut 06 de agosto de 2020).

# **Reflexiones en torno a un caso judicial sobre la interseccionalidad y el reconocimiento como reparación**

por Cecilia I. Vallejos

Disponible en: <https://lc.cx/poV02q>

Publicado en: Revista de derecho de familia y sucesiones. Ed. Especial. Congreso Internacional de Derecho de Familia y Sucesiones, 2021

Cita online: IJ-I-CCCLXXVII-234

[Consultado el: 29/11/2024]

## **Introducción**

La violencia de género hoy se ha convertido en uno de los grandes problemas de la sociedad actual, por lo que resulta necesaria una mirada y una práctica hermenéutica que sea acorde a los estándares convencionales en materia de género.

Es así que se ha empezado a incorporar en la práctica interpretativa conceptos provenientes de otras disciplinas, pues estos permiten dar un marco conceptual y otorgan nuevas herramientas para la elaboración de nuevos puntos de vistas de interpretación. Esto implica que conceptos como el de interseccionalidad, resultan ser de suma importancia para el análisis de las situaciones que sufren miles de mujeres; y en consecuencia nos permiten encontrar nuevos instrumentos para una mejor protección.

El desafío del derecho es grande, el amoldar y recomodar las practicas judiciales conforme a una mirada inclusiva de género es gigante; en especial, cuando nos encontramos aún con normas y formas de pensar que se resisten a estos nuevos estándares. Es por ello que a raíz de una decisión adoptada en el Juzgado de Familia N° 1 de la ciudad de Esquel[2], me permito analizar como una

hermenéutica feminista es necesaria para lograr decisiones transformadoras.

### **Una decisión con perspectiva de género**

En febrero de 2021, la Jueza a cargo del Juzgado de Familia N° 1 de la ciudad de Esquel, en el marco de un proceso de violencia de género ordena la fijación de alimentos provisorios a favor de la mujer víctima de violencia mediante el descuento de un porcentaje sobre lo que percibe el victimario como empleado en relación de dependencia.

Adopta dicha medida, luego de analizar los siguientes puntos:

- a. existían alimentos fijados a favor de las hijas en común;
- b. la víctima con motivo de escapar de la violencia que sufría se vio forzada a abandonar el hogar y mudarse de ciudad;
- c. habían constituido una pareja con asignación de roles estereotipados en el que el hombre funcionaba como proveedor y ella había relegado la continuidad de sus estudios universitarios y abandonado su trabajo para dedicarse exclusivamente al cuidado y crianza de las hijas de la pareja.

¿Por qué resulta relevante realizar dichas precisiones? Pues bien, porque es en lo factico en donde se encuentran las razones que dieron la convicción suficiente a la magistrada que, de no obrar de esa forma, se estaría reforzando la violencia machista que se intenta revertir.

### **El género como estructurador de relaciones de poder**

El concepto de género no es algo estático, al contrario, es dinámico y por lo tanto en constante transformación. El género, entonces, va a venir a definir la manera en cómo por razón de ser mujer se ocupa un lugar, un espacio y una estimación menor que la

que es asignada al hombre. Es decir, hay una consideración de disvalor en relación al género femenino por debajo del masculino.

“La categoría de género, así como otras nociones acuñadas para dar cuenta de la desventajosa posición social de las mujeres a lo largo de la historia, forma parte de un corpus conceptual, de carácter transdisciplinar, y de un conjunto de argumentos contruidos desde hace ya tres siglos, cuyo objetivo ha sido poner de manifiesto los mecanismos y dispositivos que crean y reproducen los espacios de subordinación, discriminación y opresión de las mujeres en cada sociedad”, (Cobo Bedia, 2014, pág. 9).

Esta idea de género se la debemos a la antropóloga Gayle Rubyn (1975), pero su significado es mucho más profundo, porque importa además una forma de control social moderna en base a las diferencias de género, absorbidas y reproducidas por el derecho. El género, al igual que la raza, la clase social; es una categoría con la que se ordenan las estructuras de poder y con ello las desigualdades. En este caso el factor determinante es la llamada división sexual del trabajo, dividiendo las esferas de lo público y de lo privado.

De esta forma, se puede observar como el poder se inscribe en las corporalidades de las mujeres, porque el “cuerpo se manifiesta como medio pasivo sobre el cual se circunscriben los significados culturales” (Butler J., 2020, pág. 58), por lo tanto, el cuerpo se presenta como un instrumento o medio que se vincula con lo cultural. Es esa asignación de significaciones que se le da a los cuerpos, lo que impactará en la formación de estereotipos que van a sustentar la desigualdad de género, en el que las mujeres serán vinculadas con lo domestico, lo débil, lo afectivo, lo privado y el hombre con lo público, lo fuerte, lo objetivo.

Estos estereotipos han jugado muy fuerte en el situar a las mujeres dentro de la sociedad, en encasillarlas en tareas y lugares específicos; los estereotipos impactan en la forma en como las personas perciben y se perciben a sí mismas, además de prescindir de las características de las personas, basándose solamente en los

preconceptos y cualidades preconcebidas de una persona por el solo hecho de pertenecer a una determinada categoría. Son tan fuertes que impactan en la construcción misma de las identidades y en las posibilidades de proyectar sus vidas, limitándolas en sus oportunidades. El estereotipo veda una comprensión más profunda y compleja de los individuos, e impide que los sujetos se piensen en otros lugares (Cook & Cusack, 2010, págs. 13, 14).

Y es en esta imposibilidad de pensarse en otro lugar donde se encuentra una víctima de violencia de género, porque antes de advertir la violencia física, psicológica, económica; se vio inmersa paulatinamente a una realidad signada por la violencia simbólica. Es decir, esa relación desigual en razón del género a la que se refiere el art. 4 de la Ley N° 26.485, ha iniciado su primer proceso mediante la violencia simbólica (Art. 5 Inc. 5 Ley N° 26.485), concepto que no proviene del derecho sino de la sociología.

Bourdieu va a explicar cómo las prácticas de los sujetos provienen de la internalización de las determinantes sociales de cada individuo, creando lo que llama el “habitus” que moldea la percepción y las acciones. Este habitus no permite que se reconozcan las desigualdades, dado que ha calado hondo en la percepción que se tiene de uno mismo. El autor en “La dominación masculina” (1998) utiliza el concepto de violencia simbólica, para definir justamente como se perpetúan las desigualdades que han sido naturalizadas por las mujeres, y es una de las herramientas más fuertes de la dominación masculina:

“La violencia simbólica se instituye a través de la adhesión que el dominado se siente obligado a conceder al dominador (por consiguiente, a la dominación), cuando no dispone, para imaginarla o para imaginarse a sí mismo o, mejor dicho, para imaginar la relación que tiene con él, de otro instrumento de conocimiento que aquel que comparte con el dominador y que, al no ser más que la forma asimilada de la relación de dominación, hacen que esta relación parezca natural; o, en otras palabras, cuando los esquemas que pone en práctica para percibirse y apreciarse, o para percibir y apreciar a los

dominadores (alto/bajo, masculino/femenino, blanco/negro, etc.), son el producto de la asimilación de las clasificaciones, de ese modo naturalizadas, de las que su ser social es el producto” (Bourdieu, 2000, pág. 51).

En consecuencia, advertir este aspecto, nos limita al momento de interpretar y aplicar el derecho conforme a una perspectiva de derechos humanos y de género.

### **Decidir con perspectiva de derechos humanos y de género**

Lo hasta aquí reseñado nos va aproximando a las razones teóricas que sustentan la decisión adoptada; no obstante, es necesario realizar un encuadre en las leyes vigentes.

A nivel nacional se cuenta con dos leyes que se aplican complementariamente en los procesos, la Ley N° 26.485 y la Ley N° 24.417; sin embargo, ambas se limitan a habilitar la fijación de alimentos cuando existen hijos menores de edad:

- Ley N° 264.85: Art. 26 Inc. b.5.: “En caso de que se trate de una pareja con hijos/as, se fijará una cuota alimentaria provisoria, si correspondiese, (...)”

- Ley N° 24.417: Art. 4 Inc. d): “Decretar provisoriamente alimentos, tenencia y derecho de comunicación con los hijos.”

En la provincia de Chubut contamos además con dos leyes especiales:

- Ley XV N° 12: Art. 9 Inc. d) “Ordenar la custodia, alimentos y derecho de comunicación con los hijos;(...) El Juez/a tendrá amplias facultades para disponer las medidas que estime convenientes con el fin de proteger a la víctima, (...)”

- Ley XV N26: Art. 56 Inc. 11) “Fijar alimentos provisorios aún en los casos en que no tengan hijos en común. Si la persona denunciada trabaja en relación de dependencia, el juez puede disponer de oficio la retención del porcentaje del salario correspondiente para el pago de la obligación alimentaria. (...) Las medidas protectorias enumeradas son meramente enunciativas. La autoridad judicial puede disponer toda otra medida que entienda corresponder para asegurar el cuidado y protección de la víctima según la situación o hechos de violencia acaecidos.”

Realizado este breve resumen sobre el marco normativo aplicable al caso, se puede advertir que la legislación provincial ha ido mucho más lejos en materia de protección, pues a diferencia de las normas nacionales a nivel provincial deja de ser un elemento determinante para la fijación de alimentos la existencia de hijos. Este punto es de suma importancia, porque finalmente destierra la colocación de la mujer en su rol de reproductora y se centra en su situación de víctima.

La Ley XV N° 26 se presenta como una norma que ha tenido una mirada y una lectura interseccional del problema que acarrea la discriminación y la violencia de género. El análisis interseccional se nos muestra como la herramienta más idónea para la hermenéutica jurídica, pues dicho concepto enfatiza en la multicausalidad de las desigualdades y de los sistemas de dominación que justifican las prácticas violentas. (Las cursivas y el resaltado pertenecen a la autora).

La Corte IDH ha utilizado este concepto-herramienta teórica en dos casos donde el sesgo de género se presenta palmariamente. En “Ramírez Escobar y otros v. Guatemala” (2018) emplea un análisis situado e interseccional marcando como no solamente se sufre violencia - discriminación por ser mujer, también se la sufre por ser pobre, por ser niña, por ser mayor, etc.

Dicho análisis vuelve a ser empleado por la Corte en el caso “Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antón de Jesús y sus

familiares Vs. Brasil”. En el párrafo 68 expresamente mencionan la necesidad de abordar este enfoque, pues

“si bien el enfoque interseccional ha sido acuñado desde el enfoque de género (desde desventajas que sufren algunos grupos de mujeres), (...) es necesario que las acciones para erradicar estas situaciones de exclusión o marginación adopten un “enfoque diferencial” para que en el diseño de las medidas se tomen en cuenta posibles particulares que puedan impactar en diferentes subgrupos de personas destinatarias de esas medidas”, pues como bien señala en su voto concurrente el Juez Pérez Manrique: “potencia el efecto devastador a la dignidad humana de las personas que las sufren y provoca violación de derechos más intensa y diversa que cuando las mismas se configuran respecto de un solo derecho” (Párr. 22).

En consecuencia, el manejar estos conceptos permite que la práctica judicial sea más efectiva, porque dejamos de analizar según las leyes y nos abrimos hacia una práctica del derecho convencional. No nos encorsetamos en las formulas rígidas de la norma, sino que habilitamos el ejercicio de la ponderación y la interpretación acorde a estándares convencionales, en los que el principio pro persona se nos presenta como guía. En el caso traído como ejemplo, la fijación de alimentos provisorios a favor de la mujer implicó una re significación y un reforzamiento de su autonomía, no solo como madre sino como mujer.

El trabajo en una mayor y mejor autonomía de las mujeres no se limita en la fijación de alimentos, sino que debe obligarnos a analizar hasta qué punto es necesario repensar los términos de la igualdad de nuestra sociedad. El valor del testimonio que se le dio a la mujer víctima implicó que la misma pueda revalorizar su propia credibilidad ante el sistema de justicia. Como bien señala Fricker cuando escribe sobre injusticias testimoniales, remarca la importancia en la recepción del testimonio en el que para “no perderse las verdades ofrecidas por un interlocutor nos exige neutralizar los prejuicios en nuestros juicios de credibilidad” (Fricker, 2017, pág. 208), y nos exhorta a actuar con la debida diligencia a:

“Que el acceso a la justicia constituye la primera línea de defensa de los derechos humanos de las víctimas de violencia de género, y por tanto, se requiere que el acceso a los servicios de justicia resulte sencillo y eficaz; y que cuente con las debidas garantías que protejan a las mujeres cuando denuncian hechos de violencia y con medios judiciales y de cualquier otra índole que garanticen la debida reparación” (MESECVI, Declaración sobre la Violencia contra las Mujeres, Niñas y Adolescentes y sus Derechos Sexuales y Reproductivos, 19 de septiembre de 2014).

Reparación que se traduce en el reconocimiento de la mujer como víctima, como madre; como mujer que debe recuperar la autonomía socavada por la dominación y la violencia física, psicológica y económica que vivió durante años. Así lo señala la Recomendación general N° 33 de la CEDAW al señalar que es necesario que los sistemas de justicia “Tomen plenamente en cuenta las actividades domésticas y de cuidados no remunerados de las mujeres al evaluar los daños y determinar la indemnización apropiada (...)” (pág. 10).

El reconocimiento de quien habla como sujeto de valor, como sujeto portador de una verdad, en este tipo de procesos es de suma relevancia. Porque el reconocimiento del otro es lo que nos permite verlo como ciudadano, como titular de derechos, como alguien a quien el principio de igualdad le alcanza. La igualdad como reconocimiento, va a estudiar la formación de las subjetividades y el acceso a los recursos simbólicos, siendo esta categorizada como una desigualdad cultural o simbólica que “está arraigada en los modelos sociales de representación, interpretación y comunicación” (Fraser, 2000, pág. 28).

Y, si analizamos que la violencia de género se estructura en una red de simbolización y de disputas de sentidos; el poder transformar dichos esquemas nos hace visibilizar a aquellas subjetividades no respetadas y cuestionarnos los fundamentos mismos del sistema. Los alimentos provisorios no se limitan en este caso a una simple herramienta procesal diseñada para cubrir aquellas necesidades

impostergables, y que si se espera el final del proceso la misma podría tornarse abstracta. También tiene un impacto simbólico para la víctima, implica que el sistema de justicia la escucha, le cree, y actúa en consecuencia.

Para que una mujer sea realmente autónoma, debe serlo en tres dimensiones:

“física, económica y en la toma de decisiones. Se destaca en este aspecto que la autonomía de las mujeres solo puede ser entendida a partir de estas tres dimensiones, teniendo todas influencias entre sí” (Medina, 2013, pág. 499). Porque “sin el control del propio cuerpo y una vida libre de violencia, no se pueden lograr avances en el ámbito económico” (Medina, 2013, pág. 499).

En consecuencia, el decidir y actuar conforme a una perspectiva de género implica saber ver e interpretar no solamente con las normas nacionales, sino con un claro y profundo conocimiento de los estándares fijados por la Corte IDH. Es trabajar en términos de igualdad, en prácticas de reconocimiento de una sociedad de desiguales en las que las mujeres se inscriben en una realidad atravesada por múltiples formas de discriminación y de violencias; esta práctica es lo que habilitará el avance hacia un sistema judicial más cercano y más eficaz en la toma de decisiones.

Reconocer a las mujeres, reconocerlas en la diversidad, reconocerlas en la adversidad y creer en su testimonio, constituye un verdadero caso de justicia epistémica, porque no debemos olvidar que: “Nadie puede participar de una argumentación mientras se encuentre privado de condiciones mínimas de vida (redistribución) o bien ni siquiera sea considerado un interlocutor válido (reconocimiento)” (Clerico & Aldao, 2011, pág. 153).

## Referencias bibliográficas

Bourdieu, P. (2000). La dominación masculina. Barcelona: Anagrama.

Butler, J. (2020). El género en disputa. CABA: Paidós.

Clerico, L., & Aldao, M. (2011). Nuevas miradas de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la igualdad como redistribución y como reconocimiento. Lecciones y Ensayos, 141 - 179.

Cobo Bedia, R. (2015). Aproximaciones a la teoría feminista. Boletín del Programa de Formación N° 1. Comité de América Latina y el Caribe para la defensa de los Derechos de las Mujeres. Lima: CLADEM.

Cook, R., & Cusack, S. (2010). Estereotipos de género. Perspectivas Legales Transnacionales. Bogotá: Profamilia.

Fraser, N. (200). ¿De la redistribución al reconocimiento? Dilemas de la justicia en la “era postsocialista”. En J. Butler, & N. Fraser, ¿Reconocimiento o redistribución? Un debate entre marxismo y feminismo. (págs. 23 - 66). Madrid: Editorial Traficantes de Sueños.

Fricker, M. (2017). Injusticia epistémica. Barcelona: Herder.

Medina, g. (2013). Violencia de género y violencia doméstica. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.

## Notas

[1] Abogada. Doctoranda UNPSJB - FHCS. Maestranda FLACSO. Abogada Adjunta de la Asesoría de Familia de la ciudad de Esquel. JTP cátedra Civil V de la Facultad de Cs. Jurídicas UNPSJB sede Esquel. [ceciliavallejos.esquel@gmail.com](mailto:ceciliavallejos.esquel@gmail.com)

[2] Sentencia interlocutoria. Causa: A. M. P. c/ A. C. M. s/  
\*Violencia Genero Ley N° 26.485. Juzgado de Familia N° 1  
Circunscripción Judicial de Esquel.

# Una cuestión de igualdad: licencias laborales por otorgamiento de guarda preadoptiva

por Cecilia I. Vallejos

Disponible en: <https://www.informacionlegal.com.ar/>

Publicado en: RDF 2023-II, 48

Cita online: TR LALEY AR/DOC/337/2023

[Consultado el: 29/11/2024]

## Sumario:

I. El caso.— II. La protección a todas las formas familiares: de sesgos de género y miradas transversales.— III. Inconstitucionalidad por omisión: las licencias laborales y el derecho universal al cuidado.— IV. Conclusión.

### I. El caso

El 22 de septiembre de 2020 se resuelve la declaración de situación de adoptabilidad de un grupo de hermanos que habían transitado más de una década de intervenciones judiciales y administrativas en su familia de origen, las cuales finalizaron con la resolución antes mencionada. El 28 de abril de 2021 la Cámara de Apelaciones confirma dicha sentencia y se da inicio al proceso de selección de guardadores con fines de adopción que finaliza en el mes de abril de 2022, momento en el que son seleccionados como guardadores el Sr. L. H. M. y la Sra. A. J. C.; y, luego de las vinculaciones y evaluaciones realizadas por los órganos intervinientes, se dicta la resolución que otorga la guarda con fines de adopción.

Posteriormente, el Registro de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos pone en conocimiento al Sindicato de Empleados de Comercio provincial la sentencia en la que el juez selecciona a la Sra. C. como guardadora. Recibe como respuesta del representante letrado

que no se encuentra regulado el otorgamiento de licencia por el otorgamiento de guarda preadoptiva y en consecuencia que la Sra. C. no disponía de días de licencia. Como consecuencia de dicha respuesta, el Registro solicita al Juzgado interviniente que se libre oficio a los efectos de que se le conceda la licencia correspondiente con la mayor premura posible.

En consecuencia, el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 82 (1) de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el 20 de septiembre de 2022 declara la inconstitucionalidad e inconveniencia por omisión del régimen de licencias de la Ley de Contrato de Trabajo (ley 20.744) (2) por no contemplar plazos de licencias para la etapa de guarda con fines de adopción. Seguidamente, ordena el urgente otorgamiento de una licencia por maternidad a la Sra. C. de 45 días a descontarse de los 90 días totales de licencia debiendo computarse a partir de la notificación de dicha decisión.

Para arribar a esta solución en primer lugar realiza un análisis del marco normativo vigente, tomando como punto de referencia al texto constitucional nacional, en especial al art. 75 inc. 22 que incorpora a los tratados internacionales de derechos humanos con rango constitucional y el art. 75 inc. 23 en cuanto al deber del Congreso de legislar y promover medidas de acción positiva para garantizar el efectivo goce y ejercicio de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Nacional (3). Posteriormente se detiene a mencionar el cambio de paradigma en torno a la valoración de la intervención de los niños, niñas y adolescentes en los procesos y su carácter de sujetos de derechos a partir de la Convención de Derechos del Niño (4), cuyo instrumento ha consagrado el principio del interés superior del niño, citando a la Observación N° 14 del Comité CDN sobre los alcances de este principio.

Es interesante el análisis que realiza en torno a la guarda con fines de adopción regulada en el art. 614 del Cód. Civ. y Com. (5), y la importancia que tiene dicho período para la conformación de lo que denomina "ensamble adoptivo", y el proceso de dar inicio al "ahijamiento". Dando lugar así al señalamiento de la ausencia en la

LCT de legislación que contemple las licencias por el otorgamiento de guardas con fines de adopción y también su ausencia en las Convención Colectiva de Trabajo N° 130/75 de los Empleados de Comercio. De esta manera, emplea dicho señalamiento para remarcar que se está vulnerando el derecho a la igualdad, citando jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (6) para demostrar que la falta de regulación importa un trato desigual hacia hijos e hijas de familias adoptivas.

Por último, menciona los principios de progresividad, no regresividad y equidad social incorporados en los tratados de derechos humanos, para luego abocarse a la inconstitucionalidad por omisión legislativa. En este punto menciona que "en el ámbito del derecho laboral y de la seguridad social existe una omisión legislativa respecto de la licencia por maternidad y paternidad durante las etapas de vinculación y de guarda con fines de adopción que se sostiene argumentalmente a través de una distinción entre la filiación biológica y por adopción que el propio Cód. Civ. y Com. ha resuelto equiparar y no distinguir" por lo que "la Sra. C se encuentra laborando en relación de dependencia y detentando a su vez el carácter de guardadora de dos niños con fines de adopción, por lo que debiera poder gozar de una licencia en la misma forma que una trabajadora que sea biológicamente madre, es decir por el período de 90 días; ello con fundamento en la particular relevancia que marca ese lapso temporal en la construcción de los vínculos que se ven atravesados por los tiempos subjetivos propios del proceso" (7).

## **II. La protección a todas las formas familiares: de sesgos de género y miradas transversales**

Luego de la pandemia por el COVID-19 se empezó a visibilizar el valor de las tareas de cuidado, la falta de separación de los ámbitos públicos y domésticos durante los largos y tediosos días de aislamiento preventivo, que dieron cuenta que el cuidar es un trabajo que debe ser reconocido y valorado. Existe ya profusa cantidad de trabajos que abordan la problemática que vincula a las tareas de cuidado con la organización social de los roles en el marco del sistema

sexogénico en el que vivimos, en el que mayormente son las mujeres quienes asumen dichas tareas, no solamente con relación a los hijos, sino también hacia cualquier otro familiar. No resulta menor que la licencia de la que se trata en el presente caso es la de maternidad y no la del Sr. M., aspecto que no hace más que reforzar esta distribución antes mencionada.

Dicho esto, lo que se intentará poner en relieve no es tanto la asignación asimétrica de funciones en cuanto al cuidado y crianza de los hijos, sino sobre la necesidad de establecer regulaciones que pongan el foco sobre la importancia de incorporar políticas que reconozcan las funciones parentales y su equilibrio con la vida laboral. Para ello, se debe volver a pensar en torno a las formas familiares y su reconocimiento legal, como receptoras de protección y destinatarias de las políticas públicas; el art. 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos (8) señala que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad sin hacer referencia alguna a las formas que esta pueda adoptar.

A partir de lo mencionado anteriormente se puede realizar una primera afirmación: si la CADH con rango constitucional no hace diferencia alguna a las formas familiares, la legislación nacional y las legislaciones provinciales no pueden establecer ni avalar ningún tipo de distinción; pues, el art. 29 del mismo instrumento en torno a las normas de interpretación no admiten que la Convención sea interpretada de modo que se suprima el goce y ejercicio de los derechos y libertades por esta reconocidos. Porque, siguiendo con el texto la CADH: "Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley" (9).

Se advierte que la regulación laboral en Argentina ha tenido una dispar recepción de la protección de todas las formas de conformación familiar, no solamente en el otorgamiento de licencias a los progenitores sino también en torno a la necesidad de la fijación de políticas que tiendan a proteger a progenitores y adultos y adultas que ejercen el cuidado de niños, niñas y adolescentes (10) y que se

encuentran en una relación laboral. Basta recordar el fallo "Echeverry" (11) de la CS, el cual no solamente es relevante por el tratamiento de la inconstitucionalidad por omisión reglamentaria del art. 179 de la LCT sino también por la relevancia que tiene la omisión como vulneradora de derechos, así lo dejaron en claro los Dres. Maqueda y Lorenzetti en el Considerando 13 de su voto: "Ello constituye una ilegalidad manifiesta que lesiona en forma actual —y por los últimos 47 años, desde que la ley 20.744 fue promulgada— los derechos constitucionales invocados por los accionantes, en razón de la especial tutela que dispensa el ordenamiento jurídico a uno de los sujetos constitucionalmente identificados como de preferente protección (art. 14 *bis* de la CN)".

Esto sirve para ejemplificar el largo recorrido que aún nos falta para lograr un pleno reconocimiento de todas las formas de familias y el reconocimiento del cuidado como un derecho universal al que deben acceder todos los NNyA, y, que el acceso a este no esté sujeto a ciertas particularidades vinculadas al mercado de trabajo (12). El negar la licencia en este caso es negar el acceso al cuidado no solamente a dos hermanos, sino que, además genera una nueva desigualdad en personas que ya han atravesado todas las formas de desigualdad posible, al haber transitado un penoso proceso de más de diez años de intervenciones administrativas y judiciales y de derechos vulnerados hasta lograr su inserción en un grupo que finalmente pueda cobijarlos.

El acceso al cuidado así planteado se ancla dentro del desarrollo del principio - derecho de igualdad y la agravada protección que se merecen los NNyA por aplicación de la CDN. La diferencia hoy existente para la LCT en cuanto a los tipos de filiación y el otorgamiento de licencias, que no hace más que distinguir situaciones que en lo fáctico son similares, veamos: el art. 158 reconoce dentro de las licencias especiales la de nacimiento de hijo (inc. a); posteriormente en el Título VII referido a "Trabajo de Mujeres" en el Capítulo II "De la protección de la maternidad" en el art. 177 establece: "Queda prohibido el trabajo del personal femenino durante los cuarenta y

cinco [45] días anteriores al parto y hasta cuarenta y cinco [45] días después del mismo".

Se puede claramente sostener que la LCT se para desde una visión biologicista de la familia, basta con remarcar estos dos aspectos fácticos que habilitan el otorgamiento de las licencias: nacimiento de hijo - parto. Vale preguntarse qué sucede con otras formas de filiación como es la adopción en las que no hay ni nacimiento ni parto; o en el reconocimiento de las disidencias sexo genéricas en el que ser una persona con capacidad para gestar no la convierte automáticamente en mujer. De esta manera, la actual redacción (contraria incluso al texto actual del Cód. Civ. y Com. y de la normativa constitucional y convencional) refuerzan la expulsión de toda configuración familiar que no se base en lo biológico, descartando lo afectivo y la pluralidad, fortaleciendo la asignación estereotipada de roles basada en una visión heteronormativa de las funciones de cuidado coincidiendo en este aspecto con la afirmación que realiza Llobet en cuanto a que "las formas en que se organiza la provisión de derechos en los sistemas de bienestar, son dependientes de las interpretaciones sobre el género, la clase, la edad, que subyacen a tal organización, y de ellas dependen las posibilidades de negociación de los actores" (13).

Esta omisión (sobre la cual me detendré en el siguiente apartado) importa una verdadera acción estatal en la que la producción de las infancias así planteada no hace otra cosa que agravar la desigualdad: por un lado para los guardadores, y por otro lado, y aún mucho más grave en relación a dos niños que tienen el mismo derecho de recibir cuidado durante el lapso de su adaptación-vinculación en un nuevo grupo familiar, que en términos de la lógica del Sistema de Protección Integral (Ley 26.061) implica restituir sus derechos a una vida en familia, o, en otras palabras, restituir infancia. "[L]os contextos son producidos por las decisiones" (14) dice Judith Butler, en este caso la decisión de persistir en una redacción que ya lleva 45 años y que está muy alejada al avance del reconocimiento y ampliación de derechos.

Es en este contexto en el que se advierte la discriminación a una familia, el Convenio N° 156 de la OIT en su art. 3° expresamente sostiene: "Con miras a crear la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras, cada Miembro deberá incluir entre los objetivos de su política nacional el de permitir que las personas con responsabilidades familiares que desempeñen o deseen desempeñar un empleo ejerzan su derecho a hacerlo sin ser objeto de discriminación y, en la medida de lo posible, sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales", a su vez el art. 18.2 de la CDN establece que es responsabilidad de los Estados partes el de prestar asistencia a los progenitores y representantes legales para el desempeño de sus funciones de crianza, siendo una herramienta más que importante el acordar tiempo para cuidar (licencia), y finalmente el PIDESC (15) en su art. 23 reitera la protección a las familias y el art. 24 reafirma que todo niño, niña o adolescente tiene derecho a las medidas de protección que por su condición se requiera tanto de su familia como de la sociedad y el Estado sin distinción alguna.

Precisamente, en cuanto al reconocimiento del derecho al acceso al cuidado como derecho fundamental unido a la noción de protección a todas las formas de familia, es importante ratificar que los derechos son efectivos cuando son practicados y reconocidos en políticas públicas, no solamente por su mera enunciación. La crisis del cuidado desnuda el problema actual entre reproducción social y producción económica; tomando como ejemplo el caso traído a análisis vale señalar que según algunos relevamiento en el 2018 solo el 35% de los hogares argentinos contaban con un solo proveedor varón y el 40% de los hogares tenían a dos proveedores aumentando la participación de las mujeres en la economía formal, observándose que "la transición demográfica fue acompañada por el proceso de incorporación masiva de las mujeres al mercado de trabajo remunerado, pero no así de una redistribución de las tareas de cuidado al interior de los hogares, que continúan feminizadas" (16). Consiguientemente, ante la necesidad de cuidar a los NNyA, Fraser señala que "globalizador y neoliberal, este régimen promueve la desinversión estatal y empresarial del bienestar social, al tiempo que atrae a las mujeres a la fuerza de trabajo remunerada, externalizando

los cuidados a las familias y las comunidades al mismo tiempo que reduce la capacidad de estas para encargarse de ellos. El resultado es una organización nueva y dualizada de la reproducción social, mercantilizada para quienes pueden pagarla y privatizada para los que no, mientras algunos de los pertenecientes a la segunda categoría proporcionan cuidados a cambio de salarios (bajos) a los de la primera" (17). En otras palabras, tenemos por un lado un Código Civil y Comercial nacional que se ha adaptado a las exigencias convencionales en torno al sistema de protección integral de las infancias y adolescencias y por otro lado carecemos de legislación nacional laboral que reconozca (usando el ejemplo del fallo citado) las licencias por otorgamiento de guarda preadoptiva generando claramente una situación de discriminación injustificada.

El art. 16 de la CN consagra del derecho a la igualdad ante la ley, no obstante, se debe decir que la interpretación de una norma infraconstitucional debe ser realizada de manera que no contraríe ni recorte los derechos por aquellos consagrados (18). Dicho esto, volviendo a la redacción de la LCT, aún a pesar de la omisión legislativa, no puede soslayarse que además del cuidado de la "maternidad" también se infiere el acceso al cuidado en la primera infancia. Es así como la aplicación literal de la LCT dada por el Sindicato de Empleados de Comercio (cuyo fin debiera ser proteger los derechos de los y las trabajadores y trabajadoras) es contraria al principio de igualdad, pues ya la Corte Suprema ha dicho que "la ley no debe interpretarse conforme a la desnuda literalidad de los vocablos usados, ni según rígidas pautas gramaticales, sino con arreglo a su significado jurídico profundo" (19).

La igualdad como no discriminación busca justamente que no existan tratos arbitrarios que generen diferencias que cercenen derechos y, que no hayan normas que sean contrarias al texto constitucional, así al menos lo ha desarrollado la CS en diversos casos: "Ante la existencia de una categoría sospechosa de discriminación, el juicio de razonabilidad de la norma (arts. 14 y 28 de la CN), deberá estar guiado por un escrutinio estricto, que implica una inversión en la carga de la prueba, de modo tal que es la parte que defiende la

constitucionalidad de la norma la que deberá realizar una cuidadosa prueba sobre los fines que había intentado resguardar y sobre los medios que había utilizado a tal efecto, los primeros, deben ser sustanciales y no bastará que sean meramente convenientes y con respecto a los segundos, será insuficiente una genérica 'adecuación' a los fines, sino que deberá juzgarse si los promueven efectivamente y, además, si no existen otras alternativas menos restrictivas para los derechos en juego que las impuestas por la regulación cuestionada" (20). Siguiendo dicho razonamiento, la Corte Interamericana ha resaltado la prohibición de discriminación de niñas, niños y adolescentes que se extiende además a las condiciones de sus progenitores y demás familiares, por lo que el no acceso a la licencia es un acto de discriminación (21).

A su vez, el no reconocimiento de estas formas familiares veda el acceso a recursos basada en una desigual valoración de las trabajadoras y trabajadores que son seleccionados como guardadores con fines de adopción y a los niños y niñas que se incorporan a dichas familias. El trabajo de cuidado es un trabajo que se basa en lo relacional, en lo vincular; en un sentido análogo la guarda se inserta como una figura provisoria que importa el transitar desde la declaración de adoptabilidad hacia el perfeccionamiento de la adopción. Y, para alcanzar esa meta este tiempo es de suma importancia porque es aquí donde se evaluará el grado y tipo de vínculo que se genere entre adultes y los NNyA, el poder contar con mayor y mejor tiempo de calidad podrá incidir de manera positiva en la construcción de los lazos que eventualmente los unirán como una familia. Es por ello que reitero que "el 'derecho al cuidado' debe ser un derecho universal para que se reconozca y ejercite en condiciones de igualdad" (22).

47 años de una ley laboral que clama por una reforma, de una ley que contribuye en reproducir un único tipo de familia, conforme a un sistema heteronormativo en el que los roles son dados de antemano por el solo dato aportado por la biología (23).

### III. Inconstitucionalidad por omisión: las licencias laborales y el derecho universal al cuidado

Nuestro sistema jurídico se ha apoyado en un diseño inspirado en la Constitución de los Estados Unidos, y en consonancia ha receptado el control de constitucionalidad difuso importando que todos los juzgados de la nación sean también juzgados constitucionales. Es así, que el sentenciante sostiene para declarar la inconstitucionalidad por omisión que "el propio Legislativo se encuentra en mora al no producir en tiempo adecuado las modificaciones legales que resultan incompatibles con la vida social y los nuevos estándares constitucionales-convencionales" (24).

Ya la CS antes de la reforma constitucional sostenía que normas contenidas en los tratados internacionales son plenamente operativas sin necesidad de contar con legislación interna que la recepte, así "la violación de un tratado internacional puede acaecer tanto por el establecimiento de normas internas que prescriban una conducta manifiestamente contraria, cuanto por la omisión de establecer disposiciones que hagan posible su cumplimiento" (25), acarreado con ello una posible responsabilidad del Estado el no cumplimiento con los compromisos asumidos; de allí surge la razón que motiva a la inconstitucionalidad por omisión, y es la falta de adecuación de la LCT con todo el ordenamiento jurídico vigente que va hacia el reconocimiento de la pluralidad de formas de familias y de la importancia que tiene el instituto de la adopción, que como bien establece el art. 594 del Cód. Civ. y Com. "es una institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando estos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen". Vivir y desarrollarse en una familia, y, para que ello suceda se debe dar el tiempo para evaluar la creación del vínculo afectivo entre la pareja seleccionada por el juez y los niños (26).

La omisión del reconocimiento de licencias para adultos y adultas que inician una guarda con fines de adopción es un verdadero

acto de discriminación por no encontrar su fundamento conforme a las normas hoy vigentes, "la omisión legislativa respecto de la situación de padres e hijos adoptivos en todo lo concerniente a la licencia y protección de los padres adoptantes, se presenta ahora contraria a los principios constitucionales y disposiciones de los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional. Particularmente, el principio de igualdad, de razonabilidad, el derecho de la mujer a la maternidad, el derecho del niño a disfrutar de su familia y el Interés Superior del Niño" (27). En la actualidad se cuenta con legislación pensada y diseñada de forma plural e inclusiva, basta con señalar a la Ley de Matrimonio Igualitario (ley 26.618), la Ley de Identidad de Género (ley 26.743), el Cód. Civ. y Com. (Ley 26.994), todas normas que tienen a la equiparación e igual protección de todas las familias.

La inconstitucionalidad por omisión es un instituto procesal que debe ser aplicado con suma cautela, así como siempre se afirma que la declaración de inconstitucionalidad de una norma debe ser el último remedio a emplear; mayor cuidado se ha de tener para declarar la inconstitucionalidad por omisión legislativa porque podría estar invadiéndose a otro poder del Estado y por lo tanto transgrediendo las bases fundantes de nuestra República. Es así, que una omisión constitucional se verificará cuando la falta de norma importe una vulneración y/o violación de un derecho fundamental amparado ya sea en la Constitución o en un Tratado de Derechos Humanos (art. 75 Inc. 22), así "las omisiones inconstitucionales de los poderes públicos (ya sean legislativas, ejecutivas o judiciales) podrán encontrar sus límites bajo la adecuada aplicación de la figura de la inconstitucionalidad por omisión (instituyéndola como proceso constitucional autónomo o bien, como acción procesal articulable con otras dirigidas a la protección de los derechos y garantías (...)). Ello así resulta imperativo atender el rol que cumple el silencio a partir de los contornos del discurso jurídico (los contornos de lo que se dice, de lo manifiesto que desdibujan lo que no se dice, lo latente). Esto lejos de resultar indiferente puede funcionar como obstáculo para la efectiva realización de los derechos fundamentales" (28).

En esta sentencia se intenta cubrir un vacío legal, de esta forma se declara la inconstitucionalidad por lo que la norma silencia y debiera establecer, para adecuarse a todo el sistema normativo; por lo que, en el caso concreto el Juez dispone una adición a la ley para que sea armónica al actual Estado constitucional de derecho (29). En especial, porque se viola el principio de igualdad (dependiendo del punto vista de la pareja de guardadores seleccionados por el juez; o, desde la mirada de los niños que precisan del tiempo de vinculación y adaptación al grupo familiar así como un recién nacido necesita de los cuidados de sus progenitores) por omitir casos que son análogos, como es en el supuesto de la "protección a la maternidad" conforme a los términos empleados por la LCT, habilitando así la siguiente pregunta: ¿la maternidad determinada biológicamente tiene mayor valor y mejor protección que aquella que surgirá del resultado del procesos de construcción afectiva prevista en el tiempo que implica el otorgamiento de una guarda con fines de adopción? Esto es bien señalado en la sentencia cuando dice que "corresponderá proceder de igual manera si durante el ejercicio del control de la regularidad del orden jurídico se advierten incumplimientos de mandatos constitucionales para legislar y dichas omisiones legislativas (como las abordadas en estas actuaciones) se traducen en situaciones de desigualdad y discriminación para lxs adoptantes y lxs niños involucradxs a partir de una distinción entre filiación biológica y adoptiva" (30); en consecuencia, en el presente caso no se advierte una intromisión de tipo legislativa, sino que, lo que realmente hace el juzgador es solucionar la inconstitucionalidad incorporando bajo la protección de la maternidad dispuesta por la LCT al período de tiempo regulado para el avance de la guarda preadoptiva, empleando nada más ni nada menos que todo el conjunto de normas vigentes.

Allí es donde reside la legitimidad de la solución dada, porque previamente razona y analiza el caso a la luz de la perspectiva de derechos humanos y de infancia, no siendo de modo alguno discrecional. En un Estado Constitucional de Derecho no pueden existir lagunas o vacíos para la promoción y protección de derechos fundamentales, porque "las normas infraconstitucionales supondrán

siempre, por exigencias lógico-jurídicas, la existencia al menos de un principio constitucional que les confiera fundamento normativo" (31).

No es la primera vez que el Poder Judicial ha marcado omisiones que impiden dar respuesta a demandas sociales y jurídicas, basta con recordar los fallos "Siri" y "Kot" en el que se crea pretorianamente la acción de amparo para proteger derechos fundamentales, o el caso "Ekmedjian" que da vigencia efectiva del derecho de réplica reconocido en los Tratados internacionales pero que no contaba con una ley nacional que la reglamentara, o más cercano a nosotros el fallo "Echeverry" ante la inconstitucionalidad por omisión reglamentaria de la LCT. Sin embargo, en este caso es más grave la lesión, porque, empleando palabras de María Sofía Sagüés, estamos ante una inercia social discriminatoria que no intenta reformar la realidad sino que, al contrario, profundiza el trato desigual, de allí la viabilidad y razonabilidad de la solución adoptada, porque "frente a la necesidad de ponderación de la viabilidad, en su caso, de la aplicación de instrumentos de control de inconstitucionalidad por omisión en aquellos supuestos en los que, frente a la existencia de sometimiento y exclusión estructural de determinados colectivos desaventajados, en base a estereotipos culturales de sometimiento, el Poder Legislativo de los estados no modifica la inercia social discriminatoria, y omite la adopción de medidas de discriminación inversa con vocación reformadora de tal realidad" (32).

Es por ello que la sentencia en análisis podría cumplir con los tres requisitos que Néstor Sagüés ha sabido enumerar para que una sentencia que declara la inconstitucionalidad por omisión no sea considerada como una intromisión irrazonable a los otros poderes (33), a saber: 1. transcurso de un tiempo razonable: ya pasaron 45 años de la actual redacción del art. 177 de la LCT y 47 años del art. 158, en consecuencia podemos acordar que los modelos familiares y el derecho al cuidado han tenido una evolución no solo social, sino también normativa y judicial que claman por una reforma de la actual ley 20.744; 2. la existencia de una directriz constitucional clara en la materia: en este punto podemos incluso incorporar los análisis en torno a la protección de las familias realizado por la Corte

IDH, la legislación nacional antes señalada que amplía derechos, los avances en tema de reconocimiento de licencias preadoptivas en diversos sectores laborales; y por último, como punto 3, que el vacío fuese posible de ser rellenado por el juez: aquí como señale anteriormente el juzgador hace una interpretación extensiva del concepto de maternidad y de hijo para incorporar una situación análoga desde lo fáctico.

#### **IV. Conclusión**

La inconstitucionalidad por omisión legislativa, como en el presente caso, se ha presentado como una solución válida ante una situación claramente desigual sostenida en el tiempo ante la inacción de los legisladores. La necesidad de avanzar hacia una reforma con perspectiva de género es urgente; sin embargo, hasta que eso suceda será labor de quienes deben resolver casos saber realizar una lectura integral del derecho y de lo que un Estado Constitucional de Derecho espera, y que es nada más ni nada menos que el triunfo de la justicia: "La actitud del derecho es constructiva: su objetivo, en el espíritu interpretativo, es colocar el principio por encima de la práctica para demostrar el mejor camino hacia un futuro mejor, cumpliendo con el pasado. Es, por último, una actitud fraternal, una expresión de cómo estamos unidos en una comunidad a pesar de estar divididos en lo que respecta a proyectos, intereses y convicciones. Esto es, de todas formas, lo que el derecho es para nosotros: para las personas que queremos ser y la comunidad que queremos tener" [\(34\)](#).

[\(A\)](#) Abogada. Lic. Cs. Políticas. Especialista en Derecho Procesal Civil UBA. Estudiante de la Maestría en Género y Políticas Públicas FLACSO PRIGEPP. Estudiante del Doctorado en Ciencias Sociales de la FHCS UNPSJB. Abogada adjunta de la Asesoría de Familia de la ciudad de Esquel. Docente en las cátedras Civil IV y V de la Facultad de Cs. Jurídicas UNPSJB.

[\(1\)](#) Juzg. Nac. de 1ª Inst. en lo Civil N° 82, CABA, "A. M. V. C. y otros s/ control de legalidad - ley 26.061", 20/09/2022.

(2) En adelante LCT.

(3) En adelante CN.

(4) En adelante CDN.

(5) Art. 614 Cód. Civ. y Com. "Sentencia de guarda con fines de adopción. Cumplidas las medidas dispuestas en el art. 613, el juez dicta la sentencia de guarda con fines de adopción. El plazo de guarda no puede exceder los seis meses".

(6) En adelante CS.

(7) Juzg. Nac. de Prim. Inst. en lo Civil N° 82, CABA, "A. M. V. C. y otros s/ control de legalidad - ley 26.061", 20/09/2022.

(8) En adelante CADH.

(9) Art. 24 de la CADH.

(10) En adelante NNyA.

(11) CS, "Etcheverry, Juan Bautista y otros c. EN s/ amparo ley 16.986", 21/10/2021, Fallos 344:3011.

(12) PAUTASSI, L. & RICO, "Licencias para el cuidado infantil: derecho de hijos, padres y madres. Desafíos", Boletín de la infancia y adolescencia, 12, 2011.

(13) LLOBET, V., "Reflexiones sobre un malentendido: producción de necesidades infantiles en políticas de protección", Psicología em Estudo, 19[3], 2014, p. 375.

(14) BUTLER, J. L., "Los usos de la libertad", Debate Feminista, 1999, 19, p. 122, obtenido de <https://doi.org/https://doi.org/10.22201/cieg.2594066xe.1999.19543>.

(15) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

(16) CIPPEC, "Día de la madre: las políticas públicas todavía no se adaptan a los cambios en las familias", (s.f.). Obtenido de CIPPEC: <https://www.cippec.org/textual/dia-de-la-madre-las-politicas-publicas-todavia-no-se-adaptan-a-los-cambios-en-las-familias/>.

(17) FRASER, N., "Las contradicciones del capital y del cuidado", *New Left Review*, 100, julio-agosto, 2016, p. 126.

(18) El derecho al acceso al cuidado emana de la protección de integral de la familia receptado en el último párrafo del art. 14 bis de la CN; y, que conforme a una interpretación integral del texto constitucional junto al art. 33 en cuanto a que su primera parte establece que "Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados (...)".

(19) CS, "Ratto Sixto y otro c. Productos Stani SA", 26/08/1966, Fallos 265:242, consid. 3.

(20) CS, "R. A. D. c. Estado Nacional y otro s/ sumarísimo", 04/09/2007, Fallos 330:3853, Voto de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y Carmen M. Argibay.

(21) Corte IDH "Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile", párr. 151; "Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador", párr. 273., y Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala, párr. 274.

(22) BELLONE, F., "Derecho al cuidado: un reconocimiento impostergable", 22/12/2022. Obtenido de Ecofeminita: <https://ecofeminita.com/derecho-al-cuidado/?v=5b61a1b298a0>.

(23) "Licencias para cuidados: un derecho por conquistar", 05 de marzo de 2022, obtenido de Tiempo Argentino: <https://www.tiempoar.com.ar/generos/licencias-para-cuidados-un->

derecho-por-conquistar/#:~:text=Para%20les%20trabajadores%20en%20relaci%C3%B3n,que%20ejerce%20la%20corresponsabilidad%20parental.

(24) Juzg. Nac. de Prim. Inst. en lo Civil N° 82, CABA, "A. M. V. C. y otros s/ control de legalidad - ley 26.061", 20/09/2022.

(25) CS, "Ekmekdjian, Miguel Ángel c. Sofovich, Gerardo y otros", 07/07/1992, Fallos 315:1492.

(26) FERNÁNDEZ, Silvia, Capítulo 3. "Guarda con fines de adopción", en KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.; HERRERA, M. & LLOVERAS, N., Tratado de Derecho de Familia, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017, 1ª ed., t. III, pg. 285-370.

(27) HORNOS, G., "La adopción y la licencia laboral: una perspectiva igualitaria", 18/09/2021. Obtenido de <https://www.cij.gov.ar/nota-27772-La-adopci-n-y-la-licencia-laboral-una-perspectiva-igualitaria.html>.

(28) LÓPEZ, M. L., "Derechos fundamentales y posibilidades de realización efectiva frente a la inacción de los poderes públicos", en FAMÁ, M. V. & HERRERA, M., "Crónica de una ley anunciada y ansiada", 2003, ADLA 2005-E-5809.

(29) GOZAÍNI, O., "Tratado de Derecho Procesal Constitucional Latinoamericano", La Ley, Buenos Aires, 2014, t. III.

(30) Juzg. Nac. de Prim. Inst. en lo Civil N° 82, CABA, "A. M. V. C. y otros s/ control de legalidad - ley 26.061", 20/09/2022.

(31) HERNÁNDEZ VALLE, R., "La problemática de las sentencias normativas", Estudios Constitucionales, 2004, 2, p. 347, obtenido de <https://www.redalyc.org/pdf/820/82020114.pdf>.

[\(32\)](#) SAGÜÉS, M. S., "Discriminación estructural, acciones afirmativas y litigio estratégico", La Ley, 2017, Cita online: TR LALEY AR/DOC/3896/2017.

[\(33\)](#) SAGÜÉS, N., "Un caso de institucionalidad por omisión legislativa", JA 2001-III-1284.

[\(34\)](#) DWORKIN, R., "El imperio de la justicia", Gedisa Editorial, Barcelona, 2008, p. 290.

# **Género y sistema judicial: un análisis sobre la situación de las mujeres en el Poder Judicial del Chubut**

por Cecilia I. Vallejos

Disponible en: <https://lc.cx/T5hYwF>

Publicado en: Revista Patagónica de Derecho: publicaciones jurídicas de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco. N° I año 2023. Pp. 21-29  
[Consultado el: 29/11/2024]

## **a) Introducción.**

A raíz de los debates abiertos a partir de la polémica en torno a la incorporación de mujeres al Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Chubut en los últimos cuatro años, se abrió también un espacio de discusión y de visibilización de las mujeres dentro de dicho poder. El hecho de que solo dos mujeres hayan sido nombradas, manteniendo la composición masculina mayoritaria, da cuenta para muchos colectivos feministas cómo las estructuras patriarcales y androcéntricas se perpetúan, imposibilitando una verdadera reforma y transformación de uno de los poderes más cuestionados por la sociedad.

Dicho esto, este trabajo es un intento por aproximarnos a la realidad de las empleadas, funcionarias y magistradas judiciales, a través de un análisis en torno a la discusión entre lo público y lo privado, el peso de las asignaciones de roles, y de injusticia epistémica. Remarcando como falta de políticas públicas con perspectiva de género, la imposición de estereotipos, y la llamada segregación horizontal dan cuenta sobre la necesidad de pensar y repensar las prácticas judiciales para un servicio de justicia mucho más democrático e igualitario.

## **b) El Poder Judicial del Chubut. Un reflejo del diseño androcéntrico del sistema judicial.**

Hasta diciembre de 2021 nunca en la historia de Chubut había ocupado cargos en el Superior Tribunal de Justicia ninguna mujer, siendo las Dras. Banfi Saavedra y Bustos las primeras en llegar a la más alta magistratura provincial. Sin embargo, su designación estuvo acompañada de duros debates y críticas, en especial porque a pesar de finalmente cubrir una deuda histórica con las mujeres del derecho en Chubut, el Alto Tribunal continúa siendo ocupado en su mayoría por varones. Dando cuenta, por lo tanto, que en el Siglo XXI aun el Poder Judicial como los demás Poderes del Estado siguen marcados y dirigidos por un pensamiento claramente androcéntrico, que se resiste a que más mujeres ocupen lugares de decisión y poder.

Aun a pesar de que la población femenina es mayoritaria en los cargos de funcionarias en un 64% y en empleadas un 63,4%, lo cierto es que a medida que se avanza hacia cargos de magistratura (jueces, fiscales, defensores) dicho porcentaje disminuye, pues solo un 41% de cargos es ocupado por mujeres y el resto por hombres<sup>16</sup>. Es decir, la segregación vertical es patente, se nota y mucho. Otro punto interesante para analizar es como las mujeres aun a pesar de contar con mayores capacitaciones llegan en menor cantidad a los altos puestos y con edades mayores en comparación a la de los hombres. Un estudio realizado por la Oficina de la Mujer de la corte Suprema de Justicia relevó que el 34,7% de las mujeres que concursan tienen título de doctorado o maestría contra un 30,2% de los hombres<sup>17</sup>.

Con solo estos datos, podemos dar cuenta de la existencia de una segregación que impacta y reafirma patrones que van configurando imperceptiblemente las carreras de las mujeres; ya sea

---

<sup>16</sup> Oficina de la Mujer. Análisis de la discriminación estructural en el acceso en condiciones de igualdad de las mujeres a los cargos de máxima jerarquía en los Poderes Judiciales de la Argentina. Rawson. Superior Tribunal de Justicia del Chubut, 2020: pp. 6-7.

<sup>17</sup> Oficina de la Mujer. CSJN. (diciembre de 2014). Acceso de las mujeres a la Magistratura: Perfil de las/os postulantes a los concursos. Obtenido de <https://www.csjn.gov.ar/om/docs/techo.pdf>. P. 10.

para postularse, ya sea para elegir la rama del derecho en la cual especializarse. Bergallo señala que se debe a la existencia de restricciones institucionales en la estructura y funcionamiento de los mecanismos de selección que contribuye y reproduce “estructuras existentes de segregación vertical y horizontal por sexo en la Magistratura, perpetuando el típico “techo de cristal” que enfrentan las mujeres en los distintos ámbitos de trabajo”<sup>18</sup>. Esto se puede verificar visitando la página web del Poder Judicial del Chubut<sup>19</sup>, en la que se observa que hay determinados temas en los que las mujeres lideran en número: por ejemplo, de nueve cargos para jueces Civiles y Comerciales 6 son ocupados por mujeres, de siete Juzgados Laborales 4 son ocupados por mujeres y la mayor diferencia se observa en los Juzgados de Familia, de los 13 que hay en Chubut 10 son ocupados por mujeres.

**Tabla 1. Composición de los Juzgados de Primera Instancia de la Provincia de Chubut:**

	<b>Total de cargos ocupados</b>	<b>Cargos ocupados por mujeres</b>	<b>Cargos ocupados por hombres</b>
<b>Juzgados de Familia</b>	13	10	3
<b>Juzgados Civiles y Comerciales</b>	9	6	3
<b>Juzgados de Ejecución</b>	8	2	6
<b>Juzgados Laborales</b>	7	4	3
<b>Jueces Penales</b>	40	19	21
<b>Juzgado Universal</b>	1		1
<b>TOTAL</b>	<b>78</b>	<b>41</b>	<b>37</b>

*Fuente: Mapa de la Justicia del Chubut. Página oficial del Poder Judicial de la Provincia de Chubut. <https://www.juschubut.gov.ar/index.php/organizacion/poder-judicial/mapa-judicial>.*

<sup>18</sup> Bergallo, P. (2005). ¿Un techo de cristal en el Poder Judicial? Selección de los jueces federales y nacionales. En C. Motta, & L. Cabal, Más allá del derecho: justicia y género en América Latina (págs. 145217). Bogotá: Editores Universidad de los Andes CESO. p. 150.

<sup>19</sup> Poder Judicial de la Provincia de Chubut. (s.f.). Mapa de la justicia de Chubut. Obtenido de <https://www.juschubut.gov.ar/index.php/organizacion/poder-judicial/mapa-judicial>

Esto refleja una clara tendencia de mayor ocupación femenina en ramas del derecho específicas como es el Civil y Familia; mientras que las Cámaras de Apelaciones y los Juzgados penales constituyen territorio mayoritariamente masculino.

**Tabla 2. Composición de las Cámaras de Apelaciones de la Provincia de Chubut:**

	<b>Total de cargos ocupados</b>	<b>Cargos ocupados por mujeres</b>	<b>Cargos ocupados por hombres</b>
<b>Jueces de Cámaras en lo Civil, Comercial, Laboral y Familia</b>	18	5	13
<b>Jueces de Cámaras Penales</b>	13	4	9
<b>TOTAL</b>	<b>31</b>	<b>9</b>	<b>22</b>

*Fuente: Mapa de la Justicia del Chubut. Página oficial del Poder Judicial de la Provincia de Chubut. <https://www.juschubut.gov.ar/index.php/organizacion/poder-judicial/mapa-judicial>.*

Y en estos últimos casos, los números alarman, porque la desigual composición es enorme, porque quienes definen en última instancia son mayoritariamente hombres aun a pesar de tener una composición en primera instancia casi paritaria en cuanto al género. En consecuencia, al desigual acceso a los altos cargos judiciales se observa además áreas “feminizadas”, que no inciden en las tomas de decisiones de la política judicial, pues las Cámaras tanto Civiles y Penales siguen siendo en su mayoría ocupadas por hombres, y esto puede deberse a que los espacios compuestos en su mayoría por mujeres “se vacía del poder y prestigio que antes gozaba volviendo la victoria de las mujeres una victoria pírrica”<sup>20</sup>.

---

<sup>20</sup> Jaramillo Sierra, I. C. (2017). La paridad como argumento de la emancipación: oportunidades y límites. En P. M. Bergallo, Hacia políticas judiciales de género (págs. 261-269). CABA: Editorial Jusbairens.P. 265

### c) Una crítica al derecho.

Algo de lo que no debemos olvidarnos es que el derecho siempre ha sido el proveedor de los fundamentos para el establecimiento del poder, no solo del estatal sino también del poder cultural, social y también sobre el género, dado que “transmite, funcionaliza relaciones que no son exclusivamente relaciones de soberanía sino de dominación”<sup>21</sup>. De esta forma el derecho se ha valido de la diferenciación entre hombre y mujer, público y privado, universal y particular, objetivo y emocional; para establecer exclusiones y jerarquías en las que la referencia es el hombre blanco adulto<sup>22</sup>. Por lo que es correcto afirmar que el derecho no es masculino por estructura y vocación; lo es en cuanto ha sido históricamente elaborado por los varones nos recuerda Dahl<sup>23</sup>.

La resistencia que aún se encuentra por el establecimiento de medidas de acción de afirmativa, que garantice una verdadera igualdad de oportunidades dentro de las carreras judiciales, está íntimamente ligada con la conformación de estereotipos y con lo que implica la presencia de magistradas en un terreno durante siglos masculino; una razón puede ser la vinculada a que “las mujeres en la magistratura constituyeron un atentado al modelo familiar tradicional, a los atributos constitutivos de la profesión y, a la vez, una competencia por la que los magistrados, eran plenamente conscientes de su frágil posición”<sup>24</sup> de tal manera, aun sin tener obstáculos tangibles en las carreras de las mujeres, siguen existiendo, porque si no, cómo se explica la diferencia tan alta en los Juzgados de segunda instancia para con los de primera. Esta segregación vertical puede incluso deberse a que “las mujeres llegan a los niveles más altos muy lentamente”<sup>25</sup>, esto

---

<sup>21</sup> Hartmann, H. (1979). Un matrimonio mal avenido: hacia una unión más progresiva entre marxismo y feminismo. *Papers de la fundació*, 88. Fundació Campalans. P. 142

<sup>22</sup> Algunas de las autoras que han tratado el tema: Millet, K. (1970). *Política sexual*. Madrid: Ediciones Cátedra - Pateman, C. (1995). *El contrato sexual*. Barcelona: Anthropos

<sup>23</sup> Stang Dahl, T. (1986). *Building Women’s Law*. *International Journal Sociology of Law.*, 14-24.

<sup>24</sup> Boigeol, A. (2005). Las mujeres y la Corte. La difícil implementación de la igualdad de sexos en el acceso a la magistratura. *Revista Academia* 3(6), p. 23

<sup>25</sup> Gastianzoro, M. (2013). *Género y trabajo: mujeres en el Poder Judicial*. Córdoba: Editorial Centro de estudios Avanzados, p. 44.

muchas veces ligado con la asignación de roles en materia de las tareas domésticas y de cuidado, ya que se observa en cuanto a los concursos que “la edad promedio de las mujeres al momento de presentarse es de un año y medio más que los varones”<sup>26</sup>. La falta de políticas de cuidado, y la consideración en “iguales condiciones” laborales de hombres y mujeres en el Poder Judicial invisibiliza la particularidad de las condiciones de las mujeres tras el manto de lo “universal”; que justifica la falta de herramientas que igualen las condiciones fácticas en las carreras judiciales y que realmente posibiliten y alienten políticas que tiendan a erradicar aquellas barreras que atrasan y obturan el avance de las mujeres.

Hay estudios, que dan cuenta sobre como las tareas de cuidado no solo impactan en las carreras, sino que incluso condicionan la toma de decisión para concursar, uno de ellos refiere que “las mujeres ternadas sin hijos superan por 9 puntos porcentuales a los varones en la misma condición, lo que permite inferir un impacto diferencial derivado del ejercicio de la maternidad y las tareas de cuidado asociadas a esta etapa. Tales cuestiones, para las mujeres, podrían instalarse y percibirse como obstáculos al momento de concursar, mientras que para los varones parecerían tener una menor gravitación”<sup>27</sup>. Una mujer con hijos piensa mucho en cuanto a la distribución de sus horarios para el cuidado de la familia antes de inscribirse a un concurso, mientras que para los hombres la presencia de hijos no se configura como un elemento que obstaculice la preparación para el examen. De esta manera, podemos afirmar que las profesiones no son neutrales en cuanto al género y, “las carreras y los proyectos de las mujeres arrastran una carga desigual en virtud de lo que para la vida de ellas conllevan, en términos de opciones personales y familiares”<sup>28</sup>

---

<sup>26</sup> Oficina de la Mujer. CSJN. (diciembre de 2014). Acceso de las mujeres a la Magistratura: Perfil de las/os postulantes a los concursos. Obtenido de <https://www.csjn.gov.ar/om/docs/techo.pdf>

<sup>27</sup> Giani, L. (2018). El impacto del género en el proceso de selección de fiscales. Análisis de la situación de las aspirantes mujeres a los espacios de decisión y mayor jerarquía del Ministerio Público Fiscal. CABA: Ministerio Público Fiscal, p. 33

<sup>28</sup> Martin, A. L., Queirolo, G., & Ramacciotti, K. (2019). Mujeres y profesiones en la historia: un recorrido introductorio. En A. L. Martin, G. Queirolo, & K. Ramacciotti, Mujeres, saberes y profesiones. Un recorrido desde las ciencias sociales (págs. 11 - 22). Buenos Aires: Biblios, p. 15.

Otro tema que no quiero dejar de lado, y que se evidencia en la información recabada en cuanto a la composición de las magistraturas provinciales, es el de la presencia de áreas “feminizadas”; y de otras que continúan siendo terreno casi exclusivo de los hombres. Centrémonos en el caso de los Juzgados de Familia, hemos observado en el Mapa de la Justicia que figura en la página web del Poder Judicial de la Provincia de Chubut que, de los 11 Juzgados, 9 están en cabeza de mujeres; ¿la razón? pues, se puede sostener porque “los juzgados de familia se erigen como puente entre el ámbito privado del hogar y las instituciones del ámbito público”<sup>29</sup>, pudiendo evidenciarse como se sigue vinculando a la mujer con lo privado. Así lo ha mencionado Gastianzoro en sus investigaciones en cuanto a la existencia de cierta tendencia de las mujeres de optar por “áreas vinculadas a la maternidad y crianza de los niños, y que los hombres se interesen por las áreas más prestigiosas del derecho”<sup>30</sup>. Perpetuando de esta forma una creencia en cuanto a la “disminución de la validez de determinadas áreas de conocimiento” configurándose una clara injusticia en términos epistemológicos como nos enseña Fricker<sup>31</sup>, y contribuyendo al reforzamiento de jerarquías basadas en pseudo capacidades ligadas por el género.

Vale una aclaración, este patrón no solo es propio de las judicaturas, en los Ministerios Públicos tanto Fiscal como de la Defensa se repite, así da cuenta el informe presentado ante el Ministerio Público Fiscal de la Nación concluye que a pesar de que en materia penal hay un claro predominio masculino con una alta subrepresentación femenino, en las fiscalías destinadas a trabajar con adolescentes con conflicto con la ley penal “la proporción de mujeres designadas duplica a la de varones y da cuenta de la persistencia de procesos de segregación horizontal por género en la ocupación de los puestos de toma de decisiones del MPF”<sup>32</sup>. Esta segregación

---

<sup>29</sup> Gastianzoro, Op. Cit., p. 86.

<sup>30</sup> Gastianzoro, M. E. (2008). La concentración de las mujeres en la administración de justicia. Anuario de la Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derechos y ciencias Sociales, centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales. 11, 705 – 722, p. 708.

<sup>31</sup> Fricker, M. (2017). Injusticia epistémica. Barcelona: Herder Editorial.

<sup>32</sup> Giani, L., Op.Cit., p. 26.

horizontal también ha sido advertida por órganos internacionales, como es el caso del Secretario General de las Naciones Unidas ante la Asamblea General en el 2011 quien refirió que “Las mujeres a menudo son limitadas o presionadas a trabajar en casos de “bajo perfil”, en áreas del derecho que tradicionalmente se asocian con las mujeres, como el derecho de familia, o confinadas a trabajar en los tribunales inferiores.”<sup>33</sup>

#### **d) Igualdad y paridad de género en el Poder Judicial ¿Posibilidad o imposibilidad?**

Alicia en el País de las Maravillas nos dice que debemos pensar al menos 6 imposibilidades antes de comenzar el día; y ahí está la cuestión: ¿lograremos un sistema judicial igualitario, paritario y diverso? En ese sentido lo primero que debemos tener en cuenta es que “la pregunta sobre la igualdad es una pregunta sobre el poder”<sup>34</sup> y, ¿los hombres están dispuestos a compartir ese poder?

Las leyes existen, sí, pero su eficacia dista mucho de satisfacer la demanda de una configuración más igualitaria de los ámbitos laborales y académicos; mucho de esto se debe por cómo se redactan y piensan las normas, por lo que como bien nos remarca Patricia Gómez “ninguna herramienta jurídica puede pretenderse universal si su alcance es ambiguo e invisibiliza a las personas por sus condiciones físicas o de cualquier otra especie”<sup>35</sup>, allí radica la importancia de indagar sobre los términos de la igualdad es indagar sobre los sujetos que son comprendidos o no en el lenguaje de los derechos. La Convención Sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) vincula las nociones de igualdad y discriminación en el artículo 11 al decir que “1. Los Estados parte adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la

---

<sup>33</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas. (2011). Nota del Secretario General, Independencia de los jueces y abogados, párr. 23-24.

<sup>34</sup> MacKinnon, C. (2014). Feminismo inmodificado. Discursos sobre la vida y el derecho. Buenos Aires: Siglo XXI, p. 71.

<sup>35</sup> Gómez, P. (2020). Androcentrismo jurídico y subalternización de sujetos de derechos a través del lenguaje. En D. Maffia, P. Gómez, & e. al., Intervenciones feministas para la igualdad y la justicia (págs. 114 - 135). CABA: Editorial Jusbaire, p. 118.

discriminación contra la mujer en la esfera del empleo con el fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos, en particular (...) b) El derecho a las mismas oportunidades de empleo, inclusive a la aplicación de los mismos criterios de selección en cuestiones de empleo”. Sin embargo, lo que se observa es que en su diseño continúa signada “por la predominancia de lo masculino y en que la categoría universal desde la cual se analiza y decide – bajo una supuesta neutralidad – sigue siendo el hombre y lo masculino”<sup>36</sup>. Por lo que, hablar de igualdad de condiciones, pero no hacer nada para revertir las desigualdades, no es pensar con perspectiva de género.

Es llamativo que si bien en Argentina y en Chubut se ha avanzado en materia de paridad de género en materia de representación política (a nivel nacional la Ley 27.412 y a nivel provincial la Ley XII N° 12); hay un silencio normativo en el ámbito judicial. Solo se intentó una vez en Chubut, fue mediante el proyecto de Ley 52/20 presentado ante la Legislatura del Chubut por la Diputada Mónica Saso que en su artículo 3 intentaba modificar la Ley que reglamenta la designación de los ministros del Superior Tribunal de Justicia para lograr una composición paritaria en cuanto al género. Sin embargo, el día de su tratamiento no logró el quorum necesario, impidiendo que se discuta en el recinto esa posibilidad<sup>37</sup>.

Hasta que no se logren herramientas jurídicas y políticas públicas que aseguren un acceso real a oportunidades, que erradiquen los obstáculos existentes y se modifiquen las estructuras mismas de las practicas judiciales patriarcales y androcéntricas; no se alcanzará una participación real y paritaria de las mujeres que nos permite participar a la par con otros<sup>38</sup>, ya que no solo es cuestión de carreras judiciales, sino también lo es en términos de reconocimiento de ciudadanías

---

<sup>36</sup> Benavente Riquelme, M., & Valdés Barrientos, A. (2014). Políticas públicas para la igualdad de género: un aporte para la autonomía de las mujeres. Santiago de Chile: CEPAL.

<sup>37</sup> El patagónico. (26 de 08 de 2021). Legislatura: rechazaron el tratamiento de paridad de género en el Superior Tribunal. El patagónico, Obtenido de <https://www.elpatagonico.com/legislatura-rechazaron-eltratamiento-paridad-genero-el-superior-tribunal-n5261953>

<sup>38</sup> Fraser, N. (2008). Escalas de justicia. Barcelona: Herder.

plenas para, en definitiva, un sano ejercicio democrático y plural. Así lo ha señalado el informe del Alto Comisionado de la Organización de las Naciones Unidas al referir que: “La participación profesional de las mujeres en el sector de la justicia es tanto un derecho humano como un componente crucial de la buena gobernanza”<sup>39</sup>. La Recomendación General N° 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia reitera dichos compromisos: “Tomen medidas, incluso medidas especiales de carácter temporal, para garantizar que las mujeres estén igualmente representadas en la judicatura y otros mecanismos de aplicación de la ley, como los magistrados, jueces, fiscales, defensores públicos, abogados, administradores, mediadores, funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, funcionarios judiciales y de la justicia penal y especialistas, así como en otras capacidades profesionales”<sup>40</sup>

#### **e) Conclusiones.**

Lo doméstico sigue impactando en lo laboral de miles de mujeres, atrasando sus propias carreras, confinándolas a determinadas ramas del derecho “feminizadas” como si ello fuera algo de menor valor o relevancia, reservándose a los hombres aquello que tiene preponderancia en lo público (juzgados penales, cámaras de apelaciones, superiores tribunales). Hay magistradas, sí, pero su número es diametralmente inferior si se compara con la cantidad de funcionarias judiciales que hay en los poderes judiciales, y Chubut tiene una deuda enorme con las mujeres del derecho, como así lo tiene la Argentina en general.

La importancia de los movimientos de mujeres es protagónica, porque no basta con la designación de una o dos o tres mujeres en el alto tribunal, sino que las prácticas y las políticas públicas verdaderamente rompan las capas de obstáculos que enfrentan día a día. Que lo público deje de ser el espacio masculino

---

<sup>39</sup> ONU Mujeres, IDLO, Banco Mundial, Grupo de Trabajo sobre Justicia. (2019). Justicia para las mujeres. Informe del Grupo de Alto Nivel. ONU Mujeres, p. 34

<sup>40</sup> CEDAW. Comité para la Eliminación de la Discriminación. (2015). Recomendación N° 33 Sobre el acceso de las mujeres a la justicia, párr. 15.

donde se elabora el poder, es derribar a lo privado como lugar de confinamiento de las mujeres. Abrir el juego, reconocer, redistribuir a todes. La clave del desafío para una igualdad emancipadora es el centrado en la perspectiva de la participación, porque “nadie puede participar de una argumentación mientras se encuentre privado de condiciones mínimas de vida (redistribución) o bien ni siquiera sea considerado un interlocutor válido (reconocimiento)”<sup>41</sup>.

La igualdad no es un tema solo de derecho, es un tema político; es un tema que encierra la discusión del poder, de quienes diseñan el sistema. Una igualdad real, una igual no solo de acceso a recursos materiales sino al acceso al reconocimiento como sujeto hablante; ese lugar de portador de un discurso con valor es lo que nos permitirá mejorar en términos democráticos, pero mucho más importante en términos de igualdad de géneros. Una igualdad real para que dejen de ser excepciones las mujeres que llegan al poder, y que las mujeres que lo logran ayuden a las demás a alcanzar sus metas, eso es en definitiva la sororidad que necesitamos para construir una justicia feminista porque “podemos sostenernos entre nosotras si no nos postergamos”<sup>42</sup>.

---

<sup>41</sup> Clérico, L., & Aldao, M. (2011). Nuevas miradas de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la igualdad como redistribución y como reconocimiento. *Lecciones y Ensayos*, 141 – 179, p. 153

<sup>42</sup> Ahmed, S. (2021). *Vivir una vida feminista*. CABA: Caja Negra, p. 466.

# Un caso difícil: el vínculo entre progenitor no conviviente y el NNYA. El tiempo no borra todas las heridas

por Cecilia I. Vallejos

Disponible en: <https://www.informacionlegal.com.ar/>

Publicado en: JAPatagonia 2024 (febrero), 11. JA 2024-I, 738

Cita online: TR LALEY AR/DOC/128/2024

Consultado el: 29/11/2024]

## Sumario:

I. El caso. II. El derecho a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta: la valoración judicial. III. La valoración de la prueba en los procesos de familia. IV. El tiempo no borra todas las heridas ni trae soluciones mágicas. Cuando es necesaria una solución superadora. V. Conclusiones.

### I. El caso

El 04 de octubre de 2023 [\(1\)](#) la Sala B de la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Trelew revoca la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de esa localidad, que el 17 de febrero de 2023 había resuelto en un proceso que se discutía la vinculación entre un padre y su hija, no hacer lugar al régimen de comunicación solicitado por el progenitor respecto a su hija de 8 años ordenando que "la Sra. D. B. O. que quincenalmente remita un mail a la casilla de correo del Sr. G. informando sobre cuestiones de educación, salud, esparcimiento, actividades extraescolares y todas las relativas a la persona de su hija A".

Contra esta decisión el Sr. L. M. G. interpone recurso de apelación, señalando cuatro agravios: 1. Que al rechazar la solicitud de comunicación con su hija de ocho años el Juez se basa en que la niña

"posee la madurez suficiente para decidir no ver a su padre", olvidando (según el señalamiento del Sr. G.) el derecho de deber de la comunicación fluida entre el niño y el progenitor con quien no convive, remarcando que la Jueza ignoró el historial del conflicto familiar, cuya judicialización duró aproximadamente 5 años. 2. En el segundo agravio puntualiza que, al basarse la Jueza sobre las expresiones de la niña, no da razones que puedan probar que la vinculación paternofamiliar pueda ser perjudicial. 3. La tercera crítica gira en torno a la supuesta autonomía de la niña, sin meritar posibles influencias provenientes de los adultos; sin una pericia que respalde "la afirmación de que la niña, a la edad de ocho años, tiene la madurez suficiente para comprender las implicaciones de prescindir del conocimiento de su padre". 4. Y, por último, que la negativa de implementar la comunicación con su hija se base en un informe psicológico criticando que "la afirmación de la Jueza de que ambos progenitores son responsables del futuro de la niña, pero al mismo tiempo se impide al padre el ejercicio de sus obligaciones parentales" señalando que en los encuentros la niña posteriormente manifestaba sentimientos de enojo y angustia.

Se realiza la audiencia con las partes y con la niña, se corre vista a la Asesoría de Familia local cuyo dictamen solicita la confirmación del punto I de la sentencia de primera instancia que no hace lugar al régimen de comunicación solicitado por el progenitor, sugiriendo la continuidad de recorridos terapéuticos para los progenitores y la niña, sosteniendo que en cuanto a esta última "que es aconsejable no insistir con las exigencias hacia ella desde el ámbito judicial, siendo los adultos quienes deben realizar todo lo que esté a su alcance en pos del pleno disfrute de los derechos de la hija en común".

Finalmente, la Cámara realiza un nuevo análisis de la prueba y de los informes interdisciplinarios, destacándose en el voto del Dr. Walter que la última vez que la niña había visto a su padre había sido el 27 de noviembre de 2018. En los informes anteriormente mencionados se hace mención de la construcción de una imagen de la figura paterna que "es vivida como negativa y peligrosa" aun a pesar

de que no encontraron indicadores o síntomas compatibles con situaciones de abuso sexual infantil; siendo esta imagen resignificada al decir de los profesionales "a partir de la mirada materna" como tampoco surgieron "motivos fundados o causa grave [...] que amerite privarla del vínculo paterno filial". Se analiza la conducta obstaculizadora y poco colaboradora de la progenitora. Para finalmente revocar la sentencia apelada, y en su punto 2) diseñar un sistema progresivo de revinculación con intervención de profesionales del Servicio de Protección de Derechos de la localidad donde residen más la acreditación de la asistencia a los espacios terapéuticos indicados.

## **II. El derecho a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta: la valoración judicial**

El traspaso del sistema tutelar al sistema de protección integral de la niñez y la adolescencia trajo consigo una nueva noción de niño/a dentro de los procesos judiciales y administrativos. Es ya sabido que abandona el lugar de ser objeto de protección para ocupar ahora el rol de sujeto de derechos. Esta frase que se nos presenta como sencilla, no ha traído pocos dilemas y debates sobre cómo será la intervención de los Niños, Niñas y Adolescentes (NNyA) en los procesos donde se discutan sus derechos e intereses.

Este interés por las infancias importa problematizar o visibilizar los problemas que para el derecho presenta el poder valorar la participación y el discurso de personas menores de 18 años, problema que es compartido también por otras disciplinas como la sociología, la antropología y la psicología. Por eso es bueno refrescar que "saber qué grado de edad ocupa un individuo [...] es tener una idea bastante clara de sus roles y tareas socialmente definidos, sus derechos y responsabilidades, sus relaciones con pares de edad y con otras edades" (2). En dicha relación con otras edades y los roles asignados, desde el discurso jurídico en cuanto al tratamiento de la infancia se puede partir con la Declaración de Ginebra de 1924, pasando por la declaración de los derechos del Niño de 1959 y la actual convención de 1989, concluyendo que las tres han girado en

torno a dos presupuestos claros: cobertura y satisfacción de necesidades y el derecho a la protección (3).

Este es justamente el esquema que va a receptor la ley 26.061 de Protección Integral a las infancias y posteriormente el Código Civil y Comercial (Cód. Civ. y Com.), al reestructurar e incorporar principios que rediseñan a los procesos judiciales con presencia de NNyA. Sin embargo, este rediseño sigue cumpliendo con reglas básicas de todo proceso judicial, como es el derecho a la defensa, el principio de congruencia y el poder contar con una sentencia fundada en derecho conforme a los hechos probados.

En este "fundar conforme al derecho" y con "perspectiva de infancia" es común observar que se cae en lo que Herrera llama "niñología" (4), como sucede en el caso bajo análisis; se toma la opinión de una niña de 8 años como determinante de la decisión sin contextualizarla dentro del conflicto familiar y las pruebas existentes. El pasaje hacia una legislación de reconocimiento de derechos y de valoración del discurso de los NNyA, está dado dentro de determinadas pautas que deben ser tenidas en cuenta al momento de su valoración judicial, veamos:

1. Convención de Derechos del Niño: En su art. 12 parte con el señalamiento sobre el "niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio", "teniéndose en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez" "en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional".

La Convención con un criterio razonable da pautas para valorar, y aclara estos términos en la Observación General N° 12 (5) del Comité de los Derechos del Niño, en el que se reconoce que todo "niño tiene capacidad para formarse sus propias opiniones y reconocer que tiene derechos a expresarlas" (6).

2. Ley 26.061: En el art. 24 reitera una fórmula parecida al texto convencional al establecer que todo niño tiene derecho a "a) Participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les

conciernan y en aquellos que tengan interés; b) Que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo".

Es importante remarcar que vuelve con este "tener en cuenta" conforme a ciertos parámetros, nada dice que su opinión sea determinante o que genere una obligación de acatamiento de esta; la obligación reside en el deber de escucha y de valoración, que no debe ser traducido como apego ciego.

3. Código Civil y Comercial: En varios apartados se hace mención del derecho a ser oído de los NNyA pero me detendré en el art. 707, que establece que "Las personas mayores con capacidad restringida y los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser oídos en todos los procesos que los afectan directamente. Su opinión debe ser tenida en cuenta y valorada según su grado de discernimiento y la cuestión debatida en el proceso".

Esta norma da una pauta clarificadora cuando cierra el párrafo, al señalar como una tercera pauta interpretativa a "la cuestión debatida en el proceso". Es decir, a la edad y grado de madurez se le suma el aspecto que ha de contextualizar dicha opinión y que es lo que debe valorar quien tenga en sus manos el deber de decidir sobre un conflicto familiar.

Habiendo seleccionado tres normas que positivizan el derecho a ser oído, este no se presenta como un derecho absoluto, sino que, debe ser ponderado con base en pautas que también han sido receptadas en los textos normativos: edad, madurez; y, cómo se vincula esto con otro principio también normativizado como el interés superior que no necesariamente debe ser entendido como la satisfacción de sus deseos.

Asimismo, la valoración de la opinión también debe ser evaluada en conjunto con toda la prueba producida, pues de lo contrario se pone en los hombros de un niño la responsabilidad de decidir cuestiones que deberían estar en manos de los adultos. Por lo que prácticamente no se encuentra en la doctrina opinión que se aparte con la noción de que la opinión no es vinculante para el juez;

no hay que confundir derecho a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta con la facultad de decisión que sigue en manos del juez.

Pero un eventual apartamiento de lo manifestado por el niño debe estar fundado en su interés superior, "el derecho a ser oídos debe quedar garantizado cuando se trata de la determinación del cuidado personal o el derecho y deber de comunicación, siempre conforme a su grado de madurez y desarrollo, y debiendo darse primacía a su autodeterminación en este aspecto, salvo que se configure un interés contrario que válidamente justifique el apartamiento de tal manifestación de voluntad" (7). Es en este sentido la Cámara de Apelaciones razona el caso cuando refiere que "no existen motivos suficientes para considerar que esa decisión de A. se encuentre respaldada por acontecimientos lo suficientemente entitativos para darle prioridad o justificar que se siga manteniendo por tiempo indefinido" la no vinculación paterno-filial, y busca alternativas para avanzar hacia una posible recomposición de los lazos familiares.

El art. 3° de la ley 26.061 recepta el Interés Superior del Niño definiéndolo como "la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías", cuyo contenido se ha de delimitar en el caso concreto. Este principio en una aplicación armónica del derecho a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta obliga a identificar qué derechos se encuentran en juego, qué hechos han ocurrido como desencadenantes de la conflictiva familiar, y con qué herramientas o recursos se cuenta para restablecer los derechos vulnerados. En esta especie de "árbol de problemas" (8) la búsqueda de posibles soluciones a tenerse en cuenta es la máxima satisfacción del interés superior.

¿Era entonces conforme al interés superior denegar la demanda y que la vinculación del progenitor con su hija dependa exclusivamente de la voluntad de esta? ¿Qué valor tienen los informes interdisciplinarios? Y, ¿la conducta poco colaboradora de la progenitora no tiene ningún peso?

### III. La valoración de la prueba en los procesos de familia

El Interés Superior del Niño es un concepto cuyo contenido no está definido, se podría decir que es polimorfo; en otras palabras, va adquiriendo forma conforme la casuística (9). En esta indefinición la Observación General N° 14 nos da ciertas pautas para definir este interés superior, una de ellas la determinación de los hechos, "los hechos y la información pertinente para un determinado caso deben obtenerse mediante profesionales perfectamente capacitados que reúnan todos los elementos necesarios para la evaluación del interés superior del niño" (10).

En consecuencia, para dilucidar sobre el contenido del interés superior es necesaria la producción de prueba y su análisis. La aproximación a la verdad, a la realidad, se ha de realizar a través del estudio de la prueba, entendida esta como "comprobación de la verdad de una proposición; sólo se habla de prueba a propósito de alguna cosa que ha sido afirmada y cuya exactitud se trata de comprobar" (11), en el caso bajo examen se podría delimitar bajo la siguiente premisa: es aconsejable o no la revinculación paterno-filial.

En la Provincia del Chubut se cuenta con la Ley III N° 21 DJP la cual regula los procesos de familia, y en su art. 82 al hacer mención sobre los Equipos Técnicos Interdisciplinarios en su último párrafo dice que "las conclusiones de dichos equipos no serán vinculantes para los jueces, pero éstos deberán fundar su apartamiento de aquellas, bajo pena de nulidad, en caso de resolver en sentido adverso al sustentado por el equipo actuante". En idéntico sentido el Código Civil y Comercial al regular los principios en los procesos de familia en su inc. b) prevé que "los jueces" contarán con apoyo multidisciplinario.

Los conflictos de familia son conflictos complejos, en los que no se puede hablar de vencedores ni vencidos, sino de la búsqueda de soluciones superadoras que puedan pacificar al grupo y también restituir derechos. En este caso, es el derecho a la vinculación paterno-filial el que está bajo examen. Para ello no se puede obviar lo

que los profesionales informaron en el expediente en cuanto a que no existían elementos o indicadores de peligro para que la niña vea a su padre, resaltando lo siguiente: "la opinión negativa de la niña sobre su padre reside en la relación disfuncional entre sus progenitores, que la ha sometido a un derrotero de actuaciones administrativas y/o judiciales, asociando entonces que la calma o tranquilidad se encuentra cuando no está presente su padre". Este pasaje de la sentencia es central para el avance del análisis, porque complementa y permite al juzgador revalorizar el discurso de la niña a través del conocimiento de los especialistas en sus disciplinas.

El contar solamente con informes pero sin leerlos en clave interdisciplinaria vacía de contenido las normas referidas en los párrafos anteriores, porque justamente cuando la especialidad de los fueros de familia implica además contar con equipos interdisciplinarios es para construir un nuevo conocimiento, un nuevo lenguaje, que garantice el acceso a soluciones componedoras, "[l]a construcción de un lenguaje común entre abogados y profesionales de otras disciplinas resulta posible en tanto se puede aceptar que hay otras maneras de entender y resolver un conflicto como aceptar que una misma realidad puede ser mirada desde diferentes perspectivas" (12).

Otro punto, que no es de menor relevancia es el de las conductas de las partes durante el proceso (una progenitora no colaboradora para la revinculación, y un progenitor que insiste con ver a su hija). El Código de rito la recepta para ser valorada de forma complementaria con todo el material probatorio logrado, el art. 165, inc. 5) de la ley XIII 5 DJP dice que "La conducta observada por las partes durante la sustanciación del proceso podrá constituir un elemento de convicción corroborante de las pruebas, para juzgar la procedencia de las respectivas pretensiones", y tiene un valor indiciario que debe compatibilizarse con los principios de buena fe y lealtad procesal expresamente regulados en el art. 706 del Cód. Civ. y Com., y que se vinculan con los principios de cooperación y colaboración procesal. La doctrina ha aceptado la valoración de la conducta procesal de las partes como elemento de convicción "En lo que atañe a la conducta o comportamiento procesal de las partes, ésta

puede ser entendida como un indicio, o ya como regla de valoración de la prueba o 'elemento corroborante de las pruebas'. El comportamiento procesal de las partes, en tanto aparezca razonablemente vinculado con los hechos llamados a constituirse en objeto de la litis y la prueba, puede encajar naturalmente dentro del concepto de indicio, esto es, de un hecho a partir del cual lógicamente puede presumirse la existencia de otro u otros 'indicados' por aquél, admitiéndose de tal suerte que las partes puedan ser empleadas como fuentes de la prueba, directamente en virtud de los hechos que confiesan libremente al ser interrogadas o en forma espontánea antes o durante el proceso; e indirectamente por la singular forma en que intervienen activa o pasivamente en los procedimientos judiciales, sea en pos de la estimación de sus pretensiones, sea en miras a la admisión de sus defensas"[\(13\)](#).

Y, así lo ha tenido en cuenta la Cámara cuando señala que "la Sra. O., quien no se ha mostrado del todo colaboradora para considerar y facilitar opciones y vías a los fines de lograr progresivamente la vinculación de su hija con su padre, manteniendo la actitud que muestran los informes ya citados", y, es que no resulta menor esta conducta, dado que compatibilizarla junto a los informes refuerzan la idea plasmada por la sentencia de segunda instancia de que es necesario avanzar en un abordaje que permita que la niña pueda transitar un proceso de revinculación progresivo sin que con ello se tienda a una vinculación forzada.

Dado que, en cuestiones sobre el ejercicio de la responsabilidad parental, a cada derecho le corresponde un deber; en este caso es el deber del progenitor que convive con el NNyA garantizar la vinculación con aquel que no convive. Esto resulta de un ejercicio sano de las capacidades parentales, así lo prescribe el art. 652 del Cód. Civ. y Com., cuando consagra el derecho-deber de comunicación "en el supuesto de cuidado atribuido a uno de los progenitores, el otro tiene el derecho y el deber de fluida comunicación con el hijo", conteste con la noción que ha impregnado a todo el ordenamiento familiar de corresponsabilidad, igualdad y no discriminación. Pero también hace parte de la garantía a la salud emocional integral de la

niña porque "retacear una porción de la biografía como es la posibilidad de mantener contacto con unx de sus progenitorxs sin causa justificada, sin dudas, impacta negativamente en el bienestar biopsicosocial de las personas en crecimiento" (14) es por ello por lo que el mismo cuerpo normativo en el art. 557 habilita al juez a imponer "medidas razonables" ante el incumplimiento reiterado del régimen de comunicación. En esta misma línea la Cámara señala que "comprender las necesidades de los hijos e hijas implica para quien tiene el cuidado de ellos/as el deber de preocuparse (y desde luego, obrar en consecuencia) para que el niño o niña conserve y profundice su relación con el otro progenitor", aspecto que no se estaría cumpliendo de parte de la progenitora.

Ahora bien, habiendo solamente señalado dos elementos, informes interdisciplinarios y conducta de las partes; la respuesta que da la Cámara de Apelaciones es superadora y acorde a todo el ordenamiento jurídico vigente de la solución apelada; porque, como se hizo referencia en el primer apartado, no basta con seguir un slogan a ciegas, el deber de un juez es la búsqueda de una decisión que se ajuste al derecho conforme los hechos probados; y dichos hechos se deben analizar de forma integral con todo lo actuado, y de allí surge una sentencia razonada.

#### **IV. El tiempo no borra todas las heridas ni trae soluciones mágicas. Cuando es necesaria una solución superadora**

En último lugar, hay un aspecto que aún no se ha mencionado en este trabajo, y es el del tiempo y su impacto, no solamente para el acceso a la justicia sino en las dinámicas personales y familiares. El confirmar el status quo familiar que ordenaba la sentencia de primera instancia, se estaría consolidando de una situación irregular, es por ello que resultan relevantes las palabras de la Cámara al referir que "la Corte IDH estableció que el paso del tiempo incide de manera relevante en la situación jurídica del individuo y la necesidad de que el procedimiento avance con mayor diligencia" dado que "no es admisible la solución de la resolución impugnada de dejar

pasar el tiempo para que este —con su aparente magia— haga el trabajo que no han podido hacer los adultos responsables sobre sus mejores intereses"; diagramando un sistema de revinculación (15) con una activa intervención de los equipos profesionales para resguardar a la niña, pero también intentar revertir los casi 5 años que transcurrieron desde la última vez que el apelante vio a su hija.

Esta solución sale del modelo plano de justicia, hacia una mirada dinámica, componedora y respetuosa de los intereses de la niña, conforme al llamado Principio de Tutela de la Realidad; pues si bien hay una conducta ilegítima de obstaculizar el contacto paternofilial, el tiempo ha impactado en la niña de tal forma que la ejecución forzada de un régimen de vinculación resultaría iatrogénico para ella; es así, que al momento de dictar sentencias estas deben ser pensadas en términos de su ejecutabilidad y su impacto. El respeto al mejor interés de las personas vulnerables exige esta mirada, es por ello por lo que la ayuda de los equipos técnicos y órganos públicos del sistema de protección integral de las infancias surgen como recursos más que valiosos para superar los daños provocados por el tiempo.

La tutela judicial efectiva en procesos en los que se discuten derechos e intereses de NNyA se vincula fuertemente con el factor tiempo, no solamente por la consolidación de situaciones que serían contrarias a sus derechos sino porque este también impacta en su conformación como persona, en la construcción de su identidad. No es por nada que la Opinión Consultiva N° 17 ha dicho que "En definitiva, si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños, el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran los menores, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías" (16).

Es conocida la frase que dice que la "justicia a destiempo no es justicia" y se vincula con la tutela judicial efectiva que podríamos resumir que se efectiviza en tres momentos: primero en garantizar el acceso a la justicia, remover los obstáculos que existen para ello; en

segundo lugar, pautas que efectivicen el debido proceso y la intervención tanto de los NNyA como del Ministerio Público; y, por último, una sentencia en plazo razonable. En este caso se transitó un proceso de cinco años, cuando se inauguraba la intervención judicial, la niña tenía tres años de edad y al momento de la sentencia de segunda instancia tenía 8, no es un dato menor, el proceso duró más de la mitad de su vida.

No es intención de este trabajo indagar sobre las razones de la dilación del proceso, sino sobre la propuesta de "inacción" o de "acción a requerimiento de la niña" para el vínculo con el progenitor. Pasaron cinco años, es claro que dicha persona hoy se le presenta casi como un desconocido, pero no es justificativo para evitar avanzar en que pueda reconstruir de forma completa su historia de vida y su identidad. La tutela judicial efectiva es llevar a esta tutela al plano de lo real, de lo concreto; su derecho a la vinculación con ambos progenitores de forma sana es lo que se busca con la decisión y en definitiva ese es el fin del proceso (17). Y lo recuerda el tribunal de segunda instancia cuando enfáticamente reitera que "por supuesto que A., no puede ser forzada a tener contacto con su padre, más no considero que ello justifique de declarar sin más el fracaso de toda medida, bajar los brazos y dejar que el tiempo incierto haga su trabajo. Por el contrario, no creo que aquello sea óbice para continuar intentando otras medidas a los fines que la niña retome el contacto y tenga progresivamente una relación nutricional con su padre, lo que — sin lugar a dudas— responde a su mejor interés".

## V. Conclusiones

Importa la forma en que los jueces deciden los casos. Ronald Dworkin (18).

¿Cómo se decide en un caso? ¿Da igual decidir en un proceso civil o en un proceso de familia?

Cuando en el año 1994 el constituyente toma la decisión de incorporar los Tratados Internacionales de Derechos Humanos al

texto constitucional en la enumeración del art. 75, inc. 22 de la CN, difícilmente se habría imaginado el impacto que tendría en la evolución de los procesos, y en especial en los de familia.

El reconocer a los NNyA dentro de la categoría de personas vulnerables y merecedoras de una protección agravada, también ha implicado que sean protagonistas de su propia historia. La tensión constante entre sistema tutelar y sistema de protección integral se hace patente cuando la disputa es en torno sobre quién está en mejores condiciones de cuidar y velar por su integridad.

Los casos de familia nunca son casos fáciles, siempre son difíciles porque están atravesados por el elemento afectivo; los jueces, formados en el derecho, hoy deben leer, interpretar y, hablar sobre sentimientos y para ello se han de servir de variadas disciplinas. La verdad, ahora es dinámica; el objeto del proceso, conciliar o solucionar, y en algunos casos restituir derechos.

La decisión judicial, como en este caso, debe alcanzarse a través de un análisis juicioso de las pruebas, en el discurso de las partes, en la opinión manifestada por el NNyA y, además, en el impacto que tendrá no solo en el presente sino en el futuro. En algún lado se leyó que el tiempo de los niños es el presente, ellos no pueden esperar, y en esa urgencia la justicia se erige en muchas ocasiones como último garante de su máximo derecho, el de la infancia.

(A) Abogada UNPSJB. Lic. Cs. Políticas UNPSJB. Especialista en Derecho Procesal Civil UBA. Maestranda en Género y Políticas Públicas FLACSO PRIGEPP. Maestranda LLM - DC UA. Diplomada en Derecho Constitucional Profundizado UA. Diplomada en Derecho Procesal Constitucional UA. Abogada Adjunta de la Asesoría de Familia de la ciudad de Esquel. Docente por concurso en la cátedra de Derechos Reales y Adjunta Interina de la cátedra Derecho de Familia de la Facultad de Cs. Jurídicas UNPSJB.

(1) CApel. Circunscripción III, Sala B, Trelew, "G., L. M. c. O., D. B. s/régimen de comunicación", 04/10/2023, Expte. N° 103 - año 2023 CAT), TR LALEY AR/JUR/146374/2023.

(2) FONER, A. - DAVID, K., "Transitions Over the Life Course: Lessons from Age-Set Societies", The American Journal of Sociology, 5, 83, en KROPFF, L., "Apuntes conceptuales para una antropología de la edad", Revista de Antropología, 16, Universidad Nacional de Misiones, 2010.

(3) Esto se puede resumir en el art. 3.1 de la CDN en torno a la noción del denominado Interés Superior del Niño: "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño".

(4) HERRERA, M., "Reciclando tensiones en derechos humanos de niños, niñas y adolescentes: especialidad vs. Niñología", en FERNÁNDEZ, S. E., Tratado de derechos de niñas, niños y adolescentes, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2021, t. I, pp. 5-34.

(5) Comité de los Derechos del Niño, Observación General Nro. 12, "El derecho del niño a ser escuchado", Ginebra, 2009.

(6) *Ibidem*, párr. 20.

(7) FARAONI, F., "El cuidado personal unilateral y el derecho deber de comunicación de los hijos menores de edad con el progenitor no conviviente", en FERNÁNDEZ, S. E., Tratado de derechos de niñas, niños y adolescentes, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2021, t. II, p. 87.

(8) El diagrama del "árbol de problemas" es usualmente utilizado como método para la planificación de programas o políticas públicas, que permite identificar una situación problemática, sus causas y consecuencias para diseñar posibles soluciones.

(9) La Observación General Nro. 14 del Comité de Derechos del Niño sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial del 2013, en el párr. 48 dice que: "La evaluación del interés superior del niño es una actividad singular que debe realizarse en cada caso, teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada niño o grupo de niños o los niños en general. Esas circunstancias se refieren a las características específicas del niño o los niños de que se trate, como la edad, el sexo, el grado de madurez, la experiencia, la pertenencia a un grupo minoritario, la existencia de una discapacidad física, sensorial o intelectual y el contexto social y cultural del niño o los niños, por ejemplo, la presencia o ausencia de los padres, el hecho de que el niño viva o no con ellos, la calidad de la relación entre el niño y su familia o sus cuidadores, el entorno en relación con la seguridad y la existencia de medios alternativos de calidad a disposición de la familia, la familia ampliada o los cuidadores".

(10) Párr. 92.

(11) CARNELUTTI, F., "La prueba civil", Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1982, p. 38.

(12) HUSNI, A., "La interdisciplina como herramienta de decisión judicial", RDF 66, 57, TR LALEY AP/DOC/1064/2014.

(13) KIELMANOVICH, J. L., "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación: comentado y anotado", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015, t. I, p. 417.

(14) GONZÁLEZ, M., "Deberes y derechos sobre el cuidado de los hijos", en HERRERA, M., DE LA TORRE, N., Código Civil y Comercial de la Nación y leyes especiales: comentado y anotado con perspectiva de género, Editores del Sur, Buenos Aires, 2022, t. 5, p. 203.

(15) La sentencia en su parte resolutive dice: 1) Revocar íntegramente la Sentencia Definitiva N° 15/2023 (fs. 434/437). 2)

Hacer lugar parcialmente al régimen de comunicación peticionado por el Sr. L. M. G. respecto de su hija A., el cual será desarrollado progresivamente de la siguiente manera: (i) Se designará una profesional idónea e imparcial del Servicio de Protección de Derechos de la ciudad de Gaiman, quien deberá actuar con el acompañamiento y supervisión de la Subsecretaría de Desarrollo Humano y Familia de la Provincia, quien podrá contar con la colaboración del Equipo Técnico Interdisciplinario y/u otros profesionales, y elaborará un plan de trabajo con los progenitores de A. y sus psicólogos tratantes a los fines de trabajar terapéuticamente herramientas que les permitan de manera progresiva facilitar la revinculación de la niña con su progenitor. En ese proceso también se revisará la posibilidad que A. tome conocimiento a través de la Sra. O., en la mejor medida que terapéuticamente sea recomendable para ella, del material que el Sr. G. le envía. Dicha profesional informará mensualmente en el expediente dicho plan y su ejecución, así como la colaboración de los progenitores en las distintas medidas que se lleven adelante. (ii) Se dará intervención —a instancias de la profesional que surge del punto anterior— a la Lic. C. H. para que elabore un plan de trabajo de asistencia terapéutica a A., con respeto de sus tiempos y voluntad, el que puede incluir visitas domiciliarias y/o en los espacios que sean adecuados para dicho proceso. Dicha profesional también informará mensualmente en el expediente sobre el mismo y su ejecución. (iii) Ordenar a la Sra. D. O. que quincenalmente remita un mail a la casilla de correo del Sr. G. informando sobre las cuestiones de educación, salud, esparcimiento, actividades extraescolares y todas las relativas a la persona de su hija A., lo que deberá acreditar en el presente expediente en el plazo de cinco días de remitido, bajo apercibimiento de aplicar astreintes. (iv) Ordenar a los Sres. L. G. y D. O. a que acrediten mensualmente en el expediente el cumplimiento de sus espacios terapéuticos, los cuales deberán estar dirigidos a trabajar sobre herramientas sobre coparentalidad y demás cuestiones que sean consideradas necesarias por la profesional designada en el punto (i) en orden al plan de trabajo trazado; así como trabajar respecto a la historia familia, el accionar de cada uno ha desplegado en esta dinámica de interacción, adquiriendo a la vez herramientas que a futuro posibiliten el desarrollo de una parentalidad compartida.

(16) Corte IDH, Opinión Consultiva 17/2000, "Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño", párr. 98.

(17) "Se dice así que proceso efectivo será aquel que produzca resultados dirigidos a la realización del derecho material, tornando real el derecho de la parte; se tratará de un proceso de resultados concretos que verdaderamente produzca efectos en la vida del justiciable, saliendo de la ficción del mundo del expediente para introducir modificaciones en la realidad empírica del ciudadano, conectándose siempre la noción de efectividad con la idea de utilidad del proceso", QUADRI, G. H., "Derechos fundamentales y tutelas procesales diferenciadas. Especial aplicabilidad a los procesos que involucran a niñas, niños y adolescentes", en FERNÁNDEZ, S. E., Tratado de derechos de niñas, niños y adolescentes, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2021, t. II, p. 727.

(18) DWORKIN, R., "El imperio de la justicia", Gedisa, Barcelona, 2008 [1986], p. 15.

# Compensación económica. Una sentencia con perspectiva en la Provincia del Chubut

por Cecilia I. Vallejos

Disponible en: <https://www.informacionlegal.com.ar/>

Publicado en: JAPatagonia 2024 (mayo), 3. JA 2024-II, 762.

Cita online: TR LALEY AR/DOC/1138/2024

[Consultado el: 29/11/2024]

## Sumario:

I. El caso. — II. Sobre lo doméstico y las desigualdades. — III. Compensación económica: repasando algunos aspectos. — IV. Reequilibrar en tiempos de inflación. — V. Palabras de cierre.

### I. El caso

El 1 de febrero de 2024, la Sala A de la Cámara de Apelaciones de la Ciudad de Trelew dictó sentencia revocando parcialmente la sentencia de Primera Instancia en un expediente donde se discutía el monto y la extensión de la compensación económica como consecuencia del cese de la convivencia. La unión convivencial duró aproximadamente 14 años, cesando esta en febrero de 2019. Como efecto de ese cese la actora, M. N. H. inicia demanda de compensación económica contra su ex conviviente D. M. C. en los términos de los arts. 524 y 525 del Código Civil y Comercial de la Nación (Cód. Civ. y Com.).

El 6 de junio de 2023, la jueza de primera instancia hace lugar parcialmente a lo requerido por la actora, fijando una compensación económica a favor de esta en una suma fija y única de \$736.718,58. Dicho monto surge de lo que dicha jueza sostiene sobre la necesidad de "asignar un valor de mercado a las actividades domésticas y de cuidado que han sido prestadas por la actora y estableció que el

cálculo se basa sobre el criterio de lo que se deja de desembolsar" por lo que estimó justo "considerar aquellas remuneraciones mensuales mínimas del personal doméstico de todo el territorio nacional, determinadas por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, correspondientes al período en cuestión (de 2004 a 02/2019). En particular, consideró el sueldo correspondiente a la categoría laboral más alta de dicho sector (primera categoría), sin retiro". E impuso las costas en un 40% a cargo de la actora y de un 60% en cabeza del demandado. Los puntos que tuvo en cuenta para así decidir fueron los siguientes:

-El reconocimiento de parte de ambas partes de la existencia de una unión convivencial por más de 14 años, cuya fecha de cese fue en febrero de 2019.

-La existencia de un pequeño hijo de los convivientes, quien nació el 7 de junio de 2018.

-Lo informado por el equipo técnico interdisciplinario en torno a la asignación de roles de cuidado del hijo y tareas domésticas a cargo de H., aspectos reconocidos expresamente por el demandado.

-El empobrecimiento de la actora vinculado con el cese de la convivencia al no contar con bienes inscriptos a su nombre y la postergación del crecimiento propio para dedicarse exclusivamente a las tareas del hogar y del hijo en común.

Contra dicha decisión interponen recurso de apelación ambas partes, la actora en parte se agravia por la sentencia pues omite establecer "parámetros de actualización monetaria de las cifras consideradas [que] le produce una situación injusta, por la evidente desproporción económica en la que se encuentra al finalizar su relación".

En el voto de la Dra. Cordon, Jueza de la Cámara de Apelaciones se cuenta con un análisis sobre los agravios de las partes

en torno a la forma sobre cómo se fijó el monto de la compensación económica en cuestión.

Al definir la naturaleza jurídica de la compensación económica, destaca el objetivo de corregir el desequilibrio patrimonial "hasta entonces oculto" que se visibiliza luego del cese de la convivencia, producto generalmente de modelos familiares de corte tradicional con una distribución de roles basados en estereotipos de género, en el que la mujer ha de dedicarse de las tareas domésticas mientras que el hombre se erige como la figura proveedora. Dicho desequilibrio se va a manifestar recién con el quiebre de la pareja y de su proyecto de vida en común, es por ello que en la sentencia se recurre a la analogía con una "fotografía" del estado patrimonial de cada uno de los cónyuges o convivientes al momento del inicio y fin de dicho proyecto, que no se limita al análisis cuantitativo sino también a una valoración de los roles dentro del grupo familiar y cómo esto impactó de manera desfavorable sobre el patrimonio de uno de los miembros de la familia, al decir que "posee naturaleza jurídica propia y persigue 'compensar' el menoscabo económico que la vida en común y su ruptura pudo haber provocado en uno de los cónyuges o convivientes, con el propósito de evitar que la nueva situación familiar consolide un perjuicio injusto".

Es importante poner de resalto que la Jueza de Cámara pone el foco sobre la naturaleza protectoria de la compensación y que tiende a la búsqueda de soluciones de equidad, valorando tanto la composición del patrimonio como las capacidades de obtener recursos propios por los miembros de la pareja. Por lo que "que, al producirse la ruptura del vínculo, H. tenía 40 años y un bebé de apenas 8 meses (...), sin un trabajo fijo remunerado. Por el contrario, el demandado se desempeñaba como dependiente de la Provincia del Chubut y cobraba un salario mensual", evidenciando que "con la ruptura de la convivencia las diferencias patrimoniales y funcionales serán sustanciales". Dicho señalamiento parte de la verificación tanto de un desequilibrio patrimonial como de un desequilibrio en materia de capacitación que impacta en la potencialidad de generar recursos económicos y obtener ingresos.

En la sentencia de primera instancia "se estimó justo considerar la escala salarial mínima del personal de casas particulares de la categoría más alta, sin retiro, prevista por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, para el período de la convivencia (2004-02/2019)", aspecto que va a ser analizado por la Cámara, señalando que dicha decisión desvirtúa la finalidad y naturaleza del instituto pues desconoce el impacto del proceso inflacionario del país, diciendo que "no se trata aquí de indemnizar o reconocer el valor de tareas realizadas en el pasado sino, como antes expliqué, de compensar con criterio de equidad un desequilibrio actual" que reequilibre la situación entre los conviviente para encarar el futuro, resolviendo finalmente revocar parcialmente la sentencia y "fijar la compensación económica a cargo del demandado en el pago de una suma mensual equivalente al salario vigente mínimo para la categoría más alta (supervisora), sin retiro, prevista en el régimen de casas particulares, actualizada según los incrementos de la escala salarial, pagadera desde que quede firme el presente pronunciamiento, del 1 al 10 de cada mes, por un plazo de catorce [14] meses, en cuenta bancaria que la actora deberá denunciar a tal fin".

## **II. Sobre lo doméstico y las desigualdades**

En general, los casos de compensación económica ponen en escena las tensiones generadas por la instauración de un sistema de producción y dominación que un gran sector de la Academia denomina sistema sexo-género (2), que ha servido para fundamentar las estructuras sociales, económicas y familiares (3). Este sistema, también llamado patriarcado, se afina en el reconocimiento de clasificaciones de tipo ontológicas de los sujetos basados en una diferenciación binaria, dicotómica y excluyente, en el que pertenecer a determinada categoría nos asigna un valor y ese valor sentencia nuestra participación en la sociedad, es la denominada "división sexual del trabajo" el que va a delinear las posibilidades de acceso y ascenso en el ámbito laboral, la formalidad o informalidad de dicho trabajo, y el monto de los salarios que se van a percibir.

Reconocer esto es un primer paso para lograr comprender el contenido y las pautas que se deberían implementar al momento de analizar y resolver un caso de compensación económica. El pensar en la división laboral con base en el género no resulta anacrónico, basta con ver las estadísticas para dar cuenta que las tareas de cuidado y domésticas son encabezadas por las mujeres. Según la Encuesta sobre Trabajo No Remunerado y Uso del Tiempo (EAHU-INDEC, 2013) las mujeres realizaban el 76% de las tareas domésticas no remuneradas, incluso en el caso de mujeres que trabajan fuera del hogar y de manera paga, le dedicaban al trabajo doméstico 5,9 horas semanales por sobre un 3,2 en hombres desempleados (4). A nivel mundial, y post crisis del COVID-19 las brechas de género se han visto ampliadas, incluso en estudios recientes se ha verificado que "alrededor del 80 por ciento de las personas trabajadoras del hogar en todo el mundo son mujeres; el 90 por ciento no tiene acceso a prestaciones de la seguridad social y la jornada laboral semanal de más de la mitad carece de límite de horas" (5).

Estamos transitando el siglo XXI y las nociones patriarcales sobre los roles de las mujeres siguen igualmente arraigadas en la cultura y en las estratificaciones sociales. El género vinculado a lo biológico sigue inescindiblemente acompañado con la relación entre biología y roles sociales; en el que las mujeres continúan con su rol doméstico y subordinado a un otro proveedor, pues constituye "la función natural" de estas la crianza de los hijos e hijas (6). Prueba de ello son las estadísticas o las sentencias de compensación económica que en la mayoría de los casos quien reclama son justamente mujeres que han relegado su carrera, su propio bienestar para destinar su tiempo y fuerza de trabajo al hogar. En un informe elaborado por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) se afirma que "[m]ientras los hombres toman decisiones sobre adquisición de capital humano sin reparar en sus habilidades, las mujeres sopesan sus propias habilidades y la consecuente postergación de la fertilidad que implica adquirir capital humano" (7). En este extracto se advierte que la maternidad tiene un efecto mucho más grave en las carreras laborales de mujeres que la paternidad en la de los hombres, incluso en trabajos recientes se ha detectado que el nacimiento de un hijo

genera costos laborales de tal envergadura que no logran recuperarse en el tiempo (8).

Esta fuerte división entre lo público y lo privado supo reforzarse a partir de la instauración del sistema capitalista, en el que como bien señala Fraser se ha sabido separar la reproducción social (territorio de las mujeres) con la producción económica (arena netamente masculina). Sin embargo, no es menos relevante indicar que todo el sistema de producción económica se apoya en la reproducción social, aun a pesar de que esta no sea vista como una actividad a la que hay que asignarle un valor (9).

En la sentencia se advierte que detrás del razonamiento se encuentra este entendimiento de una realidad que genera una desigualdad; desigualdad que ha de ser combatida a través de la comprensión y aceptación de la noción de igualdad como no sometimiento. Este concepto "refiere a un trato segregacionista y excluyente tendiente a consolidar una situación de grupo marginado" (10), comprendiendo que la noción de igualdad como no discriminación no resulta suficiente cuando se esconden formas de discriminación enquistadas dentro de las prácticas sociales y culturales. Por ello, como bien lo han hecho durante años las diversas vertientes de las críticas feministas del derecho, lo neutral en definitiva esconde su afán por mantener las desigualdades; allí es donde surge el deber de los Estados de propender mediante medidas de acción positiva políticas públicas que realmente erradiquen los obstáculos que sectores de la sociedad padecen para el efectivo acceso a las oportunidades. Resulta oportuno, y como bien lo realiza Saba el traer la idea elaborada por Petracchi, exjuez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de "no perpetuación de la inferioridad" al decir que "las categorías fundadas en el sexo no deben usarse para crear o perpetuar la inferioridad legal, social y económica de la mujer. En todo caso, las clasificaciones fundadas en el sexo pueden ser utilizadas para compensar a las mujeres por las inhabilidades que ellas han sufrido a través de la historia" (11).

El impacto del divorcio y del cese de las uniones convivenciales en relación con las mujeres es un tema que preocupa a nivel mundial, un ejemplo de ello es la Recomendación N° 29 del Comité de Seguimiento de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) que señala que "la interrupción de los estudios y de la actividad laboral y las responsabilidades en el cuidado de los hijos impiden con frecuencia que las mujeres logren un empleo remunerado (costo de oportunidad) que les permita mantener a su familia tras la disolución del matrimonio" (12), ampliando dicha noción con lo señalado en cuanto a "lo que respecta a las dimensiones económicas de las relaciones familiares, un enfoque basado en la igualdad sustantiva debe abordar cuestiones como la discriminación en la educación y el empleo, la compatibilidad entre las exigencias laborales y las necesidades familiares y las repercusiones de los estereotipos y roles de género en la capacidad económica de la mujer" (13).

En consecuencia, este reconocimiento que se viene realizando tanto a nivel internacional como nacional, ha ido calando en nuestra normativa; no solamente en la incorporación del instituto de la compensación económica sino también en otras normas que les asignan un valor económico a las tareas de cuidado (14).

### **III. Compensación económica: repasando algunos aspectos**

La compensación económica ha sido instaurada en nuestro ordenamiento jurídico a partir del 1 de agosto de 2015 con la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, reconociendo como antecedentes la legislación española, francesa y chilena. El Código actual la ha pensado tanto como consecuencia de la disolución del matrimonio (arts. 441 y 442, Cód. Civ. y Com.) (15) y como efecto del cese de las uniones convivenciales (arts. 524 y 525, Cód. Civ. y Com.) (16). Siendo entendida esta como un verdadero derecho-deber que faculta al excónyuge o exconviviente a interponer una acción personal "con el objeto de exigir a su excónyuge o a su exconviviente (o los herederos de este), el cumplimiento de una determinada

prestación, destinada a corregir el desequilibrio económico manifiesto existente, y a remediar sus injustas consecuencias" (17).

De esta definición se pueden identificar dos elementos estructurales: 1. Un desequilibrio económico manifiesto; 2. Que la causa adecuada de este sea el proyecto de vida en común y su ruptura. Se diferencia de los alimentos porque no busca cubrir las necesidades de quien los reclama, no tiene un fin indemnizatorio porque no se configuran ninguno de los elementos que hacen nacer la responsabilidad reparatoria (no hay un hecho antijurídico, ni culpa, ni daño, y en consecuencia tampoco relación de causalidad) pues el desequilibrio surge como consecuencia de la vida en común y su cese, de allí que su contenido dependerá preponderantemente del caso en sí.

Volviendo a uno de los elementos de la compensación económica, el desequilibrio económico manifiesto no necesariamente debe ser pensado en términos de capital económico, sino también en "términos de expectativa económica de producción de ingresos a través de la inserción laboral" (18), factores que el legislador tuvo en cuenta al enunciar tanto para la compensación económica post divorcio como cese de la unión convivencial al prever como pautas qué debe valorar el juez al momento de fijarla, que son: la dedicación que cada uno brindó a la familia, a la crianza y a la educación de los hijos durante la convivencia, y la que debe prestar con posterioridad al divorcio o cese de la vida en común; la edad y el estado de salud de los cónyuges o convivientes y de los hijos; y la capacitación laboral y la posibilidad de acceder a un empleo del cónyuge o conviviente que solicita la compensación económica. Allí reside la importancia del análisis que se realiza en la sentencia del factor "correctivo", el cual, si bien parte de esta idea de la fotografía del antes, durante y después del proyecto de pareja, tiene tanto un "correctivo estático" que se centra en el capital de cada uno en estas tres etapas de la "película" y, un "correctivo dinámico" que busca "reequilibrar la situación entre los convivientes respecto a sus posibilidades para encarar su desenvolvimiento futuro".

Este desenvolvimiento futuro hace a la noción de la autonomía de la persona como una faceta de la dignidad humana. Así como la autonomía de la voluntad implica una faz de no interferencia estatal en la que un individuo tenga libertad de poder diseñar su vida futura, también se vincula con el análisis del "grado de autonomía" que posee el individuo, leído en términos de "la extensión de la clase de preferencias o planes de vida que los individuos pueden adoptar y satisfacer con mayor o menor intensidad" (19), en otras palabras, la corrección del desequilibrio busca otorgar un fortalecimiento de la libertad de aquel que se encuentra en una situación desventajosa para poder reinsertarse laboralmente y proveerse por sí mismo de los recursos necesarios para materializar su proyecto de vida. Como bien enseñara Nino, el acceso a los recursos para la efectivización de la autonomía personal obliga a los Estados a allanar el camino para el acceso a oportunidades de desarrollo.

La valoración del desequilibrio que es fundamento de la viabilidad de esta acción estará íntimamente conectada con la valoración de los hechos, de las pruebas aportadas que echarán luz sobre la realidad dentro del grupo familiar. El contexto familiar, el antes, durante y después, se valoran de forma integral para analizar la existencia de dicho desequilibrio ponderándose la situación de los miembros de la pareja al "momento de la ruptura, que servirá para comparar las situaciones económicas vigentes hasta ese instante con las posteriores, y el elemento personal, pues se trata de comparar situaciones personales de cada uno a ese momento" (20).

La obligada perspectiva de género que se impone al momento de resolver conflictos de familia exige una valoración de la prueba a la luz del principio de realidad y en el reconocimiento de la vulnerabilidad de uno de los miembros de la pareja. De allí, cuando se dice que el avance de las teorías sobre la vulnerabilidad se ha presentado como una crítica a la concepción liberal o formal de la igualdad (21), implica que dicha persona en situación de vulnerabilidad es acreedora de un plus de protección, ya sea a través de la implementación de políticas públicas, ya sea por la aplicación de principios de raigambre constitucional-convencional.

#### IV. Reequilibrar en tiempos de inflación

Habiendo repasado algunos puntos que han tenido relevancia en el análisis realizado por la Cámara de Apelaciones en el caso, hay otro que tiene una gravitación central en tiempos de inflación, y es el de la naturaleza de la obligación y la forma de fijarla.

Uno de los caracteres de la compensación económica es el patrimonial, la cual una vez fijada mediante convenio o por sentencia judicial nace un crédito a favor de uno de los miembros de la pareja. Se comparte el criterio de un sector de la doctrina que la identifica como una deuda de valor, y tal como se ha de aplicar el art. 772 del Cód. Cid. y Com. que establece: "[s]i la deuda consiste en cierto valor, el monto resultante debe referirse al valor real al momento que corresponda tomar en cuenta para la evaluación de la deuda. Puede ser expresada en una moneda sin curso legal que sea usada habitualmente en el tráfico" y, una vez determinada se rige por las reglas de las obligaciones de dar sumas de dinero. Pues la fijación de su monto no debe quedarse anclada en el pasado, como lo hace la jueza de primera instancia; muy por el contrario, dado que la finalidad de la compensación es corregir un desequilibrio se debe evaluar la proyección a futuro en torno a la situación en la que quedaría la parte más desfavorecida para proveerle herramientas para la reconstrucción de su vida.

¿Por qué es importante considerarla como una deuda de valor? porque su contenido será valorizado al momento del pago; en otras palabras, se podría afirmar que el valor de la compensación "experimenta las variaciones del poder adquisitivo de la moneda hasta el momento del pago" [\(22\)](#).

La solución arribada de establecer la compensación a una prestación mensual de 14 meses equivalentes al pago del salario vigente a la categoría más alta del régimen de casas particulares conforme a las actualizaciones que dichas sumas obtengan responde cabalmente a esta noción de que la deuda nacida por la fijación de una compensación económica es de valor; valor que tiene en vista la

posibilidad real de que la actora pueda reinsertarse en el mercado. Dicha solución se enmarca en el entender que el dinero "desde su función y no desde su naturaleza", que es un medio para alcanzar una vida digna y "compensar" el esfuerzo informal realizado durante el proyecto en común y el transcurso del tiempo.

Por eso, la incorporación de las deudas de valor permite que la interpretación y fijación de las cuotas sea de forma contextualizada, en la que ante un proceso inflacionario las deudas se fijen en valores actuales, que aseguren la adquisición de bienes. Cuando se busca la fijación de una compensación, la corrección persigue un *quid* y no un *quantum*, persigue una utilidad que eventualmente podrá ser fijada en dinero al momento del pago.

Si el objeto del instituto de la compensación económica es la búsqueda de una solución basada en la equidad, compatibilizar el razonamiento contextualizando el escenario de desvalorización de la moneda nacional y el entendimiento de que se está frente a una deuda de valor, permite que los jueces puedan llegar a soluciones justas ante escenarios claramente inequitativos. La moneda no es más que un medio para la consecución de fines, en este caso el de compensar los desequilibrios patrimoniales y de posibilidades de materialización de un futuro autónomo, de allí radica la necesidad de mantener constante el poder adquisitivo que esta otorga. Como bien lo diagrama la Cámara de Apelaciones, la solución planteada mantiene actualizados los montos que permitirán a la actora a contar con una herramienta que le allane el camino hacia su nueva vida; por lo que se habla de actualización que busca mantener inalterado el capital ante las fluctuaciones monetarias [\(23\)](#).

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en un reciente caso vinculado sobre la actualización de una cuota alimentaria, hace suyos los fundamentos expuestos por el Procurador General de la Nación, quien en dicho Dictamen hace referencia sobre la importancia de la conservación del valor real de aquella; señalando que ante "la pérdida del valor adquisitivo del peso, es razonable prever que las sumas nominales pactadas o fijadas judicialmente, por plazo

indeterminado, resultarán prontamente insuficientes para atender las necesidades del alimentado debido a las sucesivas alzas de precios en los bienes y servicios", afirmando que "el Tribunal de Alzada no ponderó que al dejar sin efecto la actualización semestral conforme el costo de vida, sin fijar un mecanismo alternativo, disminuía al ritmo del proceso inflacionario el valor económico de la prestación alimentaria" (24). Si bien es cierto que se expiden sobre una obligación de naturaleza distinta a la del caso, no deja de plasmar la preocupación por arribar a decisiones que se avengan a la realidad económica nacional, en el que no basta con reconocer el derecho a la percepción de una compensación, sino que el monto de esta sea realmente justo en términos de que garantice su autonomía y que posibilite el acceso a oportunidades.

## **VI. Palabras de cierre**

El Derecho de Familia actual requiere de un juez que sepa leer las realidades cada vez más complejas, en el que el conflicto no se presenta aislado sino inmerso en un contexto que le da matices propios. La necesaria perspectiva de género es uno de esos requisitos, en el que se debe comprender con profundidad y compromiso la realidad que muchas mujeres atraviesan producto de prácticas culturales, sociales, económicas e institucionales que las hacen padecer múltiples formas de discriminación y marginación.

Los roles asignados sobre la base de la división sexual del trabajo no es un invento del siglo XXI, ni mucho menos del sistema capitalista; pero sí es cierto que el trabajo informal no remunerado de cuidados y de tareas del hogar orillan a miles de mujeres a la pobreza y a la falta de posibilidades de acceso a oportunidades. Herramientas como la compensación económica, que poseen un fuerte contenido correctivo con base en las teorías de género; deben complementarse con una lectura actual y real de los escenarios. No alcanza con echar mano a la perspectiva de género, hay que convertirla en hechos y decisiones concretas, transformadoras y emancipadoras.

El principio de la protección a la parte más vulnerable se patentiza en este instituto cuya finalidad es "ofrecer los mecanismos correctores de ese desequilibrio, concentrándose en su situación" (25). Mirada real, en busca de una solución justa. En tiempos de inflación, el mantener el valor para "reequilibrar" es algo que se parece un poco a la justicia.

(A) Abogada, Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco (UNPSJB). Licenciada en Cs. Políticas (UNPSJB). Especialista en Derecho Procesal Civil (UBA). Maestranda en Género y Políticas Públicas PRIGEPP FLACSO. Maestranda LLM en Derecho Constitucional Universidad Austral (UA). Diplomada en Derecho Constitucional Profundizado (UA). Abogada Adjunta de la Asesoría de Familia, de la ciudad de Esquel. Docente por concurso en la cátedra de Derechos Reales y Adjunta Interina de la cátedra Derecho de Familia de la Facultad de Cs. Jurídicas (UNPSJB).

(1) CApel., Trelew, sala A, "H. M. N. c. C., D. M. s/Compensación económica", TR LALEY AR/JUR/28932/2024.

(2) Gayle Rubin lo define como "el conjunto de disposiciones por el que una sociedad transforma la sexualidad biológica en productos de la actividad humana, y en el cual se satisfacen esas necesidades humanas transformadas" en RUBIN, Gayle, "El tráfico de mujeres. Notas sobre una economía política del sexo", en Nueva Antropología, vol. VIII, N° 30, 1986, p. 97.

(3) "El término 'género' se refiere a las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre, y al significado social y cultural que la sociedad atribuye a esas diferencias biológicas, lo que da lugar a relaciones jerárquicas entre hombres y mujeres y a la distribución de facultades y derechos en favor del hombre y en detrimento de la mujer. El lugar que la mujer y el hombre ocupan en la sociedad depende de factores políticos, económicos, culturales, sociales, religiosos, ideológicos y ambientales que la cultura, la sociedad y la comunidad pueden cambiar", Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la

Mujer, Recomendación General N° 28, relativa al art. 2° de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, 2010, párr. 5.

(4) D'ALLESSANDRO, Mercedes - O'DONNELL, Victoria y otras, "Las brechas de género en la Argentina. Estado de situación y desafíos", Dirección Nacional de Economía, Igualdad y Género, Ministerio de Economía de la Nación, 2020, Disponible en: [https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/las\\_brechas\\_de\\_genero\\_en\\_la\\_argentina\\_0.pdf](https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/las_brechas_de_genero_en_la_argentina_0.pdf)

(5) Oxfam International, "No todas las desigualdades son visibles: el verdadero valor del trabajo de cuidados". Disponible en: <https://www.oxfam.org/es/no-todas-las-desigualdades-son-visibles-el-verdadero-valor-del-trabajo-de-cuidados>

(6) PATEMAN, Carole, "Críticas feministas a la dicotomía público/privado", en C. Castells, Perspectivas feministas en teoría política, Paidós, Barcelona, 1996.

(7) OIT, Mujeres en el mundo del trabajo. Retos pendientes hacia una efectiva equidad en América Latina y el Caribe, Lima, 2019, p. 101.

(8) BERNIELL, Lucila - DE LA MATA, Dolores - EDO, María - MARCHIONNI, Mariana, "Mujeres en busca de flexibilidad: maternidad e informalidad laboral", CEDLAS, Universidad Nacional de la Plata, 2019, disponible en: <https://www.cedlas.econo.unlp.edu.ar/wp/mujeres-en-busca-de-flexibilidad-maternidad-e-informalidad-laboral>

(9) FRASER, Nancy, "Las contradicciones del capital y del cuidado", New Left Review, 100 (julio - agosto), 2016, 99-117.

(10) SABA, Roberto, "Más allá de la igualdad formal de la ley". Siglo Veintiuno Editores, CABA, 2018, p. 63.

(11) Fallos: 323:2659, Considerando 9º, TR LALEY AR/JUR/1393/2000.

(12) Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la mujer, Recomendación general N° 29 relativa al artículo 16 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Consecuencias económicas del matrimonio, las relaciones familiares y su disolución), 2013, párr. 44.

(13) Ob. cit., párr. 8.

(14) "Las tareas cotidianas que realiza el progenitor que ha asumido el cuidado personal del hijo tienen un valor económico y constituyen un aporte a su manutención", art. 660 del Cód. Civ. y Com.

(15) Art. 441, Cód. Civ. y Com.: "Compensación económica. El cónyuge a quien el divorcio produce un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación y que tiene por causa adecuada el vínculo matrimonial y su ruptura, tiene derecho a una compensación. Esta puede consistir en una prestación única, en una renta por tiempo determinado o, excepcionalmente, por plazo indeterminado. Puede pagarse con dinero, con el usufructo de determinados bienes o de cualquier otro modo que acuerden las partes o decida el juez". Art. 442, Cód. Civ. y Com.: "Fijación judicial de la compensación económica. Caducidad. A falta de acuerdo de los cónyuges en el convenio regulador, el juez debe determinar la procedencia y el monto de la compensación económica sobre la base de diversas circunstancias, entre otras: a) El estado patrimonial de cada uno de los cónyuges al inicio y a la finalización de la vida matrimonial; b) La dedicación que cada cónyuge brindó a la familia y a la crianza y educación de los hijos durante la convivencia y la que debe prestar con posterioridad al divorcio; c) La edad y el estado de salud de los cónyuges y de los hijos; d) La capacitación laboral y la posibilidad de acceder a un empleo del cónyuge que solicita la compensación económica; e) La colaboración prestada a las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge;

f) La atribución de la vivienda familiar, y si recae sobre un bien ganancial, un bien propio, o un inmueble arrendado. En este último caso, quién abona el canon locativo. La acción para reclamar la compensación económica caduca a los seis meses de haberse dictado la sentencia de divorcio".

(16) Art. 524 Cód. Civ. y Com.: "Compensación económica. Cesada la convivencia, el conviviente que sufre un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación económica con causa adecuada en la convivencia y su ruptura, tiene derecho a una compensación. Esta puede consistir en una prestación única o en una renta por un tiempo determinado que no puede ser mayor a la duración de la unión convivencial. Puede pagarse con dinero, con el usufructo de determinados bienes o de cualquier otro modo que acuerden las partes o en su defecto decida el juez". Art. 525, Cód. Civ. y Com.: "Fijación judicial de la compensación económica. Caducidad. El juez determina la procedencia y el monto de la compensación económica sobre la base de diversas circunstancias, entre otras: a) El estado patrimonial de cada uno de los convivientes al inicio y a la finalización de la unión; b) La dedicación que cada conviviente brindó a la familia y a la crianza y educación de los hijos y la que debe prestar con posterioridad al cese; c) La edad y el estado de salud de los convivientes y de los hijos; d) La capacitación laboral y la posibilidad de acceder a un empleo del conviviente que solicita la compensación económica; e) La colaboración prestada a las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro conviviente; f) La atribución de la vivienda familiar. La acción para reclamar la compensación económica caduca a los seis meses de haberse producido cualquiera de las causas de finalización de la convivencia enumeradas en el art. 523".

(17) MOLINA DE JUAN, Mariel, "Compensación económica. Teoría y Práctica". Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2023, segunda edición ampliada y actualizada, p. 27.

(18) FAMÁ, María V., "Compensación económica con perspectiva de género: un enfoque obligado", Revista de Derecho

Privado y Comunitario 2022-1: perspectiva de género y su impacto en el derecho privado, 2022, p. 379.

(19) NINO, Carlos, "Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación", Astrea, CABA, 2012, 2ª ed., p. 221.

(20) KRASNOW, Adriana, "Tratado de Derecho de Familia", La Ley, Buenos Aires, 2015, Tomo II, p. 514.

(21) FINEMAN, Martha A., "The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition", Yale Journal of Law and Feminism, vol. 20, 2008, pp. 1-23.

(22) SARMASKY, Luis, "Actualización monetaria. Deudas de valor y deudas de dinero", Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones N° 115, Ed. Depalma, 1987, p. 953.

(23) "En tal sentido, mientras la actualización se encamina a mantener inalterado el capital, con relación a las fluctuaciones monetarias; el interés compensa la privación de uso de ese capital", VIALE LESCANO, Domingo J., "La deuda de intereses en el Código Civil y Comercial de la Nación", Rubinzal-Culzoni Edit., Santa Fe, 2019, p. 186.

(24) Fallos: 347:51, TR LALEY AR/JUR/7642/2024.

(25) MOLINA DE JUAN, Mariel, ob. cit., p. 361.

# **El mandamiento de ejecución: del derecho anglosajón al constitucionalismo provincial. Breve análisis de su regulación en la provincia de Chubut, Río Negro y Santa Cruz**

por Cecilia I. Vallejos

Disponible en: <https://www.elderecho.com.ar/index.php>

Publicado en: El Derecho- Revista de Derecho Administrativo, Mayo 2024-N° 5

Cita online: ED-V-DCLXX-644

[Consultado el: 29/11/2024]

## **Sumario:**

1. Introducción. – 2. Breve historia de los mandamientos de ejecución. – 3. Debates en torno a su naturaleza jurídica. – 4. Mandamiento de ejecución: su vinculación con otras figuras. Amparo por mora e inconstitucionalidad por omisión. – 5. El mandamus en el derecho público patagónico: Chubut, Río Negro y Santa Cruz. a. Chubut. b. Río Negro. c. Santa Cruz. – 6. Conclusión. – 7. Bibliografía.

## **1. Introducción**

La República Argentina en su diseño constitucional ha optado por el establecimiento de un régimen federal en el que las provincias han de darse para sí mismas sus propias constituciones, con un solo requisito; el de “respetar el sistema representativo y republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria. Bajo de estas condiciones el Gobierno federal, garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones” conforme el artículo 5 de la Constitución Nacional.

Esta característica del diseño institucional argentino ha posibilitado que, al momento de darse para sí una constitución, las provincias incorporen otros institutos que no necesariamente están reconocidos en la Constitución Nacional. No obstante dicha aclaración, es preciso recordar lo expresado por Manili en torno a que el federalismo no es “una creación de la constitución de 1853, sino que es a la inversa: esa Constitución fue el resultado del ejercicio del federalismo argentino”(1), razón por la cual las provincias se han reservado todas la facultades que no han sido expresamente delegadas al gobierno federal, pudiendo también organizar o diseñar otros institutos, con la única salvedad de que no sean contrarios a los principios republicanos ni democráticos.

El federalismo se caracteriza por la descentralización del poder en relación con el territorio, por lo que “resta remarcar que lo que se descentraliza es ‘poder’, o sea, ‘capacidad de tomar decisiones’, que se asigna a entes locales representativos de base territorial” (2), con capacidad de darse para sí mismas cada provincia su propia norma constitucional (3). Aspecto no menor, dado que se podrá apreciar que las provincias han optado por darse textos constitucionales mucho más reglamentarios, es decir, con mucho más detalle y cuidado en el reconocimiento y reglamentación de derechos y garantías, como es el caso del mandamiento de ejecución y de prohibición, ambos ausentes en el texto Constitucional Nacional.

Este reconocimiento a garantías en los textos provinciales no solamente se materializa con los mandamientos de ejecución y de prohibición, basta con hacer una breve historización de la acción de amparo (4).

La conformación federal de la Argentina es lo que ha posibilitado este fenómeno de constituciones provinciales mucho más programáticas que la nacional, adelantándose por muchos años a esta en la incorporación de garantías constitucionales, y tal es el caso del mandamiento de ejecución.

El mandamiento de ejecución se puede definir como una garantía constitucional en la que un individuo le requiere a “un juez una orden de cumplimiento dirigida contra un funcionario o autoridad pública, con el objeto de que este efectivice una obligación impuesta por ley, ordenanza, decreto o resolución” (5), funcionando así ante omisiones de tipo administrativas.

En los próximos apartados se realizará una breve aproximación a este instituto, desde sus orígenes en el derecho anglosajón, los debates en torno a su naturaleza jurídica, su vinculación diferenciación con otras figuras y, finalmente, su regulación en las constituciones provinciales de Chubut, Río Negro y Santa Cruz.

## **2. Breve historia de los mandamientos de ejecución**

Los mandamientos de ejecución poseen una larga historia que nos lleva incluso hasta la época de la Roma clásica, lo cierto es que hay unanimidad en reconocer sus orígenes en el derecho anglosajón en los llamados “writs of mandamus” durante la Edad Media. Durante esta época se delinea lentamente el derecho anglosajón a través de un entrecruzamiento ente el sistema de acciones del derecho romano, las prácticas provenientes de los pueblos bárbaros y la influencia del derecho canónico, de esta manera fue surgiendo los que hoy conocemos como el Common Law.

En la segunda mitad del siglo XII, época del reinado de Enrique II, quien crea las Cortes Reales, es el momento en el que se diseña un sistema en el que, para acceder a la jurisdicción, era necesario un acto formal del rey. Era una orden escrita que era entregada al funcionario que debía actuar jurisdiccionalmente, esta orden escrita fue llamada como “writ” o “King’s writs”. Con el tiempo estos writs van a adquirir denominaciones variadas dependiendo de la tutela que se busca, se puede afirmar que en aquella época “el acceso a la justicia dependía de la preexistencia de un writ determinado que contemple el derecho que se quería hacer valer” (6).

En esa vasta variedad va a surgir el Writ of mandamus, el certiorari y la injunction. El writ of mandamus va a tener como función lograr una orden judicial para obligar a las autoridades para cumplir con sus obligaciones. Blackstone lo define como “una orden que se da en nombre del Rey por parte de un tribunal del Reino, que se dirige a cualquier persona, corporación o tribunal inferior dentro de la jurisdicción real, requiriéndole hacer alguna cosa en particular que corresponda a su oficina y atribuciones”(7).

De esta forma se lo diferencia de otros como es el caso del “writ of injunction”, que tiene a evitar o prohibir que se realice o se continúe con algún acto que sea considerado lesivo; o el “writ of certiorari” que busca la modificación, anulación o ampliación de un acto administrativo que de forma ilícita provoca un perjuicio. Resulta esclarecedora la siguiente cita que logra diferenciar a estas tres modalidades de writs: “la prerrogativa de mandamus ha proporcionado durante mucho tiempo el medio normal para hacer cumplir los deberes públicos por parte de autoridades públicas de todo tipo. Al igual que los demás recursos de prerrogativa, normalmente se concede a petición de un litigante privado, aunque también puede ser utilizado por una autoridad pública contra otra. El uso más común del mandamus es como arma en manos del ciudadano común, cuando una autoridad pública no cumple con su deber. El certiorari y la prohibición se ocupan de la acción ilícita, el mandamus se ocupa de la inacción ilícita” (8). Se puede diferenciar al mandamus como aquella petición jurisdiccional para que el juez ordene a un oficial público que realice un acto al que está jurídicamente obligado, el injunction (prohibition) justamente busca lo contrario, que se prohíba que dicha autoridad pública realice un acto que tenga intención de realizarlo y pueda acarrear un perjuicio, y, finalmente, el certiorari se emplea para anular actos de dicha autoridad (9).

Los mandamus van a ser incorporados también en el derecho de los Estados Unidos con la misma finalidad, es decir, ordenar a la ejecución de una orden, ya sea un oficial público o un tribunal inferior, estando autorizados los tribunales para emitir writs conforme lo establece la llamada “All Writs Act”(28 USC 1651), la cual

originalmente formó parte de la Judiciary Act de 1789, al decir que: “(a) La Suprema Corte y todos los tribunales establecidos por ley del Congreso, podrán emitir todos los writs necesarios y apropiados en auxilio de su respectiva jurisdicción y de acuerdo con los usos y principios del derecho, (b) Un writ o regla alternativo puede ser emitido por un juez de un tribunal que tenga jurisdicción”(10).

Esta herramienta va a estar justamente en discusión en el famoso caso “Marbury v. Madison” (1803)(11), sentencia de la Suprema Corte de Estados Unidos con la que se consagrará el control judicial de constitucionalidad de la mano del Juez Marshall. Justamente, el caso se inicia a través de una solicitud que hiciera Marbury a la Corte para que expidiera un writ of mandamus obligando a James Madison la notificación como Juez de Paz. John Marshall, en este momento de incipiente common law estadounidense va a definir al writ of mandamus como “una orden emana del tribunal del Banco del rey y dirigida a cualquier persona, corporación o tribunal judicial superior, dentro de los dominios del Rey, intimándolos a hacer alguna cosa particular, especificada en el texto, relativa a sus oficios o deberes, que el Tribunal del Rey ya hubieses juzgado, o al menos presumido ser conforme a derecho y justicia” (12).

Será en esta discusión en el que el razonamiento de Marshall si bien Marbury tenía derecho para solicitar le mandamos, lo cierto es que la competencia de la Corte no era materia sujeta a definición por el Legislativo, no estando dentro de las causas que habilitan la competencia originaria la de emitir el mandamus requerido, definiendo así también la noción de supremacía constitucional.

La Constitución argentina ha incorporado muchas nociones del constitucionalismo de los Estados Unidos, receptando un modelo federal, republicano y democrático de gobierno, en el que la separación de poderes pareciera ser el elemento tipificante de un régimen republicano. Sin embargo, esta separación de poderes ha tenido matices y crisis en la práctica argentina, señalando lo que acertadamente Bianchi observa en la Argentina como un poder

ejecutivo en constante expansión, en el que pareciera ser la Corte (como cabeza del Poder Judicial) quien le pone un límite a su voluntad expansionista. “Como resultado de ello, los dos poderes que priman en nuestro sistema constitucional tienen menos legitimación democrática que el tercero, es decir, el Congreso, pese a ser este el primer y más importante depositario del principio representativo” (13). Dicho esto, es que los mandamientos de ejecución se han presentado en las provincias que lo han reconocido como instrumentos para exigir un actuar ante una inacción ilícita de parte de la administración.

El control de constitucionalidad por parte del poder judicial es un aspecto que la Argentina adoptó de los Estados Unidos (14), haciendo prácticamente propios los fundamentos del caso “*Marbury v. Madison*”. En esta adopción de conceptos propios de la institucionalidad norteamericana, el mandamiento de ejecución y de prohibición fueron incorporados en los textos constitucionales de algunas provincias como remedio que posee el individuo para exigir el cumplimiento de un acto (15).

### **3. Debates en torno a su naturaleza jurídica**

El mandamiento de ejecución, como su hermano el de prohibición, han suscitado algunos debates en torno a su naturaleza jurídica, si es o no un proceso constitucional o si son de neto corte administrativo; si son acciones de naturaleza autónoma o son amparos especiales.

Es mayoritario el sector de la doctrina que les reconoce la naturaleza como verdaderas garantías constitucionales, no solamente por su ubicación en los textos constitucionales, sino también por el objeto que persiguen. Para así concluir, es oportuno recordar la clasificación que hizo Fix Zamudio de los instrumentos procesales para la protección de derechos humanos: a. remedios procesales indirectos, los procesos ordinarios que si bien protegen derechos en general de forma refleja tutela derechos fundamentales (procesos civiles, penales, laborales, familia, etc.); b. instrumentos

complementarios, se utilizan para sancionar la violación de derechos humanos (juicio político, responsabilidad del Estado, responsabilidad del funcionario público), y c. los medios procesales específicos que importan una protección rápida y eficaz , de manera directa y con efecto reparador (habeas corpus, amparo, y los writs de mandamus, injunction, entre otros)(16).

Quienes defienden la postura del mandamiento de ejecución como una garantía de naturaleza constitucional, apelan a que se vincula al derecho de que las leyes y los actos administrativos se cumplan, y no se tornen ilusorios. De este aspecto extraen el contenido democrático de los mandamientos, pues son los individuos que ante una omisión de las autoridades que pueden requerir el cumplimiento de los deberes “[e]l pueblo, como elector, tiene el derecho de exigir de las autoridades elegidas que cumplan con los actos que expiden. Esto resalta su carácter democrático y, por ello, esta acción se puede considerar como uno de los instrumentos más importantes de la democracia participativa; y, por consiguiente, su ejercicio tiene carácter jurídico-político” (17).

En algunos países latinoamericanos se ha incorporado al mandamus, por ejemplo, en Bolivia lo han llamado como acción de cumplimiento y se encuentra prevista en el art. 134(18) de la Constitución Política del Estado como una acción que tiene a buscar la efectividad del ordenamiento constitucional. En idéntico sentido, ha sido reconocido en la Constitución de Colombia en el art. 87: “toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo. En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido”. En Perú está pensada contra la inactividad administrativa en el art. 200. 6: “(...) procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley”.

Después están quienes entienden que son figuras que se desprenden del amparo, pues justamente este busca proteger derechos fundamentales que se han violado o que están amenazados tanto por

una acción como una omisión, considerando que su introducción deviene innecesaria (19). Incluso están quienes sostienen que si es un proceso que controla la omisión ilegal de la administración pública, no existe materia constitucional, al no exigir la aplicación o vigencia de una norma constitucional. En consecuencia, no lo reconocen como un proceso constitucional porque la controversia es de índole administrativa, dado que procede ante omisiones que afecten derechos o intereses de carácter legal o administrativo, mientras que el amparo protege ante omisiones que puedan vulnerar derechos y libertades consagrados en la Constitución. Según esta postura no es un proceso constitucional, sino un “proceso constitucionalizado” conforme la expresión de García Belaunde, quien sostiene que “la naturaleza del proceso no puede derivarse del hecho que haya sido creado por la Constitución, sino de la materia que en su seno se resuelve, y que no es otro que el control de la inactividad administrativa, donde la controversia no gira en términos de derecho constitucional, sino en términos de derecho administrativo” (20). En otras palabras, las pretensiones que se formulan en el mandamiento de ejecución parecerían surgir del vínculo entre el individuo con el Estado, y el deber de este a realizar la actividad y no tanto en derechos fundamentales, quedando para al resguardo de estos últimos el amparo genérico (21).

#### **4. Mandamiento de ejecución: su vinculación con otras figuras. Amparo por mora e inconstitucionalidad por omisión**

El mandamiento de ejecución es en muchas ocasiones considerado como un amparo especial, cuya pretensión se activa ante omisiones de tipo administrativas. Ante dicha conceptualización es que la doctrina se ha debatido entre su naturaleza como proceso constitucional o por el contrario se trataría de un proceso administrativo constitucionalizado (22).

Dicha pretensión se funda en una circunstancia de hecho, la omisión de un deber expresamente impuesto por la ley cuya inacción genere consecuencias jurídicas lesivas para quien la invoca. En este sentido, Bidart Campos señalaba que no necesariamente la

contravención surgirá de un acto positivo, sino también se puede dañar por la omisión, la inacción, el retardo de un acto determinado, “[l]os mandamientos de ejecución son, precisamente, índice de esa necesidad de compeler en muchas ocasiones a la autoridad para que haga lo que está obligada a hacer” (23).

La omisión para ser materia constitucional debe impactar en derechos individuales o colectivos reconocidos en la Constitución; en cambio, enseña Gozaíni, cuando se trata de un silencio administrativo este será remediado mediante el amparo por mora (24). En estos casos, el silencio administrativo, la omisión de realizar un acto, conlleva consigo una violación del debido proceso administrativo al vulnerar el principio de tiempo razonable, sin importar las razones, al postergar la operatividad de una norma es necesaria la exhortación jurisdiccional para cumplir con lo debido. Este procedimiento, en el ámbito nacional, se encuentra regulado en la Ley 19.549 del Procedimiento Administrativo que establece que: “El que fuere parte en un expediente administrativo podrá solicitar judicialmente se libre orden de pronto despacho. Dicha orden será procedente cuando la autoridad administrativa hubiere dejado vencer los plazos fijados y en caso de no existir estos, si hubiere transcurrido un plazo que excediere de lo razonable sin emitir el dictamen o la resolución de mero trámite o de fondo que requiera el interesado. Presentado el petitorio, el juez se expedirá sobre su procedencia, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, y si lo estimare pertinente requerirá a la autoridad administrativa interviniente que, en el plazo que le fije, informe sobre las causas de la demora aducida. La decisión del juez será inapelable. Contestado el requerimiento o vencido el plazo sin que se lo hubiere evacuado, se resolverá lo pertinente acerca de la mora, librando la orden si correspondiere para que la autoridad administrativa responsable despache las actuaciones en el plazo prudencial que se establezca según la naturaleza y complejidad del dictamen o trámites pendientes” (art. 28).

Vale destacar que aquí se le corre traslado a la administración para que simplemente dé las razones de la demora, pero no se analiza el fondo de la cuestión, solo se analiza la demora y si esta fue o no

justificada, en caso contrario se intima al cumplimiento del acto o al otorgamiento de la información solicitada. Se puede advertir que mediante esta acción lo que se busca es resguardar el debido proceso administrativo, corrigiendo la inactividad o dilación que provoca una disfuncionalidad administrativa. De allí que algunos autores consideren que los mandamientos de ejecución puedan estar comprendidos dentro de la figura del amparo por mora<sup>(25)</sup>, pues para que estos prosperen es necesario definir el acto que se busca efectivizar que está unido a un deber concreto omitido e identificando al funcionario que ha omitido dicho hacer. En otras palabras, el mandamiento como el amparo por mora proceden ante la inacción de una autoridad pública.

Por lo que la diferencia entre el amparo por mora de la administración o la viabilidad del mandamiento de ejecución, radicará en la existencia de una “omisión inconstitucional”, que ante la inacción se conculquen derechos fundamentales y que exige un urgente remedio. Así lo ha recordado el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, al decir que “el instituto del amparo (‘lato sensu’) en cualquiera de sus manifestaciones, incluidos obviamente el ‘mandamiento de ejecución’ y el ‘de prohibición’ (arts. 43, 44 y 45, CP), están dirigidos a la protección urgente y casi instantánea de los ‘derechos y libertades humanas’ (26), por lo que “la ubicación correcta de un caso en la figura del amparo o del mandamus, pasa por la determinación del objeto esencial o principal del recurso en trámite. (...) Es amparo y no mandamus la acción interpuesta, cuando –como en el caso– el objeto principal de la misma es la protección de los derechos esenciales que hacen a la dignidad del ser humano y cuyo objeto secundario, es el eventual libramiento del mandamus dirigido al Poder Administrador para que mantenga la plena vigencia de la garantía constitucional de esos derechos fundamentales” (27).

Otra figura que se vincula al mandamiento de ejecución y al amparo por mora, pues también importa una omisión es la denominada acción de inconstitucionalidad por omisión. Esta última se habilitaría con el objeto de lograr el dictado de una norma, para lo

cual se recurre al órgano jurisdiccional que otorgue un plazo para que ello ocurra. Esta figura es mucho más compleja que las anteriores, porque en principio se presentaría como una intromisión del poder judicial en la discrecionalidad del poder legislativo, sin embargo, hay en la Argentina diversos supuestos en lo que los tribunales han exhortado al legislativo o al ejecutivo a dictar una determinada norma, por lo que habría una clasificación entre las inconstitucionalidades por omisión: una de tipo reglamentaria de leyes y otro específicamente legislativa. En este sentido, se ha de recordar que “no cualquier omisión hará viable el control constitucional a su respecto, que no actuar es una opción que tiene el legislador en el marco de sus atribuciones políticas, siempre que no exista un mandato constitucional expreso y concreto de hacer” (28). Para salvar dicho problema, Sagüés ha enumerado una suerte de requisitos para que una sentencia que declare la inconstitucionalidad por omisión no sea considerada como una intromisión irrazonable: a. transcurso de un tiempo razonable desde el deber de legislar, b. la existencia de una directriz clara en la materia, y c. que el vacío fuese posible de ser rellenado por el juez (29), y que de ello se derive a una situación contraria a la Constitución.

Ahora bien, también podrían proceder situación de inconstitucionalidad por omisión respecto al Poder Ejecutivo, cuando este deja de reglamentar normas emanadas del legislador o cuando este le delegue facultades legislativas y aquel no dicta las normas encomendadas (30).

Frente a las omisiones, en especial aquellas provocadas ya sea por el Poder Ejecutivo o por un oficial de la administración pública, con independencia si el mandamiento de ejecución es o no un proceso constitucional, junto con el amparo por mora y la inconstitucionalidad por omisión se alzan como verdaderos instrumentos de control judicial, en el que se observa ese contralor interpoderees propio de una dinámica republicana. Para así afirmar, basta con ver como la Corte, aun sin contar con el reconocimiento legal, en su función como cabeza del Estado fue “creando” o resolviendo casos a la luz de su función tanto política como social,

esta última de salvaguarda de los derechos fundamentales; basta como ejemplo el amparo en los fallos “Siri” y “Kot” a mediados de la década del ’50, y, en esa misma línea también se encuentra la inconstitucionalidad por omisión reglamentaria, siendo estas verdaderas sentencias exhortativas que no se limitan a las partes sino que tiende a remediar un vacío legal, “el tema planteado tiene repercusión institucional, en la medida en que excede el mero interés de las partes y repercute en un importante sector de la comunidad por haberse sometido a debate la legitimidad de medidas de alcance general que interesan a actividades cuyo ejercicio no ajeno al bienestar común”(31). En Argentina, este tipo de sentencias en términos de efectos tienen valor de verdaderas de orientaciones o bases de acción.

En otro aspecto también pueden ser entendidas dentro de sentencias normativas de tipo “aditivas”, “que son las que se dictan en los procesos de inconstitucionalidad por omisión. En estas se trata de una sentencia que declara antes que la inconstitucionalidad del texto de la norma o disposición general impugnada, aquello que tales textos o normas no dicen y debieran decir”(32). En definitiva, este tipo de sentencias presentan ciertos problemas en sistema de control difuso como el de Argentina, en donde los tribunales solo han de actuar en causas cuya sentencia, en principio, solo tendría efecto entre las partes; sin embargo desde el leading case “Halabi”(33) la Corte Suprema ha abierto el camino para el litigio estratégico y con ello con sentencias que pretenden señalar las consecuencias de la no legislación en determinadas materias, sin llegar a adoptar una actitud legislativa, “[l]a sentencia que ponga en claro (en forma declarativa o constitutiva) el conflicto de inaplicación, antes que disponer normativamente, será un pronunciamiento de certidumbre. La práctica lleva a reconocer a la jurisdicción constitucional como puente para la eficacia sin necesidad de recurrir a la actividad legislativa” (34).

## **5. El mandamus en el derecho público patagónico: Chubut, Río Negro y Santa Cruz**

La recepción de los conocidos writs (mandamus e injunction) en el derecho argentino se puede encontrar en la constitución de la

Provincia de Entre Ríos de 1923, que introduce al amparo genérico y los mandamientos de ejecución y de prohibición (forma como se tradujeron al español en Argentina a los writs). El mandamiento de ejecución, por su parte, fue incorporado en las constituciones provinciales de Chubut, Río Negro y Santa Cruz desde su formación como tales en el año 1957 hasta la actualidad, sorteando las diferentes reformas constitucionales.

Veamos que dicen cada una de las constituciones:

### **a. Chubut**

El actual artículo 58 regula que: “Cuando una norma imponga a un funcionario o autoridad pública un deber expresamente determinado, todo aquel en cuyo interés debe ejecutarse el acto o que sufra perjuicio material, moral o político, por falta del cumplimiento del deber, puede demandar ante el juez competente su ejecución inmediata y el juez, previa comprobación sumaria de la obligación ilegal y del derecho del reclamante, dirige al funcionario o autoridad pública un mandamiento de ejecución”.

### **b. Río Negro**

Su artículo 44 establece que: “Para el caso de que esta Constitución, una ley, decreto, ordenanza o resolución, imponga a un funcionario o ente público administrativo un deber concreto, toda persona cuyo derecho resultare afectado por su incumplimiento, puede demandar ante la justicia competente la ejecución inmediata de los actos que el funcionario o ente público administrativo hubiere rehusado cumplir. El juez, previa comprobación sumaria de los hechos denunciados, libra un mandamiento y exige el cumplimiento inmediato del deber omitido”.

### **c. Santa Cruz**

El texto actual de la Constitución santacruzense establece en su artículo 18 que: “Siempre que una ley u ordenanza imponga a un

funcionario o corporación pública de carácter administrativo un deber expresamente determinado, todo aquel en cuyo interés deba ejecutarse el acto, o sufre perjuicio material, moral o político, por falta de cumplimiento del deber, puede demandar ante los Tribunales su ejecución inmediata y el Tribunal, previa comprobación sumaria de la obligación legal y del derecho del reclamante, dirigirá al funcionario o corporación un mandamiento de ejecución”.

Se puede advertir que el mandamiento en estos textos se vincula a un deber específico omitido, “expresamente determinado”. Así, la acción se circunscribe a deberes bien delimitados y no puede ser invocada para el cumplimiento de deberes genéricos; para estos últimos quedaría expedita la acción de amparo que también se habilita ante una omisión arbitraria e ilegalmente manifiesta. Se advierte que los constituyentes provinciales le han impreso el carácter de proceso urgente, en el que, como se ha dicho en párrafos anteriores, no se busca dilucidar el fondo de la cuestión sino el cumplimiento del acto omitido.

En los tres textos también se identifica claramente al legitimado: es aquel que acredita que tiene un interés para que el acto se ejecute, dado que este es la razón para que aquello suceda o que la inactividad le provoque un perjuicio, “material, moral o político”, agregan las constituciones chubutense y santacruceña, mientras que Río Negro ha optado por una fórmula mucho más genérica “cuyo derecho resultare por su incumplimiento”.

Como bien lo han señalado los Superiores Tribunales tanto de Chubut como de Río Negro, se les ha impreso a los mandamientos de ejecución el proceso de amparo, por lo que, si bien hay una bilateralización del proceso, este es restringido, en procura de alcanzar la exhortación al funcionario en tiempo razonable.

El STJ rionegrino ha sabido definir los requisitos de procedencia, diferenciándolo del amparo “sin perjuicio de los recaudos que deben cumplimentarse en las peticiones de los amparos en general, de manera que los requisitos indispensables para la

procedencia del mandamiento de ejecución en particular se encuentran centrados en: a) la existencia de un deber legalmente impuesto en una norma del tipo de las referidas precedentemente; b) el rehusamiento para cumplir con su ejecución, por parte de un funcionario o ente público administrativo, y c) afectación por tal omisión de los derechos de los recurrentes. Además, debe resultar de una rápida comprobación de la existencia de aquel derecho o garantía; de fácil comprensión por ser uno de aquellos que integran la plataforma básica constitucional inherente a ese rótulo ‘derechos y libertades humanas’ y la restricción potencial o real que demanda superación cuasi instantánea”(35).

Del análisis de los tres textos constitucionales se pueden identificar 5 requisitos comunes para la admisión del mandamus:

### **I. Deber específico impuesto legalmente**

En otras palabras, debe existir “una norma que imponga a un funcionario o autoridad pública un deber ‘expresamente’ determinado”, así se destaca en una sentencia del STJ de Chubut en el voto del Dr. Pflieger: “deber específico, concreto y debidamente individualizado, impuesto por una norma o acto administrativo, que provoca un perjuicio material, moral o político, o de cualquier naturaleza” (36)

### **II. Sujeto pasivo: funcionario o autoridad pública**

En este aspecto el mandamus no puede ser dirigido contra la autoridad pública de forma genérica, sino que se debe individualizar el funcionario u oficial que incurre en la inactividad de manera ilegal y arbitraria. En este punto, en Chubut, al reglamentarse el amparo a través de la Ley V N° 84 DJP, se reglamentó también el proceso de los mandamientos de ejecución y prohibición, estableciéndose en el art. 18 que: “(...) La acción se promoverá contra el funcionario o autoridad pública responsable del hecho u omisión, estándole vedado a la Fiscalía del Estado y a los abogados del estado, representar y/o

patrocinar al funcionario” definiendo a los funcionarios o a la autoridad pública en su artículo 19: “Son funcionarios o autoridad pública, los agentes de la administración pública, órganos o entes públicos administrativos centralizados o descentralizados, del Estado Provincial, cualquiera fuera el Poder y de los Municipios o comunas, y cualquier otro órgano o persona de derecho público estatal o no estatal, dotado de potestad pública por imperio de la Constitución Provincial, leyes, ordenanzas y demás normas reglamentarias”.

### **III. Urgencia**

Al ser un proceso urgente, la urgencia, el daño y la gravedad deben ser manifiestas (37), si no lo es, se podrá optar por otro proceso. De allí que comparta con el amparo la característica de ser un proceso excepcional, dado que el mejor proceso es aquel en el que se pueda producir prueba; mientras que este ante la inminencia esto no ha de suceder, de allí lo acotado de la decisión judicial: solo ha de obligar a cumplir con el acto, sin atender cuestiones de fondo ni accesorias (por ejemplo, el resarcimiento por el retardo). En este punto se encuentran decisiones que así lo han dicho, ante la necesidad de una producción probatoria mayor, el amparo y en especial el mandamus no son procedentes “en cuanto este Tribunal tiene dicho que en situaciones en las que se presentan ciertas complejidades de evaluación, como en el caso de autos, se requiere un marco procedimental en el cual exista mayor amplitud de debate, discusión y ejercicio de las pruebas que pudieran hacer valer las partes, cuestiones ajenas al ámbito procesal de esta naturaleza, tornando inviable su tratamiento por vía del amparo”(38).

### **IV. Daño o perjuicio**

Este debe ser perfectamente identificado, pues de su demostración va unida la urgencia para ordenar la actividad esperada, es decir, la comprobación de este determina la existencia de la urgencia exigida para habilitar el proceso de mandamiento.

## V. Inexistencia de otra vía judicial idónea

La idoneidad de la vía judicial debe ser analizada de forma global en cuanto al factor tiempo, así se ha dicho que lo ordinario es optar por procesos de conocimiento judiciales o administrativos, pues conforme a su configuración son los que mejor resguardan y restablecen derechos; mientras que los procesos urgentes son excepcionales, dado que se busca una respuesta pronta y específica ante una afectación manifiesta a raíz de una conducta arbitraria e ilícita, de manera clara el STJ de Río Negro ha mencionado que: “La existencia de excepcionales remedios previstos en la Constitución de Río Negro, solo está referida a la protección de concretas lesiones a los derechos y garantías fundamentales y no establecidos para superar cuestiones que deben dirimirse con la profundidad debida, amplitud probatoria y las recíprocas garantías procesales propias de las acciones legalmente previstas a tales fines”(39).

En Chubut, el proceso del mandamiento es idéntico al del amparo, exigiéndose para su procedencia los mismos recaudos que este, así lo ha sabido definir el STJ de dicha provincia “se trata de un trámite sumarísimo, es decir, de un procedimiento abreviado que prevé los siguientes pasos: demanda, admisibilidad preliminar, traslado de la demanda por no más de cinco días, plazo brevísimo para la producción de la prueba pendiente de realización y, vencido ese lapso, sentencia en el término improrrogable de tres días”(40).

## 6. Conclusión

El diseño constitucional argentino, al receptar al federalismo como forma de distribución del poder en términos territoriales, posibilitó el desarrollo de constituciones provinciales originales que no se presentaron como espejos de la Constitución Nacional. Garantizando las exigencias contenidas en el artículo 5 de la Constitución Nacional (41), avanzaron en la incorporación y regulación de procesos constitucionales o constitucionalizados que refuerzan de algún modo la noción republicana de frenos y contrapesos, como es el caso del “mandamus”.

El control judicial de la administración es una garantía en sí misma para cualquier individuo quien no solamente se puede ver afectado ante la acción del ente público, sino también ante una omisión que le afecte o le impida el reconocimiento y goce de derechos. Sin embargo, en este desarrollo del control judicial, está en cabeza del Poder Judicial autolimitarse para no invadir esferas que no le son propias, así lo menciona con la claridad que lo caracterizó como Ministro del Superior Tribunal de justicia el Dr. Jorge Pfejer al decir que “Nuestro ‘mandamus’ es un modo de confronte con la administración y, por ende, escapa a otras conductas estatales (o gubernativas, si cabe) de distinta esencia: los ámbitos propios del ejercicio del poder político que, si bien no son ajenos al posible conocimiento de la jurisdicción, lo exorbitan”(42).

La historia del constitucionalismo es la historia de la constante tensión entre limitar y regular el poder. En el siglo XXI, estas tensiones crecen ante un aparato estatal cada vez mayor al que las exigencias aumentan a diario; también es cierto que se suman nuevos desafíos en términos de ciudadanía, en especial cuando se observa el avance de las inteligencias artificiales o alternativas, corporaciones internacionales que trascienden fronteras y su vinculación con los individuos.

La noción de constitucionalismo hoy va unida de manera prácticamente inescindible en Occidente con las ideas de república y democracia. Compartiendo la opinión del doctor Alfonso Santiago (43), estamos inmersos en una “cultura de derechos” que importa que los ciudadanos exijan cada vez más a los otros poderes por la defensa de lo que consideran necesario. El mandamiento de ejecución, como el amparo por mora o la inconstitucionalidad por omisión se configuran como mecanismos que dinamizan el control interpoderes, en términos de república y en términos de democracia. ¿Hacia dónde ira el constitucionalismo? No se sabe, los desafíos son muchos, el escenario global está en constante transformación y la Argentina, como el resto de los países de Occidente, atraviesan una época que pone en juego a los principios democráticos. El control judicial, como se sostuvo párrafos anteriores, hoy se erige como el último eslabón de

protección del individuo frente a la actividad estatal y ante la necesidad de protección de los más vulnerables y de las minorías, sabrá la historia evaluar si desde los poderes judiciales estuvieron o no a la altura.

## **7. Bibliografía**

Bazán, Víctor, Control de las omisiones inconstitucionales e inconvenconales, Fundación Konrad Adenauer, Bogotá, EBook, 2014.

Bianchi, Alberto B., Control de constitucionalidad (Tomo I), Editorial Ábaco, Buenos Aires, 1998.

Bianchi, Alberto B., “La separación de poderes y sus diferentes modelos en el derecho comparado. Quinta parte: el modelo argentino”, El Derecho, LVI, 2018.

Bidart Campos, Germán J., Régimen legal y jurisprudencial del amparo, Ediar, Buenos Aires, 1968.

Bielsa, Rafael, Derecho administrativo (Tomo I), El Ateneo, Buenos Aires, 1964.

Blackstone, William, “Commentaries on the law of England”, Príncipe de 1765, 1769, vol. I. The University of Chicago Press, Chicago, 1979.

Carpio Marcos, Edgar, “La acción de cumplimiento en el Derecho comparado” (Perú). Revista Jurídica del Perú, LII, (32), 19-34, 2002.

Dicey, Albert Venn, “El desarrollo del Derecho Administrativo en Inglaterra (Argentina)”, El Derecho - Revista de Derecho Administrativo, julio 2020, número 7.

Fix-Zamudio, Héctor, “Introducción al estudio procesal comparativo de la protección interna de los derechos humanos”, en Veinte Años de Evolución de los Derechos Humanos Seminario Internacional patrocinado por la Secretaría de Relaciones Exteriores de México y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 1974, pp. 169-274.

Gozaíni, Osvaldo, Derecho procesal constitucional latinoamericano, Tomo II, La Ley, 2014.

Gozaíni, Osvaldo, El juicio de amparo, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, EBook, 2021.

Gozaíni, Osvaldo Alfredo, Sentencias constitucionales, Teoría y práctica, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2021.

Hernández Valle, Rubén, “La problemática de las sentencias normativas”, en Estudios Constitucionales, 2, (2), Centro de Estudios Constitucionales, Santiago.

Lloret, Rodrigo, “Alfonso Santiago: El Poder Judicial tiene hoy el mayor poder político y jurídico de toda la historia”, Diario Perfil, 21/5/2022, Disponible en: <https://www.perfil.com/noticias/agenda-academica/alfonso-santiago-el-poder-judicial-tiene-mucho-mas-poder-politico-y-juridico-que-el-que-tuvo-en-toda-la-historia.phtml> (fecha de consulta 20/4/2024).

Manili, Pablo Luis, Tratado de derecho constitucional argentino y comparado (Tomo IV), La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2021.

Murcia, Diego G. (2013), “Las acciones de ejecución y de prohibición en Entre Ríos”, Institutas: Revista de Derecho Procesal.

Pérez Ragone, Álvaro J. (2007), “‘Writ’ y ‘Actio’ en el Surgimiento y la Configuración del Proceso Civil Inglés Medieval”, *Revista de estudios histórico-jurídicos*, (29), pp. 333-356, <https://dx.doi.org/10.4067/S0716-54552007000100008> (fecha de consulta 20/4/2024).

Rodríguez Ruiz, María Carolina, “La acción de cumplimiento en Colombia y Perú”, ponencia presentada en el Curso Superior “Constitución y Derechos Humanos”, organizado por la Universidad Antenor Orrego, Trujillo, Perú, 1998.

Rosatti, Horacio; *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo II, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017.

Sagüés, Néstor Pedro, “Inconstitucionalidad por omisión de los poderes Legislativo y Ejecutivo. Su control judicial (Perú)”, en *Revista Ius et Veritas* (5), 1992.

Sagüés, Néstor Pedro, “Un caso de institucionalidad por omisión legislativa” (Argentina), JA 2001-III-1284, 2001.

Sagüés, María Sofía; “Dinámica política del control de constitucionalidad en la Suprema Corte de Estados Unidos de América”, Vigo, Rodolfo Luis y María Gattinoni (dirs.), *Tratado de derecho judicial* (Tomo I), Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot, EBook, 2013.

Sagüés, Sofía, “Mandamiento de ejecución”, Ferrer MacGregor, Eduardo y otros (coord.), *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, Tercera Edición, 1001 voces, Tomo II, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Querétaro, 2021.

Wade, *Administrative Law*, 9th Edition, en Goel, Shivam, *Writ of Mandamus*, SSRN, 20 de marzo de 2015, disponible es <https://ssrn.com/abstract=2581630> o

<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2581630>, (fecha de consulta 20/4/2024).

### **Normas citadas**

Constitución de la Nación Argentina, arts. 5 y 43.

Constitución de la Provincia de Chubut, art. 58.

Constitución de la Provincia de Río Negro, arts. 43, 44 y 45.

Constitución de la Provincia de Santa Cruz, art. 18.

Constitución Política de Colombia, art. 87.

Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, art. 134.

Constitución Política del Perú, art. 200-6.

Ley 16.986.

Ley 19.549.

Ley V N° 84 DJP, arts. 18 y 19.

### **Jurisprudencia**

Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Diarte, José Alberto y otros c/ Lotería Nacional Sociedad del Estado”, 21/8/2003, Fallos: 326:2880.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Halabi, Ernesto c/ PEN”, 24/4/2009, Fallos: 332:111.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Samuel, Kot S.R.L.”, 5/9/1958, Fallos: 241:291.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Siri, Ángel”, 27/12/1957, Fallos: 239:459.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Sojo, Eduardo”, 22/9/1887, Fallos: 32:120.

Superior Tribunal de justicia de la Provincia de Chubut, “Ferreyra de las Casas, José María c/ Municipalidad de Comodoro Rivadavia s/ acción de amparo” (Expte.: 25.935 - año: 2023).

Superior Tribunal de justicia de la Provincia de Chubut, “Municipalidad de Puerto Madryn c/ Gobernador de la Provincia del Chubut y otro s/ Mandamiento de Ejecución” (Expte. N° 23573- M-2014), 29/6/2015.

Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro Partes: Co. De. Ci. de la Provincia de Río Negro, fecha de sentencia: 16/8/2005, citas: TR LALEY AR/JUR/4594/2005, publicado en: LA LEY 2006-C, 223.

Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, Co. De. Ci., fecha de sentencia: 3/7/2007, Citas: TR LALEY AR/JUR/4395/2007, publicado en: LLPatagonia, 2007 (octubre), 1421.

Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, Donate, Fermín, fecha de sentencia: 29/11/1985, citas: TR LALEY AR/JUR/1644/1985, publicado en: LA LEY 1986-A, 158.

Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, sala Civil (García Osella-Balladini-Flores), 2/5/1994, “Osuna Jorge A. s/ recurso de amparo s/ mandamus”.

(\*) Abogada UNPSJB. Lic. Cs. Políticas UNPSJB. Especialista en Derecho Procesal Civil UBA. Diplomada en Derecho Constitucional Profundizado UA. Diplomada en Derecho Procesal Constitucional UA. Abogada Adjunta de la Asesoría de Familia de la

ciudad de Esquel. Docente por concurso en la cátedra de Derechos Reales y Adjunta Interina de la cátedra Derecho de Familia de la Facultad de Cs. Jurídicas UNPSJB.

VOCES: DERECHO ADMINISTRATIVO - PODER EJECUTIVO - ADMINISTRACIÓN PÚBLICA - ESTADO - DAÑOS Y PERJUICIOS - CONSTITUCIÓN NACIONAL - OBLIGACIONES - JURISPRUDENCIA - CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - MONEDA - SEGURIDAD SOCIAL - DERECHO CONSTITUCIONAL - DEUDA PÚBLICA - DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES - RECURSO EXTRAORDINARIO - SENTENCIA - EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Nota de Redacción: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en El Derecho: Situación actual del régimen de consolidación de deudas del Estado, por Atilio Killmeate, ED, 167-1068; Un fallo significativo (Comentario a un fallo del TSJ de Neuquén en materia de Astreintes y consolidación de deudas del Estado), por Marcelo J. López Mesa y María Julia Barrese, ED, 183-1020; Régimen de consolidación de la deuda pública y garantía de defensa en juicio, por Edgardo O. Scotti y Lorena Llanos, EDCO, 2000/2001-495; Régimen administrativo del financiamiento público. La relación Estado Nacional y Estados Provinciales, coparticipación federal y deuda pública, por Pablo Ava, EDA, 2001/2002-712; Algunos apuntes sobre el actual régimen de consolidación de deudas del Estado Nacional, por Macarena Marra Giménez, EDA, 2010-78; El régimen de consolidación de pasivos estatales en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por Mara Ruiz, EDA, 2010-522; Ejecución de deudas contra el Estado y pago inmediato a acreedores vulnerables: ¿Son aplicables las mismas excepciones que a la consolidación de deudas?, por Mauricio Goldfarb, ED, 288-149; Ejecución de sentencias que condenan al Estado nacional a pagar sumas dinerarias, por Alejandra M. R. Algarra, Revista de Derecho Administrativo, Noviembre 2020, Número 11; La ejecución de sentencias contra el Estado Nacional durante la emergencia económica: la consolidación y sus efectos en la actualidad, por

Marcelo Allendes, Revista de Derecho Administrativo, Agosto 2023 - Número 8. Todos los artículos citados pueden consultarse en [www.elderechodigital.com.ar](http://www.elderechodigital.com.ar).

(1) Manili, Pablo L., Tratado de derecho constitucional argentino y comparado, Tomo IV, La Ley, 2021, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, p. 397.

(2) Rosatti, Horacio, Tratado de Derecho Constitucional, Tomo II, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017, p. 555.

(3) “Cada provincia dicta su propia constitución, conforme a lo dispuesto por el artículo 5º asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero”, art. 123 de la Constitución Nacional.

(4) A nivel nacional, este remedio encuentra sus orígenes en la Argentina en los fallos “Siri” y “Kot” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación entre los años 1957 y 1958, para luego ser regulado por la Ley 16.986 y consagrarse finalmente en el texto constitucional en la reforma de 1994. Mientras que se puede encontrar que las provincias ya habían receptado al amparo en sus textos constitucionales con antelación a los fallos de la Corte, por ejemplo: Santa Fe en 1921 en su art. 17; Entre Ríos en 1933 en sus arts. 25 y 26, Santiago del Estero en 1939 en el artículo 22, en 1957 lo harían también las nuevas provincias como Chaco, Chubut (art. 34), Formosa (art. 23), Misiones (art. 16), Santa Cruz (art. 15) y Río Negro (art. 11).

(5) Sagüés, Sofía, “Mandamiento de ejecución”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y otros (coords.), Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional, tercera edición, 1001 voces, Tomo II, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Querétaro, 2021, p. 1502.

(6) Pérez Ragone, Álvaro J., “‘Writ’ y ‘Actio’ en el Surgimiento y la Configuración del Proceso Civil Inglés Medieval”,

Revista de estudios histórico-jurídicos, (29), 2007, pp. 333-356, <https://dx.doi.org/10.4067/S0716-54552007000100008>.

(7) Blackstone, William, Commentaries on the law of England, Príncipe de 1765, 1769, vol. I., The University of Chicago Press, Chicago, 1979, p. 72.

(8) Professor Wade, “Administrative Law”, en Goel, Shivam, Writ of Mandamus, 9th edition, march 20, 2015. Disponible es <https://ssrn.com/abstract=2581630> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2581630>, trad. esp. realizada por la autora del presente texto.

(9) Dicey, Albert Venn, “El desarrollo del Derecho Administrativo en Inglaterra”, El Derecho - Revista de Derecho Administrativo, julio 2020 - Número 7.

(10) Bianchi, Alberto B., Control de constitucionalidad, Tomo 1, Editorial Ábaco, 1998, Buenos Aires, 79. Texto original: “The act in its original form was part of the Judiciary Act of 1789. The current form of the act was first passed in 1911[1] and the act has been amended several times since then, [2] but it has not changed significantly in substance since 1789”.

(11) 5 U.S. 137 1803.

(12) Bielsa, Rafael, Derecho administrativo, Tomo I, El Ateneo, Buenos Aires, p. 250.

(13) Bianchi, Alberto B., “La separación de poderes y sus diferentes modelos en el derecho comparado. Quinta parte: el modelo argentino”, El Derecho, N° 14.492, Año LVI, 1998, p. 8.

(14) “La Constitución argentina y la de Estados Unidos, concuerdan en las disposiciones que fundan la jurisdicción de la Suprema Corte, y los fallos de la de los Estados Unidos, así como las opiniones de sus más reputados expositores están contestes en que no

puede darse caso ni por ley del Congreso que altere la jurisdicción originaria de la Corte extendiéndola a otros casos que a los que la Constitución imperativamente la ha limitado, de tal modo que la ley y el auto que en transgresión se dictase, no sería de efecto alguno”, CSJN, “Sojo, Eduardo”, Fallos: 32:120.

(15) Sagüés, María Sofía, “Dinámica política del control de constitucionalidad en la Suprema Corte de Estados Unidos de América”, En Vigo, Rodolfo Luis y María Gattinoni (dirs.), Tratado de derecho judicial, Tomo I, Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot, EBook, 2013.

(16) Fix-Zamudio, Héctor, Introducción al estudio procesal comparativo de la protección interna de los derechos humanos, en Veinte Años de Evolución de los Derechos Humanos, Seminario Internacional patrocinado por la Secretaría de Relaciones Exteriores de México y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 1974, pp. 169-274.

(17) Rodríguez Ruiz, María Carolina, “La acción de cumplimiento en Colombia y Perú”, ponencia presentada en el Curso Superior “Constitución y Derechos Humanos”, organizado por la Universidad Antenor Orrego, Trujillo, Perú, 1998, p. 70.

(18) “La Acción de Cumplimiento procederá en caso de incumplimiento de disposiciones constitucionales o de la ley por parte de servidores públicos, con el objeto de garantizar la ejecución de la norma omitida (...)”.

(19) Carpio Marcos, Edgar, “La acción de cumplimiento en el Derecho comparado”, Revista Jurídica del Perú, Año LII, N° 32, Editorial Normas Legales, Trujillo, 2002, pp. 19-34.

(20) Ibid, p. 34.

(21) De este tema, Diego G. Murcia ha publicado un interesante trabajo bajo el título “Las acciones de ejecución y de prohibición en Entre Ríos” (Institutas: Revista de Derecho Procesal, 2013.

(22) Sagüés, María Sofía, “Mandamiento...”, cit., p. 1502.

(23) Bidart Campos, Germán J., Régimen legal y jurisprudencial del amparo, Ediar, Buenos Aires, 1968, p. 338.

(24) Gozaíni, Osvaldo, El juicio de amparo, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, EBook, 2021.

(25) Gozaíni, Osvaldo, Derecho procesal constitucional latinoamericano, Tomo II, La Ley, 2014.

(26) Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, Co. De. Ci., Fecha de Sentencia: 3/7/2007, Citas: TR LALEY AR/JUR/4395/2007, publicado en: LLPatagonia. 2007 (octubre), 1421.

(27) Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, Partes: Co. De. Ci de la Provincia de Río Negro Fecha de Sentencia: 16/8/2005, Citas: TR LALEY AR/JUR/4594/2005, publicado en: LA LEY 2006-C, 223.

(28) Bazán, Víctor, Control de las omisiones inconstitucionales e inconventionales, Fundación Konrad Adenauer, Bogotá, 2014, EBook, p. 117.

(29) Sagüés, Néstor Pedro, “Un caso de institucionalidad por omisión legislativa”, JA 2001-III-1284.

(30) Sagüés, Néstor Pedro, “Inconstitucionalidad por omisión de los poderes Legislativo y Ejecutivo. Su control judicial”, Revista Ius et Veritas, n° 5, Lima, 1992, p. 40.

(31) Fallos: 326:2880, 328:2876, entre otros.

(32) Hernández Valle, Rubén, “La problemática de las sentencias normativas”, Estudios Constitucionales, año 2, vol. 2, N° 001, Centro de Estudios Constitucionales, Santiago, p. 343.

(33) Fallos: 332:111.

(34) Gozaíni, Osvaldo Alfredo, Sentencias constitucionales, Teoría y práctica, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2021, p. 218.

(35) Río Negro, sala Civil (García Osella-Balladini-Flores), 2/5/1994, “Osuna Jorge A. s/ recurso de amparo s/ mandamus”.

(36) STJ Chubut, “Municipalidad de Puerto Madryn c/ Gobernador de la Provincia del Chubut y otro s/ Mandamiento de Ejecución” (Expte. N° 23573- M-2014), 29/6/2015.

(37) “Deben acreditarse excepcionales presupuestos en orden a urgencia, irreparabilidad del daño, gravedad, ilegalidad manifiesta”, Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, partes: Donate, Fermín, fecha de Sentencia: 29/11/1985, citas: TR LALEY AR/JUR/1644/1985, publicado en: LA LEY 1986-A, 158.

(38) Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, Partes: Co. De. Ci. Fecha de Sentencia: 3/7/2007, Citas: TR LALEY AR/JUR/4395/2007, publicado en: LLPatagonia. 2007 (octubre), 1421.

(39) Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, Partes: Co. De. Ci. Fecha de Sentencia: 3/7/2007 Citas: TR LALEY AR/JUR/4395/2007 Publicado en: LLPatagonia. 2007 (octubre), 1421

(40) STJ Chubut, “Ferreyra de las Casas, José María c/ Municipalidad de Comodoro Rivadavia s/ acción de amparo” (Expte.: 25.935 - Año: 2023).

(41) “Por imperio del art. 5° de la Constitución Nacional cada Provincia asegura su administración de justicia de forma autónoma, con la sola exigencia de respetar el sistema representativo, republicano y federal, siguiendo los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional, pero sin renunciar a originalidades legítimas, propias de un Estado federado que no se postra en una copia literal sino que levanta la potestad de imponer (en este aspecto) a sus magistrados especiales condiciones que no alteran ni desvirtúan el ideario rector nacional”. Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, Partes: Donate, Fermín Fecha de Sentencia: 29/11/1985 Citas: TR LALEY AR/JUR/1644/1985 Publicado en: LA LEY 1986-A, 158.

(42) STJ Chubut, “Municipalidad de Puerto Madryn c/ Gobernador de la Provincia del Chubut y otro s/ Mandamiento de Ejecución” (Expte. N° 23573- M-2014), 29/6/2015.

(43) En Lloret, Rodrigo, “Alfonso Santiago: El Poder Judicial tiene hoy el mayor poder político y jurídico de toda la historia”, Diario Perfil, 21/5/2022, Disponible en: <https://www.perfil.com/noticias/agenda-academica/alfonso-santiago-el-poder-judicial-tiene-mucho-mas-poder-politico-y-juridico-que-el-que-tuvo-en-toda-la-historia.phtml> (fecha de consulta 20/4/2024).

# El rompecabezas de armar soluciones justas

por Cecilia I. Vallejos

Disponible en: <https://www.informacionlegal.com.ar/>

Publicado en: RDF 2024-III, 191

Cita online: TR LALEY AR/DOC/984/2024

[Consultado el: 29/11/2024]

## Sumario

I. El caso.— II. Primeras impresiones.— III. Retomando viejas cuestiones: la privación de la responsabilidad parental y la tutela.— IV. Aplicación analógica o juez legislador. Una tensión constante.

### I. El caso [\(1\)](#)

En septiembre de 2023 el Juez de Primera Instancia del Juzgado de Familia N° 2 de la ciudad de Río Gallegos, resuelve el otorgamiento de la tutela de una niña a su tía materna, la privación de responsabilidad parental de la progenitora de aquella y el derecho a que la adulta pueda usufructuar de las licencias previstas en el convenio colectivo de trabajo para los casos de otorgamiento de guardas con fines de adopción. Para así decidir realizó un desarrollo de la problemática familiar desde las distintas pretensiones de la tía materna.

En primer lugar, analiza el pedido de la tía de asumir la tutela de su sobrina en base al grave problema que ha atravesado su hermana D. N. F. en el despliegue de su rol parental al presentar esta una grave adicción que la ha colocado históricamente en situaciones de peligro. Del relato que hace el juez se desprende que a raíz de esta problemática D. N. F. no ha podido asumir el cuidado y crianza de ninguno de sus hijos, uno bajo el cuidado de su progenitor, otra bajo

la guarda de una hermana y la más pequeña en guarda de su tía (quien inicia dicho proceso) iniciando la convivencia de la niña con la actora a raíz de la implementación de una medida excepcional que luego se transformó en una guarda. Señala que la niña nace el 25 de marzo de 2022, y que al realizarle los estudios de rutina surge que era positivo de cocaína en orina y que presentaba algunos problemas de salud, en consecuencia, se le da intervención al Organismo de Infancia Municipal. Desde ese momento, se implementa una medida tendiente a que la niña permanezca bajo el cuidado de su tía, cuya resolución es consentida por la progenitora.

El 02 de mayo de 2022, con solo algunos meses de vida de la pequeña, su progenitora informa a su familia que había tenido una recaída, señalando que ese es el último día en el que se tuvo contacto e información de D. N. F., quedando la niña bajo el exclusivo cuidado de su tía.

En base a estas circunstancias acreditadas en el expediente, el juez inicia su análisis con asiento en la evaluación psicológica y vincular que da cuenta que "la progenitora de O. no tiene contacto con la niña. La entrevista refiere que D. es una persona inestable, con graves problemas de adicción, una figura totalmente ausente en la vida de O. De la presente intervención se puede apreciar que O. está integrada al grupo familiar conviviente, totalmente contenida. De la entrevista mantenida y de lo observado no se observarían indicadores de relevancia que constituyan una observación desfavorable para acceder al trámite de autos". Recordando que la figura de la tutela prescripta en el art. 104 del Cód. Civ. y Com. está destinada a brindar protección a la persona y a los bienes de un niño, niña o adolescente cuando no haya persona que ejerza la responsabilidad parental. Debiendo el juez por aplicación del art. 107 del Código antes citado, designar a quien se considere más idóneo para dicho cargo, surgiendo que la tía cumple con dichas exigencias.

Renglones seguidos hace una referencia en cuanto a que la tutela no extingue la responsabilidad parental como si lo hace el art. 699 inc. e) del Cód. Civ. y Com., afirmando que "como la tutela

sustituye a la responsabilidad parental (art. 104, primer párrafo del Cód. Civ. y Com.) resulta necesario expedirse al respecto", para analizar la procedencia de la privación de la responsabilidad parental solicitada. La enmarca dentro de la causal prevista en el art. 700 inc. b) Cód. Civ. y Com., que es la causal de abandono del hijo, entendiendo que se da dicho supuesto cuando el progenitor deja al hijo/a "en total estado de desprotección aun cuando quede bajo el cuidado del otro progenitor, o a la guarda de un tercero", afirmando que la progenitora ha concurrido en dicho supuesto por no haber "podido afrontar una modificación de sus patrones como consumidora de sustancias".

Finalmente entra a analizar la petición de otorgamiento de la licencia prevista en los arts. 50 y 51 del Convenio Colectivo de Trabajo para el personal de la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) para los casos de otorgamiento de guarda con fines de adopción, planteando su inconstitucionalidad e inconveniencia. Para resolverla se basa en los principios *pro homine*, de progresividad, interés superior de la niña, advirtiendo que de no hacerse lugar a la petición habría un caso de discriminación inversa al referir que, si la pequeña hubiera sido dada en adopción la familia sería beneficiaria de la licencia, pero al ser una tutela no prevista en el Convenio Colectivo no puede acceder a aquella. Concluyendo que la norma en crisis no es prohibitiva, sino que "solo se limitan a regular un tipo de licencia para el caso de la guarda con fines de adopción", echando mano a la analogía mediante la interpretación conforme los arts. 1° y 2° del Cód. Civ. y Com., por entender que el otorgamiento de la tutela se equipara a la guarda con fines de adopción.

## II. Primeras impresiones

El presente es un caso que presenta múltiples aristas en las que el juez en una sentencia buscó encontrar soluciones que compatibilicen entre el interés superior de la niña y la protección de la familia ante un escenario tan complejo como es el del abordaje de maternidades en situación de vulnerabilidad ante los consumos problemáticos de sustancias. Es por ello, que antes de analizar los

aspectos centrales de la decisión judicial, parece atinado dar centralidad a la situación de esta madre atravesada por una problemática tan grave que, como se señala en la sentencia, hasta el día de la fecha de su dictado se desconoce su paradero.

Hay un pasaje muy descriptivo, y es el que refiere que la progenitora de la niña "había tenido una recaída y que había consumido, que iría al centro de salud mental para una desintoxicación" y que "en ningún momento se acercó para ver a O. (la niña)"; en esta descripción de dicha escena se reconocen a dos personas vulnerables: una mujer atravesada por el consumo de drogas que refiere querer "rehabilitarse" y una pequeña niña que no cuenta con un vínculo afectivo con su progenitora pero sí con su familia extensa. Pero lo central, es que es en esta "omisión" provocada por la progenitora que se realizará una "exposición policial". En esos pocos renglones se condensa una clara muestra sobre la disímil valoración que se hace sobre las mujeres y nada se dice sobre la ausencia de filiación paterna, este "detalle" solo se comenta al pasar, como una anécdota, como si esa ausencia no fuera igual de grave que la conducta materna.

Sin temor a retomar viejos debates, es necesario recordar en cuanto al impacto del consumo de sustancias psicoactivas, que este es distinto en relación con el género, no solo desde un aspecto médico sino también en torno a los costos sociales de dicha conducta (2). Sin embargo, el diseño de políticas públicas destinadas para atender dichas problemáticas no suelen reflejarlo, o no llegan a ser lo suficientemente eficaces.

En este sentido, es necesario reflatar esta problemática, visibilizar que la asignación de roles estereotipados vinculados al rol de madre y cuidadora, impactan en la disímil manera de enfrentar el problema; está tan arraigada la asignación de las tareas de cuidado en cabeza de las mujeres, que impide que sean vistas como personas que también necesitan de ese cuidado de parte de la familia y, en forma subsidiaria, del Estado. Un ejemplo de esto son los datos brindados por el SEDRONAR en torno a los llamados de la línea 141 (3) del

último trimestre de 2019, en el que se señala que, de 3.986 llamados, el 67% fue realizado por mujeres de los cuales solo el 5% (220 consultas) fueron para recibir ayuda directa, en otras palabras, el 95% de los llamados efectuados por mujeres fueron para recibir orientación o ayuda para un familiar, cónyuge, conviviente, amigo o conocido (4).

La mujer al consumir algún tipo de sustancias irrumpe con el ideario creado alrededor de ella, en especial cuando es madre; en el que queda invisibilizada, relegada a un lugar de constante juicio, lo que provoca que ésta en muchas ocasiones se aisle o como en el caso, "desaparezca". Se ha convertido en un "fantasma", en un no-sujeto, al que solo hay valoraciones de reproche, sin posibilidad de reconocerla también como un ser que debe ser visto y valorado, no solo como madre sino como mujer. Las mujeres son doblemente estigmatizadas: por romper con el estereotipo impuesto de la feminidad y por el consumo de drogas.

Resulta relevante mencionar las conclusiones elaboradas en un trabajo de investigación sobre el consumo de sustancias psicoactivas en mujeres embarazadas y puérperas en el que se advierte que "los estudios sobre consumos de sustancias psicoactivas en mujeres embarazadas y/o madres solo retoman esta dimensión invisibilizada, y hacen foco en las hijas y los hijos de esas mujeres, asumiendo que si una usuaria de sustancias psicoactivas antepone su propio placer no puede hacerse responsable de otra persona" concluyendo que "ser mujer, madre y usuaria de sustancias supone múltiples posiciones de subordinación social a partir de las cuales las barreras culturales o simbólicas se agravan" (5).

Es por ello que si bien resulta de suma gravedad el consumo durante el embarazo, no es menos cierto que toda la atención médica en estos casos se centra sobre la salud del bebé por lo que "se observa que las intervenciones ponen el eje en el consumo como problema central, más específicamente en los efectos negativos sobre la salud del recién nacido, planteando la abstinencia como estrategia principal que depende solo de la voluntad de la mujer" (6) sin valorar otros

factores que colocan o aumentan la vulnerabilidad de aquella, sin establecer canales de escucha y posibilidades en la toma de decisiones, desplegándose así "sobre las usuarias embarazadas un dispositivo de disciplinamiento coercitivo, una abstinencia impuesta para proteger el embarazo, donde la capacidad de la mujer para tomar decisiones libres sobre su propio cuerpo (respecto al embarazo y al consumo) se ve bruscamente reducida" (7).

En esto de hacer justicia, no podía solamente analizar los puntos de la sentencia sin detenerme en poner en resalto la problemática ligada a las madres y el consumo de sustancias psicoactivas, y el impacto que esto tiene en las posibilidades de despliegue de su rol materno. La necesidad de repensar las formas de abordaje desde una mirada interseccional es urgente, en el que las mujeres no pierdan sus posibilidades de decisión y tampoco sean el foco de juicios de valor por el solo hecho de no cumplir con las expectativas idealizadas de lo que sería ser una "buena madre" (8).

### **III. Retomando viejas cuestiones: la privación de la responsabilidad parental y la tutela**

Una cuestión que surge de la sentencia es la que vincula a la tutela con la extinción o la privación de la responsabilidad parental. En este punto resulta oportuno retomar y recordar determinados elementos que caracterizan a cada instituto.

En primer lugar, se debe recordar que la responsabilidad parental conforme se ha previsto en el Cód. Civ. y Com. en el art. 638, comprende un "conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado", siendo figuras derivadas de aquella la titularidad y ejercicio, el cuidado personal del hijo y la guarda otorgada por el juez a un tercero. En consecuencia, se debe diferenciar la titularidad, que se refiere al conjunto de derechos-deberes que están en cabeza de los progenitores, una faz estática; con el ejercicio, que importa una faz

dinámica de estos, pues implica la actuación en protección del hijo menor de edad.

Aclarado este primer tema, hay que pasar a analizar los institutos de extinción y privación. La titularidad de la responsabilidad parental se extingue por lo supuestos previstos en el art. 699 del Cód. Civ. y Com. (9), los cuales operan por circunstancias en las que la conducta de los progenitores no está en cuestión, una vez acaecido alguno de estos supuestos la extinción opera de pleno derecho y la enumeración de estas circunstancias es taxativa.

Mientras que la privación de la responsabilidad parental (10) está pensada como un mecanismo de resguardo del interés superior del hijo/a ante conductas u omisiones de parte de los progenitores de carácter grave que colocan en desprotección o riesgo a aquellos. Es pensada desde el lugar de los progenitores como una sanción que debe ser declarada judicialmente, y desde la mirada puesta en el hijo, como una verdadera medida de protección. Por dicha razón es que, justamente las causales deben ser graves, de envergadura, y además debe haber una conducta deliberada para evadir los deberes parentales. Asimismo, mientras la extinción es permanente, la privación es provisoria, dado que el Cód. Civ. y Com. ha incorporado la figura de la rehabilitación que puede ser declarada por "el juez si los progenitores, o uno de ellos, demuestra que la restitución se justifica en beneficio e interés del hijo" (art. 701).

La privación de la responsabilidad parental por abandono (figura empleada por el juez de la causa) prevista en el art. 700 inc. b) Cód. Civ. y Com., ha sido entendida en parte por la jurisprudencia como una renuncia al ejercicio de los deberes de los progenitores (11), entendido como la "abdicación total, voluntaria e injustificada de los deberes" debiendo concurrir el elemento intencional: la voluntad de la conducta adoptada. Pero sumado a ello, se le debe agregar la necesidad de adoptar una decisión en tiempo oportuno, por lo que "adoptar una decisión en un tiempo razonable implica —entre otras cosas— relativizar la concepción de la privación de la responsabilidad parental como sanción a los progenitores, y en cambio valorar otros

factores que van más allá de la conducta de estos" (12), como es la necesidad de establecer un sistema de cuidados estable e idóneo para la niña que implica justamente el ser pensado como un verdadero proceso de protección para ella.

En este punto no ha de perderse de vista que tanto los institutos vinculados al ejercicio, extinción y privación de la responsabilidad parental como la tutela se rigen por los principios contenidos en el art. 639 del Cód. Civ. y Com. que en su inc. a) expresamente menciona al interés superior del niño, que puede ser definido conforme lo dice el art. 3º de la Convención sobre los Derechos del Niño y el art. 3º de la ley 26.061 como "la máxima satisfacción, integral y simultánea" de sus derechos sellando una pauta para el análisis de un caso que es que "cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros". En esta prevalencia de los derechos del niño es que el análisis de las pruebas está marcado por una manda, en la que este principio es tomado como una norma de procedimiento (13) en la que está en cabeza de quien debe decidir el de estimar las consecuencias de adoptar una u otra decisión, en este caso si es procedente la privación o no de la responsabilidad parental y el otorgamiento de la tutela solicitada.

Habiendo delineado las diferencias entre extinción y privación, se debe avanzar hacia otro punto de crisis de la resolución en cuestión: ¿es un requisito para el otorgamiento de la tutela proceder previamente a la privación de la responsabilidad parental?

Si bien existe una fuerte conexión entre privación de la responsabilidad parental, adopción y tutela; esta se da porque suele suceder que las plataformas fácticas son similares: el estado de desprotección y riesgo del hijo/a menor de edad. Sin embargo, y a pesar de dicha coincidencia, el legislador no ha establecido que fuera un paso previo necesario para el otorgamiento de la tutela.

Para avanzar se hace necesario recordar el régimen jurídico de la tutela previsto en el Cód. Civ. y Com. El Código ha regulado la tutela dentro del capítulo referido a "representación y asistencia" y no en el libro de las relaciones de familia, por lo que sigue teniendo una fuerte impronta heredada del Cód. Civil derogado. Ahora bien, el art. 104 del Cód. Civ. y Com. dice que "la tutela está destinada a brindar protección a la persona y bienes de un niño, niña o adolescente que no ha alcanzado la plenitud de su capacidad civil cuando no haya persona que ejerza la responsabilidad parental" debiendo el juez otorgarla a la persona que sea más idónea para proteger al niño o niña en cuestión (art. 107 Cód. Civ. y Com.).

A los efectos de evaluar dicha idoneidad, el juez del caso bajo análisis evaluó la incorporación de la pequeña al grupo familiar de su tía, dándose preeminencia así a un mandato constitucional y convencional que es el de asegurarle a todo NNA el derecho a la vida familiar. Y, es a través de una mirada con perspectiva de derechos humanos y niñez con la que se ha de interpretar y aplicar este instituto, porque, como bien lo define el legislador estamos ante una imposibilidad probada de la progenitora de asumir su rol parental.

En consonancia con lo dicho anteriormente el último párrafo del art. 104 prevé que, si ya se han designado previamente a guardadores o se ha delegado la responsabilidad parental, salvo situaciones de imposibilidad, el juez deberá designarlos como tutores a efectos de resguardar la dinámica familiar del niño, reforzando la idea de permanencia y continuidad de las situaciones de hecho y el principio de realidad que imprime toda la legislación en materia de familia.

Como bien se dijo antes, hay que analizar el caso en concreto, para el otorgamiento de la tutela no se exige *prima facie* la privación de la responsabilidad parental; pero, si se inicia un proceso de privación, si será una consecuencia natural de esta el inicio de un proceso de tutela o de adopción (14). Esta forma de pensar la dinámica de estos institutos se presenta adecuada, en especial porque la tutela no necesariamente se habilitará ante conductas reprochables de los

progenitores, sino que basta con la imposibilidad de asumir su responsabilidad. Mientras que, en el caso de la privación, se pone el foco en la comprobación de alguna de las causales que importan ser conductas que de forma voluntaria e injustificada afectan a los derechos e intereses de sus hijos/a menores de edad.

Allí es donde reside la prudencia del juez al momento de decidir, y las consecuencias jurídicas de la adopción de una u otra decisión. La conducta de la progenitora de la niña, el desentenderse de sus responsabilidades, su ausencia prolongada y la imposibilidad de ubicarla; vale preguntarse entonces: ¿se debe a un abandono voluntario?, ¿cómo ha de evaluarse su alta vulnerabilidad como mujer con un grave problema de consumo de drogas?

Es cierto que, en la práctica argumentativa para lograr una solución, por manda constitucional y por aplicación del *corpus iuris* vigente sobre niñez el interés de la niña ha de prevalecer por sobre el de otro sujeto igualmente vulnerable: su madre. De todas maneras, aunque la tutela es la figura que mejor resguarda sus derechos, en especial ante el abandono observado por su madre; vale preguntarse si era necesaria la privación. Es cierto que al evaluar la causal de abandono el juez debe ser especialmente cuidadoso en especial "frente a situaciones donde los progenitores no cuentan con una estructura que les permita desempeñar roles parentales, a causa de distintas situaciones (alteraciones en la salud mental, contextos de alta vulnerabilidad socioeconómica, víctimas de violencias, etc.), quienes no son *per se* progenitores abandonónicos, sino que carecen de herramientas suficientes para ejercer este rol de manera adecuada" (15). Pero también es cierto, que en escenarios como el planteado, la mejor solución que se figura posible es la adoptada por el juez, con independencia de la valoración que podría hacerse de si hubo o no un verdadero abordaje en torno a la precaria situación de la progenitora; pero que, en lo urgente, en lo esencial, en lo importante, hay una niña que está creciendo con su familia ampliada, familia que hasta el momento le ha asegurada su derecho a la niñez.

#### **IV. Aplicación analógica o juez legislador. Una tensión constante**

El último punto de interés de la sentencia es el referido a la solicitud de declaración de inconstitucionalidad de los arts. 51 y 52 del Convenio Colectivo de Trabajo 15/91 para el personal que cumple funciones en la AFIP. El texto del art. 51 establece la concesión de una licencia especial por el otorgamiento de una guarda con fines de adopción "a partir del día hábil siguiente al de haberse dispuesto la misma". Si bien se comparte con los argumentos utilizados con el sentenciante (principio de progresividad, perspectiva de género) lo cierto es que vale preguntarse si en el caso es equiparable a la tutela con el otorgamiento de la guarda con fines de adopción para poder acceder a la licencia especial.

En este sentido hay que tener en cuenta las especiales características del caso, en el que como bien señala el juez de la causa "la Sra. K. F. ha oficiado de cuidadora de O. con tres estadios jurídicos distintos", es decir la niña ya se encuentra conviviendo con la adulta y todo su grupo familiar, al punto tal que en el informe social reseñado se desprende que "que O. está integrada al grupo familiar conviviente, totalmente contenida".

Habiendo reseñado este aspecto central, hay que entrar a analizar el fin de la guarda con fines de adopción regulada en los arts. 612 y 613 del Cód. Civ. y Com. Como bien se ha dicho reiteradamente, la instancia de la guarda con fines de adopción no es precisamente un proceso, sino un momento, un período de tiempo "cuya finalidad es evaluar el vínculo afectivo y la relación que se genere" entre los pretendientes adoptantes y el NNoA caracterizado por "la intención clara de que se efectivice el proceso de incorporación adecuada de esa/e NNA por parte del/e la o los/as guardador/a/es y que, al finalizar esta etapa, la/el NNA advenga sujeto de familia" (16).

Habiendo conceptualizado la finalidad de la guarda con fines de adopción, a diferencia de otros supuestos, en este no se da una similitud entre el objetivo perseguido por aquella con la situación del

caso. La niña ya ha sido incorporada al grupo familiar, este incluso ya ha sido evaluado por el órgano judicial para determinar su idoneidad, por lo que cabe preguntar si son correctos los argumentos empleados por el juzgador.

El art. 1° del Cód. Civ. y Com. al enumerar las fuentes y su aplicación, hace una clara alusión a que "se tendrá en cuenta la finalidad de la norma" ampliando en cuanto a la interpretación en el art. 2° al mencionar que "la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento". Ambos artículos son una herramienta de suma importancia para la búsqueda de soluciones, dado que cada caso tiene sus particularidades y exigen siempre una respuesta a medida.

Pero también es necesario problematizar sobre los límites que debe respetar el juzgador, y uno de ellos es que no puede excederse de la órbita de sus competencias. En este sentido la Corte Suprema de Justicia de la Nación recuerda que "no incumbe a los jueces en el ejercicio regular de sus atribuciones, sustituirse a los otros poderes del Estado en las funciones que le son propias, sobre todo cuando la misión más delicada de la justicia es la de saberse mantener dentro de la órbita de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que les corresponden a los otros poderes" (17). Dicho esto, no se acuerda en la aplicación ni con el razonamiento esbozado por el sentenciante, dado que no se verifica como dice el juzgado una "discriminación comparativa" porque no hay identidad en las situaciones de hecho (la niña ya está incorporada en el grupo familiar desde su temprana edad mientras que el NNA en guarda con fines de adopción no conoce de antemano a sus guardadores), por lo que la aplicación analógica empleada no es correcta.

No lo es, en primer lugar, porque la plataforma fáctica no es coincidente con aquella prevista en la figura regulada en el art. 612 del Cód. Civ. y Com. Asimismo, se ha de recordar que la operación que implica la interpretación analógica importa un ejercicio de inducción

mediante el cual se crea una norma para un caso no reglado, trasladando la regla a un caso similar.

Si bien todo el proceso de familia se ha estructurado bajo una clara influencia del llamado activismo judicial, este de todas maneras no desvirtúa las funciones de los poderes judiciales, quienes deben contar con las herramientas de interpretación y argumentación necesarias para encontrar (si es que así ocurre) la aplicación del derecho a la controversia planteada, pero que de ninguna manera importa que el juzgador se convierta en legislador. En este punto es bueno recordar que "el juez, sin embargo, no se transforma en legislador al interpretar creativamente, 'descubriendo' el derecho, porque nunca le está permitido establecer *ex novo* la norma. Podrá inteligirla, esclarecerla, aun integrarla o enriquecerla y hasta transformarla, pero nunca estatuir *per se* porque ello es misión indelegable de la ley" (18) en especial porque como lo ha dicho la Corte "los jueces no deben sustituir al legislador sino aplicar la norma tal como este la concibió, interpretando las leyes conforme al sentido propio de las palabras que emplean, el contexto general de ellas y los fines que la informan" (19).

El activismo judicial encuentra, en consecuencia, sus propios límites para no lesionar la seguridad jurídica; para ello la discrecionalidad del juez ha de ser legitimada mediante un razonamiento plasmado en su sentencia, por lo que una buena práctica para dotar de dicha legitimidad es la de echar manos a las fuentes de interpretación, a saber: las reglas establecidas en leyes análogas, a los principios generales del derecho (enriquecidos estos con la incorporación de los Tratados de DD. HH. en el art. 75 inc. 22) de la CN), la letra y la finalidad perseguida por la ley; de manera tal que no se convierta en un simple voluntarismo judicial. En este sentido es que se debe dar primacía al valor de la argumentación para la construcción de una decisión legítima "creativa de derecho".

En el caso planteado, la utilización de la analogía es claramente errónea, lo que puede afectar a la legitimidad de la decisión. Por lo que se debe recordar que, a mayor activismo, mayor

argumentación de la decisión. La justicia de una sentencia de tipo aditiva como las clasifica Gozáni, dependerá en la racionalidad de la argumentación a la luz de los preceptos constitucionales y convencionales, pues se vinculan a las omisiones de ley "que por su gravedad omisiva devienen en inconstitucionalidad por inacción" (20).

Si bien la analogía no es aplicable, no es menos cierto que los fines perseguidos en la decisión adoptada no son contrarios al ordenamiento jurídico aplicable, en donde el magistrado tiene una amplia variedad de herramientas para encontrar soluciones justas al caso concreto.

No debe existir una contraposición entre aplicación del derecho y seguridad jurídica, porque cuando el juez decide sin una norma específica, pero sí con toda una serie de principios receptados ampliamente por la jurisprudencia y la doctrina, esa sentencia tendrá efecto de cosa juzgada entre las partes; se habrá convertido en una sentencia razonablemente fundada a partir de parámetros objetivos de valoración (principios y reglas).

El juez, en un país con control difuso de constitucionalidad, es juez constitucional en los términos que con la claridad que siempre lo ha caracterizado al maestro Sagües al decir que "el magistrado va a decidir la litis 'sin' ley, o más todavía, superando el silencio del legislador, haciendo prevalecer a la Constitución por sobre la renuencia de ese legislador en dictar la norma reglamentaria" (21) sin caer en lo que el autor alerta sobre el facilismo, la manipulación ideológica, el hiperactivismo y el dogmatismo.

En definitiva, los casos de familia siempre son casos que interpelan, que ponen en juego la interrelación de múltiples derechos fundamentales y que asimismo exigen respuestas adecuadas en tiempo oportuno. El juez de familia no es un simple aplicador de normas; es un juez constitucional, que no busca el mantenimiento del *statu quo*, sino que, desde una mirada dinámica del derecho, intenta alcanzar soluciones justas. Desafíos muchos, pero el límite, el reconocerse

como juez de un estado democrático, que no le ha dado facultades de legislador sino las facultades para impartir justicia.

(A) Abogada UNPSJB. Lic. Cs. Políticas UNPSJB. Especialista en Derecho Procesal Civil UBA. Maestranda en Género y Políticas Públicas FLACSO PRIGEPP. Maestranda LLM - DC UA. Diplomada en Derecho Constitucional Profundizado UA. Diplomada en Derecho Procesal Constitucional UA. Abogada adjunta de la Asesoría de Familia de la ciudad de Esquel. Docente por concurso en la cátedra de Derechos Reales y adjunta interina de la cátedra Derecho de Familia de la Facultad de Cs. Jurídicas UNPSJB.

(1) Juzgado de 1ª Instancia de Familia N° 2, Río Gallegos, "F. O. s/ tutela", 298/09/2023.

(2) "En el plano estructural, los obstáculos más importantes son la falta de servicios de guardería y las actitudes punitivas hacia las madres y las embarazadas drogodependientes, que causan en ellas el temor a perder el derecho de cuidar de sus hijos y las disuade de buscar tratamiento con prontitud. A menudo, las mujeres no tienen dinero para pagar medios de transporte, los costos de las guarderías o el tratamiento. Los centros en que éste se administra pueden quedar lejos de donde viven e imponer requisitos de ingreso y planes rígidos", ONU, Oficina contra la droga y el delito, "Tratamiento de abuso de sustancias y atención para la mujer: Estudios monográficos y experiencia adquirida", Nueva York, 2005.

(3) De Servicio de Orientación y Contención de la Secretaría de Políticas Integrales sobre Drogas en la Nación Argentina (SEDRONAR).

(4) "Consumo invisibilizado: las mujeres piden más ayuda para otros que para sí mismas", <https://www.argentina.gob.ar/noticias/consumo-invisibilizado-las-mujeres-piden-mas-ayuda-para-otros-que-para-si-mismas>.

(5) DIEZ, M., PAWLOWICZ, M. P. y otras, "Entre la invisibilidad y el estigma: consumo de sustancias psicoactivas en mujeres embarazadas y puérperas de tres hospitales generales de Argentina", *Salud Colectiva*, 2020, p. 16, en <https://doi.org/10.18294/sc.2020.2509>.

(6) DOUBIK, E., "Maternidad y consumo problemático de sustancias: abordajes en un Hospital General de agudos", *Escenarios, Revista de Trabajo Social y Ciencias Sociales*, 36, 2022, p. 4, <http://portal.amelica.org/ameli/journal/184/1843989041/>.

(7) SETIEN, L.; y PARGA, J., "Disciplinamientos y estrategias biopolíticas de control de los cuerpos de mujeres usuarias de sustancias psicoactivas", en AA.VV., *Horizontes en intervenciones sociales*, 2018, p. 84, <https://www.tescopress.com/horizontes>.

(8) PALOMAR, C., "Malas madres: la construcción social de la maternidad", *Debate Feminista*, 2004, p. 30, [https://www.researchgate.net/publication/340046893\\_Malas\\_madres\\_la\\_construccion\\_social\\_de\\_la\\_maternidad/fulltext/63dd699bc97bd76a8261df01/Malas-madres-la-construccion-social-de-la-maternidad.pdf?tp=eyJjb250ZXh0Ijp7ImZpcnN0UGFnZSI6InB1YmxpY2F0aW9uIiwicGFnZSI6InB1YmxpY2F0aW9uIn19](https://www.researchgate.net/publication/340046893_Malas_madres_la_construccion_social_de_la_maternidad/fulltext/63dd699bc97bd76a8261df01/Malas-madres-la-construccion-social-de-la-maternidad.pdf?tp=eyJjb250ZXh0Ijp7ImZpcnN0UGFnZSI6InB1YmxpY2F0aW9uIiwicGFnZSI6InB1YmxpY2F0aW9uIn19).

(9) "La titularidad de la responsabilidad parental se extingue por: a) muerte del progenitor o del hijo; b) profesión del progenitor en instituto monástico; c) alcanzar el hijo la mayoría de edad; d) emancipación, excepto lo dispuesto en el art. 644; e) adopción del hijo por un tercero, sin perjuicio de la posibilidad de que se le restituya en caso de revocación y nulidad de la adopción; la extinción no se produce cuando se adopta el hijo del cónyuge o del conviviente".

(10) Art. 700 Cód. Civ. y Com.: Cualquiera de los progenitores queda privado de la responsabilidad parental por: a) ser condenado como autor, coautor, instigador o cómplice de un delito doloso contra la persona o los bienes del hijo de que se trata; b) abandono del hijo, dejándolo en un total estado de desprotección, aun cuando quede bajo

el cuidado del otro progenitor o la guarda de un tercero; c) poner en peligro la seguridad, la salud física o psíquica del hijo; d) haberse declarado el estado de adoptabilidad del hijo. (...). Y el art. 700 bis: Cualquiera de los progenitores queda privado de la responsabilidad parental por: a) Ser condenado como autor, coautor, instigador o cómplice del delito de homicidio agravado por el vínculo o mediando violencia de género conforme lo previsto en el art. 80, incs. 1 y 11 del Cód. Penal de la Nación, en contra del otro progenitor; b) Ser condenado como autor, coautor, instigador o cómplice del delito de lesiones previstas en el art. 91 del Cód. Penal, contra el otro progenitor, o contra el hijo o hija de que se trata; c) Ser condenado como autor, coautor, instigador o cómplice del delito contra la integridad sexual previsto en el art. 119 del Cód. Penal de la Nación, cometido contra el hijo o hija de que se trata. La privación operará también cuando los delitos descriptos se configuren en grado de tentativa, si correspondiere. La condena penal firme produce de pleno derecho la privación de la responsabilidad parental (...).

[\(11\)](#) C1ªCiv. y Com. San Nicolás, "O. de R., M. D. c. V., G. A.", LLBA 2001, 843.

[\(12\)](#) OLMO, J. P., "La privación de la responsabilidad parental como medida de protección de los niños y adolescentes. Su proyección sobre la causal de abandono (307, inc. 2, CCiv.)", LLBA 2009 (agosto), 731, TR LALEY AR/DOC/2622/2009.

[\(13\)](#) Comité de los Derechos del Niño, "Observación General Nro. 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (art. 3, párr. 1)", 2013.

[\(14\)](#) Art. 703 Cód. Civ. y Com.: "Casos de privación o suspensión de ejercicio. Si uno de los progenitores es privado de la responsabilidad parental o suspendido en su ejercicio, el otro continúa ejerciéndola. En su defecto, se procede a iniciar los procesos correspondientes para la tutela o adopción, según la situación planteada, y siempre en beneficio e interés del niño o adolescente".

[\(15\)](#) LORENZETTI, R.; HERRERA, M., "Código Civil y Comercial explicado: Doctrina-jurisprudencia. Derecho de Familia: tomo II", Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2019, p. 387.

[\(16\)](#) OTERO, M., VIDETTA, C., "Adopciones. Un modelo psicojurídico para los procesos adoptivos. Análisis, acciones y propuestas concretas de abordajes", Noveduc, Buenos Aires, p. 333.

[\(17\)](#) Fallos 310:112, Fallos 310:2709, Fallos 313:228; entre otros.

[\(18\)](#) BERIZONCE, R., "El activismo de los jueces", LA LEY, 1990-E, 920, TR LALEY AR/DOC/14921/2001.

[\(19\)](#) Fallos 285:322.

[\(20\)](#) GOZAÍNI, O., "Sentencias constitucionales: teoría y práctica", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2021, p. 237.

[\(21\)](#) SAGÜÉS, N., "Del juez legal al juez constitucional", Anuario Iberoamericano de justicia constitucional, nro. 4, 2002, p. 342.

---