



EL DERECHO

Diario de Doctrina y Jurisprudencia

Director: Alejandro Borda

Consejo de Redacción:
Gabriel Fernando Limodio
Pablo María Garat
Luis María Caterina
Martín J. Acevedo Miño
Daniel Alejandro Herrera
Nelson G. A. Cossari

Acceso a la justicia, la educación y la salud para personas con discapacidad en situación de pandemia^(*)(**)

por SANTIAGO TOMÁS GANZ^(***)

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. 1. CONSIDERACIONES A TENER EN CUENTA. 2. CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. 3. PANDEMIA Y MEDIDAS DE AISLAMIENTO SOCIAL, PREVENTIVO Y OBLIGATORIO. – II. VULNERABILIDAD EN LOS DERECHOS. 1. ACCESIBILIDAD. 2. VIDA INDEPENDIENTE. – III. JURISPRUDENCIA. 1. ACCESO A LA JUSTICIA. 2. IGUALDAD DE OPORTUNIDADES EN LA EDUCACIÓN. 3. DERECHO A LA SALUD. – IV. CONCLUSIONES. – BIBLIOGRAFÍA.

I. Introducción

1. Consideraciones a tener en cuenta

Para comenzar, es menester mencionar la definición de la persona con discapacidad (en adelante, PCD). Esta de-

finición es desarrollada por la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, CDPCD), donde se especifica que “*Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás*” (Art. 1º, párr. 2º, CDPCD). Por lo tanto, se puede observar que existe una relación entre las deficiencias que pueda llegar a tener una persona y las restricciones que surgen de su entorno. Se desprende de este concepto que la discapacidad está ligada al entorno que rodea a la persona y proviene de su interacción.

Focalizarnos en la vulnerabilidad en que se encuentran las personas con discapacidad que es de vital importancia, ya que se ven limitadas en su participación, siendo la cau-

sante de esto las posibilidades o no que la sociedad genera, lo que veremos más adelante. Pero debemos resignificar y contextualizar esta participación de la PCD en un estado de crisis sanitaria que nos aqueja en la actualidad, causado por la pandemia de público conocimiento. Analizaremos jurisprudencia vinculante, que expone diversas lesiones de medidas tomadas por el Estado y las instituciones de la salud. El objeto de este artículo es dimensionar lo que sucede en la realidad de una situación de pandemia, vinculado al acceso a la justicia, la educación y salud de las PCD.

2. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

Al inicio, debemos priorizar los principios rectores que rigen en la República Argentina a partir de la adopción de la CDPCD⁽¹⁾, que desde 2014 ha adquirido jerarquía constitucional mediante la Ley 27.044.

La CDPCD se destaca por procurar la protección integral e interdisciplinaria de las PCD. Reconoce sus derechos en igualdad de oportunidades en relación con las personas sin discapacidad, haciendo énfasis en evitar ser una mera declamación vacía sin sustento práctico, con obligaciones que deberán ser cumplidas por cada Estado Parte.

Esta Convención tiene como objetivo el resguardo de la autonomía de la voluntad de aquellas personas y la búsqueda de la implementación de “*buenas prácticas*”, para garantizar el acceso a determinados derechos que son inherentes a todo ciudadano. Además, hace énfasis en evitar el menoscabo de estos derechos, a causa de barreras creadas por la discriminación o la desigualdad.

La CDPCD se integra en el ordenamiento mundial, dando fuerza de ley a un nuevo paradigma con el que se transforma la concepción de la discapacidad, ya que anteriormente se la comprendía de una forma nociva para la persona a través del “*modelo rehabilitador*”⁽²⁾, que consideraba a la PCD con relación a su situación médica y posicionaba a la discapacidad como una enfermedad que debe ser curada. Incluso podremos mencionar que en la antigüedad se sostenía el “*modelo de prescindencia*”⁽³⁾, en el cual se recurría a prácticas eugenésicas, que respondían

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *El acceso a la justicia como derecho constitucional y los aportes del actual derecho procesal*, por AMALIA FERNÁNDEZ BALBIS, ED, 256-869; *Tutela judicial de los más vulnerables: una sentencia ejemplar*, por MARÍA LUZ RODRÍGUEZ TRAVERSA, ED, 259-505; *Acceso a la justicia de personas con discapacidad laboral víctimas de accidentes de trabajo*, por GUSTAVO FABIÁN LÓPEZ ARIZA, ED, 263-861; *Las reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad*, por GABRIEL A. MINKOWICS, EDLA, 9/2018-5; *El análisis de “la capacidad” en el Código Civil y Comercial. La restricción de la capacidad y la incapacidad absoluta desde una perspectiva jurisprudencial*, por JUAN FRANCISCO GONZÁLEZ FREIRE, ED, 280-676; *El derecho a la alimentación frente al Estado en situaciones de pobreza. Jurisprudencia de la CABA y una fundamentación desde la igualdad de oportunidades*, por OLIVER RUSSELL, ED, 282-886; *Acceso a la justicia de las personas con capacidad restringida*, por MARÍA ZÚÑIGA BASSET, ED, 282-950; *Recomendaciones de la OMS para cuidar y acompañar a las personas con discapacidad durante la pandemia del COVID-19*, por MARÍA BERNARDITA BERTI GARCÍA, ED, 288-1540; *Políticas públicas en discapacidad en tiempos de COVID-19*, por MARINA M. SORGI ROSENTHAL y LUCIANA EVANGELINA LÓPEZ, ED, 290; *Reflexiones constitucionales sobre el conflicto educativo Nación-Ciudad (Con motivo del fallo “Fundación Centro de Estudios en Políticas Públicas”)*, por JORGE ALEJANDRO AMAYA, ED, diario n° 15.061 del 28-4-21. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(*) Es un orgullo presentar los trabajos premiados en la convocatoria “Mi Primera Publicación” (edición 2020) que realiza la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina entre los estudiantes de 2do. a 5to. año. El Comité de evaluación compuesto por los profesores Alejandro Borda, director de EL DERECHO, Antonieta Goscilo y Luis María Bandieri, eligió los siguientes trabajos para ser publicados en EL Derecho:

1º lugar: Pilar Moreyra, *Derecho de los robots*.

2º lugar: Sofía Balbín, *Impacto de la pandemia en el Derecho de Familia: cuidados personales y régimen de comunicación*.

3º lugar: Santiago Tomás Ganz, *Acceso a la justicia, la educación y la salud para personas con discapacidad en situación de pandemia*.

Los criterios de evaluación de los trabajos fueron los siguientes: Redacción; Método y rigor del razonamiento; Originalidad y relevancia del trabajo; Bibliografía y fuentes. Como en anteriores ediciones, se garantizó el anonimato en la revisión de los trabajos.

Felicitemos a los alumnos ganadores y también a los otros trabajos que serán publicados en la Biblioteca Digital de la Universidad, a saber: Camila Colósimo, *Pacto de sindicación de acciones*.

Catalina M. Herbin, *La ruta de los Datos Personales y el Big data*.

Agustina Sofía Janka, *Tenencia de estupefacientes para uso personal: interpretación y seguimiento del fallo Arriola por parte de los tribunales inferiores*.

Florencia Verra, *Dignidad humana y derechos implícitos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos*.

JORGE NICOLÁS LAFFERRIERE

Director de Investigación Jurídica Aplicada

Facultad de Derecho

Pontificia Universidad Católica Argentina

(**) El presente artículo califica para el programa “Mi Primera Publicación” que dirige el Dr. Jorge Nicolás Lafferriere. Asimismo, es parte integrante del Programa IUS de Investigación Jurídica Aplicada que coordina el mencionado concretamente en el que refiere a “La Responsabilidad Civil en la Revolución Industrial 4.0 (Impacto sobre la normativa sobre responsabilidad civil del Código Civil y Comercial de la Nación en la Era Digital 4.0)” que comandan los Dres. Emiliano Carlos Lamanna Guinazú y Juan Darío Veltani junto a un grupo de destacados juristas que los acompañan.

(***) Estudiante de la Facultad de Derecho, Universidad Católica Argentina. Correo electrónico: ganzsantiago@gmail.com

(1) Sancionada: mayo 21 de 2008, a través de la Ley 26.378. Adquiriendo jerarquía constitucional, declarada en el art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional argentina en 2014.

(2) Palacios, A. y Bariffi, F. (2007). *Una aproximación a diferentes modelos de tratamiento de discapacidad, El modelo rehabilitador*. En Palacios, A. y Bariffi, F. *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos* (pp. 15-18). Madrid. Grupo editorial Cinca S. A.

(3) Palacios, A. y Bariffi, F. (2007). *Una aproximación a diferentes modelos de tratamiento de discapacidad, El modelo de prescindencia*. En Palacios, A. y Bariffi, F. *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos* (pp. 13-15). Madrid. Grupo editorial Cinca S. A.

CONTENIDO

DOCTRINA

Acceso a la justicia, la educación y la salud para personas con discapacidad en situación de pandemia, por Santiago Tomás Ganz 1

JURISPRUDENCIA

PROVINCIA DE SAN JUAN

Medidas Precautorias: Peligro en la demora: tipificación; tiempo acotado; interposición en forma previa a la demanda; plazo de iniciación; abreviación; prohibición de innovar; estado gestacional; intervención del Asesor de Menores; oportunidad; interrupción voluntaria del embarazo; cónyuge de la mujer gestante; presunción de paternidad; ley 27.610; convivencia armónica. **Matrimonio:** Proyecto en común: desavenencias; asuntos de trascendencia familiar; gestación; voluntad potestativa de una de las partes; improcedencia. **Costas:** Medidas cautelares: imposición (CApel. Civ., Com. y Minería San Juan, sala III, mayo 1-2021)..... 4

DOCUMENTOS Y COMENTARIOS

En torno a la sentencia que suspendió un aborto por pedido del padre, por Ludmila A. Viar y Juan Bautista Eleta 8

COLUMNA LEGISLATIVA 8

a los fines de preservar a las “personas ideales”, según el objetivo de la cultura en su momento.

Gracias a que comprendemos el concepto de discapacidad con una naturaleza evolutiva y en constante actualización, debido a los avances respecto a los Derechos Humanos y el desarrollo de las ciencias en materia de discapacidad, se ha llegado a englobarla con un nuevo cambio de paradigma, el “modelo social”, donde la sociedad en sí misma responde por la discapacidad del individuo. La CDPCD comprende este eje social, que hace a la sociedad responsable de la discriminación que causa la discapacidad⁽⁴⁾, por lo cual ella debe ser consciente y sensibilizarse por la inclusión de las PCD, al reconocerse su dignidad humana como personas y ciudadanos protagonistas de esta Nación. Es relevante la participación e inclusión plena y efectiva en la sociedad, pues enfatiza que la discapacidad resulta de las barreras originadas en el entorno que enfrentan las personas con deficiencias. Estas barreras son las que en muchos casos evitan su participación plena efectiva, generando desigualdad de condiciones con las demás. Se entiende que la discapacidad cubre no solo al individuo, sino a todos los espacios en los que se desarrolla cotidianamente.

Reconocer que los Estados adoptan las exigencias consensuadas a través de instituciones internacionales es identificar que existe una naturaleza vinculante superior a los sistemas jurídicos internos de cada nación. Estos participan como sujetos de una comunidad internacional, entrelazada mediante variables mecanismos supranacionales. Uno de estos son los tratados, que fomentan una alianza entre todos los Estados partícipes, para que, de una forma particular, incorporen en sus ordenamientos internos estas innovadoras concepciones. Los aceptantes de esta norma son responsables de su ejecución, como nos expone Barboza⁽⁵⁾, quien menciona la relevancia abarcada al momento de adquirir esos instrumentos del derecho internacional público, ya que adquieren un valor fundamental en nuestra jerarquía legal.

Por consiguiente, debemos recordar la intención que tiene la Convención y que consiste en “promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente” (art. 1º, párr. 1º, CDPCD). Ello nos será primordial a la hora de desarrollar y articular esta exposición, con el fin contemplar los principios generales proteccionistas de esta. Prevalece el respeto por la diferencia y la aceptación de las PCD, inmersas en la dignidad ontológica de dichas personas, vinculadas a la evolución de nuestra sociedad hacia una civilización guiada por la equidad en los derechos humanos inherentes al hombre.

3. Pandemia y medidas de aislamiento social, preventivo y obligatorio

Para entablar una relación entre lo expuesto y lo que analizaremos específicamente en este trabajo, es pertinente contextualizar el aspecto social, que contiene una relevante vinculación con los derechos de las PCD; ya que estos derechos se ven vulnerados en la cotidianeidad. Más aún, en parámetros extremos como el de una pandemia, se ve reflejada una lesión en sus garantías fundamentales.

Al surgimiento de los acontecimientos de público conocimiento, que fueron originados en el periodo final del año 2019, se decreta la “emergencia de salud pública de importancia internacional” (ESPII), por parte de la Organización Mundial de la Salud (OMS)⁽⁶⁾. Esta alarma se establece a causa de un virus denominado “COVID-19”⁽⁷⁾, el cual puso a todo el orbe en un estado de alerta definitiva, al ser proclamada con posterioridad una situa-

ción de “pandemia”⁽⁸⁾. Esto ocasionó diversas medidas preventivas o tratativas, como el supuesto del aislamiento obligatorio.

En el caso de Argentina, a partir del Decreto de Necesidad y Urgencia 279/2020 (DNU) publicado el 19 de marzo del 2020, se estipuló que entraría en vigencia al día siguiente un aislamiento social, preventivo y obligatorio, con la intención de evitar la propagación de dicho virus, al restringir la movilidad de las personas y su contacto estrecho, con el fin de preservar la salud pública.

Como podremos ver, estas medidas pueden llegar a ser muy perjudiciales en la vida diaria de las PCD, si no se arbitran los apoyos suficientes para poder cubrir sus necesidades básicas. Ello se suma a las consecuencias socioeconómicas, que han rodeado esta situación, tales como la falta de trabajo, problemas en la comercialización, el transporte, entre otros, que llevarán a dejar a las personas con y sin discapacidad en una situación hasta, a veces, marginal.

II. Vulnerabilidad en los derechos

1. Accesibilidad

Una de las garantías fundamentales de todo ciudadano, promovida por la CDPCD, es la “accesibilidad”, que implica una serie de estrategias desplegadas dentro de la sociedad, a fin de lograr una plena autonomía de la PCD. Debemos tener en cuenta que dicho concepto contiene un significado más extenso que un simple bien o servicio, por lo que si no lo encasillaríamos en un aspecto meramente material. Este es un concepto complejo e interdisciplinario, porque “la accesibilidad entendida en estos términos comienza a exigir un análisis de la compleja trama compuesta por actores, instituciones y sus interacciones, ya que es partir de estas consideraciones donde se estructuran, configuran y definen los componentes causales que han de generar o no dificultades en la accesibilidad, principalmente, de las personas con discapacidad, en su relación con el entorno institucional”⁽⁹⁾. La accesibilidad se ve perjudicada, en razón de la ausencia de mecanismos suficientes para que la PCD se desenvuelva en las áreas que desea relacionarse. El carácter de dicho acceso está compuesto por la relación de la persona y la sociedad que lo abarca, a través de las instituciones representativas de esta última.

Se expone en determinados documentos de la Asamblea General de Naciones Unidas (ONU) que “la accesibilidad es una prioridad en la promoción de la igualdad de oportunidades para personas con discapacidad. Ya que la experiencia parece indicar que centrar la atención en la cuestión de la accesibilidad resulta un planteamiento eficaz, para invertir la exclusión y aumentar la igualdad de oportunidades de un modo sostenible y positivo”⁽¹⁰⁾. Esto demuestra que es elemental la accesibilidad a determinados derechos por parte de las PCD, con el fin de lograr una verdadera inclusión.

2. Vida independiente

La vida independiente, según Maraña, “es un paradigma, un modelo desde el que la persona con discapacidad ejerce su plena capacidad de elección como ser humano y ciudadano en plenitud de condiciones, la libertad, de modo individual, controlando todos y cada uno de los aspectos de su vida, para acceder al mismo rango de igualdad de derechos y deberes que sus conciudadanos sin discapacidad”⁽¹¹⁾. Asimismo, parte de los principios generales estipulados de la Convención, específicamente, garantizan “el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas” (art. 3º, CDPCD). Este principio rector tiene su fundamento en

una serie de soportes, que logran la autonomía de la PCD, cuyos apoyos pueden ser de acceso arquitectónico, formas de comunicación inclusivas, herramientas didácticas, capacitaciones, asesoramientos y orientación, entre otras cosas. El Estado debe garantizarlos en función de que la persona se desarrolle plenamente, sin distinción de su discapacidad. Para dar cumplimiento a lo asumido, este debe exigirlos a las instituciones, a los particulares, más aún, a él mismo, ya que, de lo contrario, nos veríamos quebrantando un estado en igualdad de derechos y oportunidades, con el fin de llegar a un orden justo y equitativo. El nuevo modelo social interpreta que la sociedad es aquella que restringe o limita a la persona, impidiendo su libre acceso y, por ende, discriminándola en razón de su deficiencia. Al ser tomado como un eje definido por la OMS, se utiliza un término abarcativo, denominado “paraguas”⁽¹²⁾, que contempla a la discapacidad como limitaciones en la actividad y restricciones en la participación.

Apreciando este carácter, de la relación entre el sujeto y la sociedad, nos es pertinente, entonces, realizar un análisis de esta última, puesto que, si se encuentran barreras de distinto carácter, limitarán el desempeño de la persona. Por consiguiente, es determinante atender a esta situación de pandemia, en la que el aislamiento puede generar en algunas situaciones un resultado contraproducente. Tanto que, al ser negada la posibilidad de ejercer ciertos derechos, los apoyos que antes facilitaban el acceso de la PCD a su entorno, hoy generan una vulnerabilidad en las garantías mencionadas, a través de barreras físicas, didácticas, comunicacionales y actitudinales.

III. Jurisprudencia

1. Acceso a la justicia

Uno de los tantos aspectos afectados por el aislamiento social, preventivo y obligatorio, es la accesibilidad a la justicia, tanto para su información como para su implementación; ya que no se encuentran las herramientas necesarias, para poder llevar adelante esta profesión tan primordial en la vida de las PCD.

Podremos ver en el caso “Barraza, Víctor Javier y otro c. EN s/ Amparo Ley 16.986”⁽¹³⁾, que se realiza una acción de amparo colectivo, a causa de una deficiencia en el Portal Digital del Poder Judicial de la Nación. Los abogados afectados por esta situación son personas con discapacidad visual, quienes, al utilizar lectores de pantalla, se ven impedidos de ejercer su profesión correctamente, y, por consiguiente, un acceso a la justicia para ellos y sus representantes. Los accionantes respaldan sus derechos en el art. 43 de nuestra Constitución Nacional, el Pacto de San José de Costa Rica y la CDPCP, entre otros.

En los hechos mencionados, se puede observar una grave violación al derecho del acceso a la justicia, contemplado en el art. 13 de la CDPCD, en el cual los Estados aseguran que las PCD estén en igualdad de condiciones que las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento. Además, en su segundo párrafo, establece que los Estados Partes promoverán la capacitación adecuada de los trabajadores en la administración pública. En el caso presentado la falta de estos apoyos deja en evidencia, que no se han garantizado sus derechos.

Se ve vinculado el art. 21 de la CDPCD, que refiere al derecho de acceso a la información. Este exhorta a los Estados, para que provean facilitadores, con tecnologías adecuadas a los diferentes tipos de discapacidad, en los formatos accesibles al público en general. Estas medidas buscan la inserción en las plataformas disponibles, para ingresar en las bases de datos, a través de diversas herramientas. Ellas dependerán de la deficiencia que padece la persona, para poder lograr, así, una plena inserción en los medios comunicacionales.

Es necesario agregar, que la lesión mencionada involucra el derecho al trabajo, ya que impide a los accionantes desarrollar su labor, a causa de la falta de mecanismos accesibles en el portal digital. El art. 27 de la CDPCD

(4) Clemente, M. (2002). *La dimensión psicológica y social, clave de las nuevas prácticas de intervención con asentamientos humanos*. A Coruña (España). Rescatado de: <http://habitat.aq.upm.es/boletin/n25/amcle.html>

(5) Barboza, J. (2008). *Capítulo 18: La responsabilidad internacional. Responsabilidad internacional por hechos ilícitos: contenido, formas y grados*. En Barboza, J. *Derecho Internacional Público* (pp. 429-475). Buenos Aires. Víctor P. de Zavalía.

(6) Declaración del Comité de Emergencias convocado por el Director General de la OMS (30 de enero de 2020).

(7) Derivado de la cepa del coronavirus, causado por el virus SARS-CoV-2.

(8) Alocución de apertura del Director General de la OMS en la rueda de prensa sobre la COVID-19 (11 de marzo de 2020).

(9) Boggino, N. y Boggino, P. (2013). *Los caminos de la Accesibilidad Universal*. En Boggino, N. y Boggino, P. *Pensar una escuela accesible para todos* (p. 17). Rosario. Editorial Homo Sapiens.

(10) Asamblea General de Naciones Unidas. Resolución 52/82 (1997).

(11) Maraña, J. J. (2004). *Capítulo primero, Entrando en harina*. En Maraña J. J. *Vida independiente, nuevos modelos organizativos* (p. 24). Santiago de Compostela. Asociación Iniciativas y Estudios Sociales.

(12) Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud (CIF), declarada en la 54ª Asamblea Mundial de la Salud (2001).

(13) Causa N° 10.420/2020. Juzgado Nacional de la Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 3 (julio 22 de 2020). Buenos Aires. Cita online: AR/JUR/17652/2020.

declara la prohibición de la discriminación por motivos de discapacidad, relativo a la continuidad en el empleo (inc. a); y vela por que se realicen los ajustes necesarios para que las PCD puedan ejercer su trabajo de forma razonable en su espacio laboral (inc. i).

Actualmente, el caso se encuentra en trámite, por lo que el Juzgado Nacional de la Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 3 hizo lugar a lo pretendido por los afectados. Este determinó su objeto, en base a la petición de que el Portal Digital del Poder Judicial de la Nación sea totalmente accesible, el cual deberá abarcar el área de consultas como el resto de sus funciones vinculantes. Para esto, se deberán resolver las diligencias en concordancia con las entidades especializadas, y así lograr un justo veredicto. El tribunal deberá considerar la protección de estos derechos vulnerados, pues se ven perjudicados por el estado de cuarentena obligatorio, al impedir un normal acceso a la justicia, a la información y al trabajo.

2. Igualdad de oportunidades en la educación

La educación es otro derecho que se encuentra protegido por nuestro ordenamiento jurídico. Esta presenta una mayor vulnerabilidad en el caso de las PCD, por eso la Convención, al ser consciente de esta fragilidad, implementa como uno de sus principios rectores la protección específica hacia los menores, ya que, en el caso de ser lesionados sus derechos, se encontrarían en una situación más perjudicial en comparación con los mayores de edad. Asimismo, en su art. 24, contempla el derecho a la educación, porque la entiende como una herramienta necesaria para lograr la dignidad inherente a la PCD, siendo considerada como un compuesto sustancial para el crecimiento del sujeto. Como resultado, los Estados deben implementar todo ajuste razonable, teniendo en cuenta las diversas necesidades, con el fin de eliminar las barreras ocasionadas por la discriminación.

El siguiente fallo permite analizar la complejidad de este tema. Se trata del expediente caratulado “S. S. C. c. U. P. (O.S.U.P.C.N.) s/ Amparo”⁽¹⁴⁾, que involucra a un joven con discapacidad intelectual, quien padece trastorno del espectro autista. Este quedó privado del acceso a la educación, a causa del aislamiento preventivo, social y obligatorio, pues las escuelas se vieron forzadas a limitar su interacción con el sector estudiantil. Como producto de estas medidas restrictivas, se le ha dejado de brindar una serie de apoyos que contribuían con su formación educativa. Podemos ver, entonces, cómo la PCD quedó despojada de sus derechos, sin mecanismos necesarios para llevar adelante su educación.

El representado se encuentra diagnosticado con el Trastorno Generalizado del Desarrollo no especificado (TGD), y está inscripto como alumno regular atravesando el sexto grado, con la edad de 13 años. Este solicitó que se le asigne un acompañante terapéutico en función de su discapacidad, para que se le conceda una especializada inclusión de los contenidos prioritarios de la entidad educativa, pues se ve impedido para llevar adelante su adecuación sin una integración profesional. En caso de que el tribunal niegue la petición de la parte actora, se encontraría en una condición desigual respecto de sus compañeros, quienes continúan con la escolaridad regular a través de diversas plataformas y actividades. Estas actividades se enfocan en el común del alumnado, y, de esta manera, excluyen al amparado, de una forma que llegaría a perjudicar su formación académica anual, teniendo en consideración que el aislamiento preventivo se ha extendido a lo largo de todo el año escolar. Se apela a la CDPCD, por su protección hacia la educación en igualdad de oportunidades, en función de la inclusión plena del desarrollo humano. Esta norma internacional toma en consideración el principio de garantizar la vida independiente y la diversidad en materia de discapacidad. Además, el lesionado se ampara en la garantía englobada en nuestro ordenamiento jurídico, a través de la Constitución Nacional, la cual resguarda el derecho a la educación primaria, más específicamente en lo articulado en la Convención sobre los Derechos del Niño,

pues reconoce “el derecho del niño a la educación y, a fin de que se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades ese derecho” (art. 28, inc. 1). Los Estados Partes “adoptarán cuantas medidas sean adecuadas para velar por que la disciplina escolar se administre de modo compatible con la dignidad humana del niño” (art. 28, inc. 2).

La Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Lomas de Zamora, sala I, finaliza el procedimiento en su segunda instancia, al dictar sentencia a favor del recurrente amparado. El tribunal deduce el estado de peligro inminente de los derechos antes expuestos, y revoca lo sentenciado en la primera instancia apelada por el accionante. Además, hace lugar a la medida cautelar peticionada, en materia de asistencia terapéutica, permitiendo la escolaridad del joven durante el período restante del calendario escolar 2020.

3. Derecho a la salud

Es menester contemplar la fragilidad que presentan los niños en los primeros años de vida, por lo que existe un interés primordial en proteger su estimulación temprana en igualdad de condiciones. Sensibilizar a la sociedad y específicamente a las instituciones referentes de la salud, es un eje rector, acompañado de la concientización que presenta la vulnerabilidad en la primera infancia. Es esencial reconocerlo aún más en las PCD, donde se ven involucradas las deficiencias pertinentes a cada persona, y las dificultades para acceder con total autonomía a los apoyos de la salud.

En consideración con lo anteriormente mencionado, podemos deducir que la salud es un factor de alta complejidad y relevancia para una PCD. La CDPCD, en su art. 25, manifiesta que los Estados Parte “proporcionarán a las personas con discapacidad programas y atención de la salud gratuitos o a precios asequibles de la misma variedad y calidad que a las demás personas”. Compromete a la Argentina, entre otras, a promover y proteger este derecho inherente a la PCD, de una forma focalizada hacia el menor. La Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN), al igual que la CDPCD, se incorpora en nuestro ordenamiento jurídico y adquiere un rango constitucional. Esta abarca cierto resguardo en materia de salud, y proclama que “Los Estados Parte reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud” (art. 24, CDN). Se debe hacer mayor hincapié en las PCD, puesto que en la pandemia nos encontramos con una alta posibilidad de ser perjudicados en su salud, de una forma inmediata o mediata, ya que el avanzado contagio logra saturar las instituciones de la salud, llegando a inutilizar toda alternativa para ser tratada⁽¹⁵⁾.

La problemática de estos derechos, correspondiente a todo ciudadano, pero más perjudicial en el caso de la PCD, se puede analizar en el fallo “L., M. A. –en rep. su hijo D. P. L.– c/ Obra Social del Personal de Panaderías s/ Inc. de apelación”⁽¹⁶⁾. En esta causa, el representado es un menor de 1 año de vida, con certificado de discapacidad, pues se le ha diagnosticado “dependencia de otras máquinas y dispositivos capacitantes. Disfagia. Displasia broncopulmonar originada en el periodo perinatal. Otros tipos de parálisis cerebral infantil”. También, se incluyen una serie de deficiencias reveladas por su doctora pediátrica neonatóloga, como la dependencia de medicamentos específicos para la tratativa de su discapacidad, tal el caso de insumos de oxígeno, y terapias requeridas. A este niño, a lo largo de varios meses, se le dificultó su tratamiento, debido a que la obra social no cumplió con el servicio de entrega de los suministros, o en ocasiones lo realizaba de forma parcial e incompleta.

La representante de la PCD acciona contra la obra social para que se haga efectivo el servicio incumplido, en el que debía abastecer al menor de los insumos necesarios

(15) Convención Interamericana de Derechos Humanos (10 de abril de 2020). *El derecho humano a la salud y otros DESC en el contexto de las pandemias*. En CIDH. *Pandemia y Derechos Humanos en las Américas* (p. 5). Resolución 1/2020.

(16) Causa FSM 18006/2020/1/CA1. Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, sala II (junio 3 de 2020). San Martín. Cita online: AR/JUR/17950/2 (2020).

(14) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Lomas de Zamora, sala I (mayo 19 de 2020). Lomas de Zamora. Cita online: AR/JUR/17652/2020.

FONDO EDITORIAL



COLECCIÓN CÓDIGO CIVIL
Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

Guillermo F. Peyrano
Jorge N. Lafferrière

**RESTRICCIONES
A LA CAPACIDAD CIVIL**

El Derecho
197 páginas
ISBN 978-987-3790-25-6

Atención al cliente: (011) 3988-3256
Correo Electrónico: info@elderechodigital.com.ar
Redacción: (011) 4349-0277
www.elderechodigital.com.ar

para la tratativa de sus deficiencias. Esta se resguarda en la normativa anteriormente detallada de la CDPCD y la CDN. En cambio, la demandada alega que se ve impedida a realizar ciertas tareas que no son de su competencia, pues se trata de acciones vinculadas con el proceso de producción y transporte de los fármacos. Por eso, considera que está impedida de cumplir con la entrega de los bienes solicitados, en tiempo y forma preestablecida.

En la segunda instancia de este litigio, la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, sala II, rechaza la apelación promovida por la demandada, y confirma lo declarado por la instancia anterior, en fundamento de la protección expuesta por el damnificado, quien se ve protegido en su derecho a la salud de una manera específica, ya que se encontraba en una situación de vulnerabilidad particular, como fue mencionada anteriormente.

Para la Cámara, se encuentra en una situación desigual el menor, por no poder contar con el tratamiento respectivo, lo cual ocasionaría lesiones en su desarrollo, salud y formación; teniendo en consideración la vital importancia de los primeros años de vida de cualquier persona. Así, ordena la medida cautelar, e impone a la demandada cumplir con la entrega de los suministros mencionados a domicilio del amparado, quien tiene la obligación de afrontar una cobertura integral del 100 %, de forma constante acorde a los plazos medicados.

IV. Conclusión

Comprender que la discapacidad y la sociedad se encuentran vinculadas sustancialmente nos permite sensibilizar a los ciudadanos y a los Estados, para que se tomen las medidas idóneas al momento de tomar decisiones. Debemos evitar que la consideración de las necesidades del sector mayoritario resulte en una exclusión de las PCD, de modo que la respuesta no sea universal para toda la población. Con el fin de concientizar e incluir a todas las personas, es menester que los gobernantes “pasen de los dichos a los hechos”⁽¹⁷⁾; esto significa que las instituciones no deben hacer una mera declamación del ideal de equidad sin ponerlo en práctica, como resultado de una declaración vacía sin efecto alguno en la vida de las personas. Corresponde comprometerlos a realizar un cambio sustancial al momento de concebir la discapacidad, y desarrollar la implementación de distintos mecanismos de apoyo. Para esto, será necesario recurrir a las “buenas prácticas”, en función de que las personas con y sin discapacidad sean incluidas, y contemplar a la ciudadanía en su conjunto sin enfatizar las deficiencias de los ciudadanos.

El estado de aislamiento forzoso deja en evidencia que como sociedad no instalamos adecuadamente herramientas pertinentes para un diseño universal. En cambio, se toma como prioridad al resto “común” de la gente, dejando en última instancia a las PCD. Como nos es presentado al momento de analizar la jurisprudencia, la PCD se ve

(17) Pantano, L. (2010). *Buenas prácticas en materia de discapacidad. De los dichos a los hechos. Acortar el trecho*. En Crespo, A. *De la educación especial a la inclusión social* (pp. 61-122). Buenos Aires. Ed. Letra Viva.

vulnerada de una forma particular, a quien no se la tiene en cuenta hasta el momento en el que logra manifestar que ha sido lesionada. Una variedad de barreras limitadoras a la actividad y restrictivas en su participación desencadenó una falta de acceso que vulnera la dignidad humana. Como resultado de esto, aísla a la persona afectada en una situación de impotencia, si no le son dados los mecanismos apropiados para su debida inclusión.

Los casos analizados nos demuestran una serie de deficiencias por parte del Estado y las instituciones. El primer supuesto, en el que las plataformas de uso público no han sido diseñadas en aras de las personas con discapacidad visual, perjudica no solo el derecho al trabajo, sino también al acceso a la justicia por parte de los actores y sus representados, al no poder informarse a través del Portal Digital del Poder Judicial de la Nación. Por otro lado, los dos siguientes casos, interrelacionados a la protección del menor con discapacidad en su pleno crecimiento y desarrollo, vinculan el mal desempeño que han tenido las obras sociales al momento de garantizar derechos fundamentales, como el de la educación y la salud. Estas, tanto como el resto de las instituciones de la educación, tienen el deber de “acoger la diversidad; buscar el beneficio de todos los educandos, no solo el de los excluidos; escolares que puedan estar excluidos; ofrecer acceso igualitario a la educación o desarrollar modalidades de atención para ciertas categorías de niños, con especial cuidado de no excluirlas”⁽¹⁸⁾.

El Estado tiene que tener la audacia de buscar el canal y la forma que, sin transgredir el distanciamiento prescripto, puedan ser puente, ser soporte para que se logren cumplir los objetivos de la CDPCD. Asimismo, debe desarrollar la cooperación de la comunidad en su conjunto, a través de manifestaciones interdisciplinarias y multifacéticas, en las cuales realizar una búsqueda de lo novedoso y sustentable es primordial para abordar este cambio; pues “serán ellos quienes deban producir el cambio, la adaptación, la resignificación de las prácticas y barreras que discapacitan”⁽¹⁹⁾. Aun así, no debemos caer en el simple otorgamiento de subsidios, a fin de aminorar sus gastos de una forma superficial. En cambio, Gerard Quinn y Theresa Degener proponen que “Se necesita apoyo material tangible para convertir las libertades formales en libertades reales para las personas con discapacidad. No es esta la libertad de la asistencia social, que coloca a las personas con discapacidad en jaulas de oro y las encierra en ciclos de dependencia y desaliento. Se trata de la justicia económica, social y cultural, que libera a las personas con discapacidades para que puedan desempeñar su papel en una sociedad integradora y contribuir a ella con su parte”⁽²⁰⁾.

La CDPCD compromete a los Estados, con el fin de que implanten en su ordenamiento interno una práctica real, disminuyendo o eliminando las barreras que evitan su participación plena y efectiva. Las prácticas deben ser a través de ajustes razonables que se adapten a las distintas necesidades. Se aplica lo que enseña Rawls, ya que la idea central, al hablar de su Teoría de la Justicia⁽²¹⁾, es compensar las desventajas contingentes en dirección hacia la igualdad, atribuyéndose el principio de diferencia, cuyo objeto es tratar igualmente a todas las personas y proporcionar una auténtica igualdad de oportunidades.

Tener en consideración el desarrollo hacia soportes de un diseño universal inclusivo a todo individuo es comprender a la diversidad dentro de otra diversidad, ya que

comprende la existencia de distintas clases de discapacidad, agregado a la variedad incalculable y subjetiva de personas. A esta distinción se le atribuye un carácter de incidencia colectiva, que alcanza a cada ser particular, institucional y estatal. Nos vemos comprometidos a meditar esta vulneración de los derechos humanos, inherentes a la dignidad ontológica del hombre que tanto nos compete, como parte de una comunidad integrada. Debemos adoptar desde un comienzo los mecanismos necesarios para romper estas barreras excluyentes, que se nos presentan de una forma extraordinaria al llegar a una situación sin precedentes como lo es la pandemia.

A modo de conclusión, les dejo unas palabras del papa Juan Pablo II (2004), en un simposio sobre la dignidad y los derechos de los discapacitados mentales:

“La calidad de vida dentro de una comunidad se mide, en gran parte, por el compromiso en la asistencia a los más débiles y a los más necesitados, y por el respeto a su dignidad de hombres y mujeres. El mundo de los derechos no puede ser solo prerrogativa de los sanos. También es preciso ayudar a la persona discapacitada a participar, en la medida de sus posibilidades, en la vida de la sociedad, y a desarrollar todas sus potencialidades físicas, psíquicas y espirituales. Una sociedad solo puede afirmar que está fundada en el derecho y en la justicia si en ella se reconocen los derechos de los más débiles: el discapacitado no es persona de un modo diverso de los demás; por eso, al reconocer y promover su dignidad y sus derechos, reconocemos y promovemos la dignidad y los derechos nuestros y de cada uno de nosotros”⁽²²⁾.

Bibliografía

Pantano, L. (2013). *Datos de la realidad para la comprensión de la discapacidad*. UNRC. Contextos de Educación. ISSN 2314-3932. Recuperado de: <https://www.hum.unrc.edu.ar/publicaciones/contextos/articulos/vol14/pantano.html>.

Clemente, M. (2002). *La dimensión psicológica y social, clave de las nuevas prácticas de intervención con asentamientos humanos*. A Coruña (España). Rescatado de: <http://habitat.aq.upm.es/boletin/n25/amcle.html>.

Barboza, J. (2008). *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires. Víctor P. de Zavallía.

Boggino, N. y Boggino, P. (2013). *Pensar una escuela accesible para todos*. Rosario. Editorial Homo Sapiens.

Asamblea General de Naciones Unidas. Resolución 52/82 (1997).

Palacios, A. y Bariffi, F. (2007). *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos*. Madrid. Grupo editorial Cinca S. A.

Maraña, J. J. (2004). *Vida independiente, nuevos modelos organizativos*. Santiago de Compostela. Asociación Iniciativas y Estudios Sociales.

Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud (CIF), declarada en la 54ª Asamblea Mundial de la Salud (2001).

Causa N° 10.420/2020. Juzgado Nacional de la Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 3 (julio 22 de 2020). Buenos Aires. Cita Online: AR/JUR/17652/2020.

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Lomas de Zamora, sala I (mayo 19 de 2020). Lomas de Zamora. Cita Online: AR/JUR/17652/2020.

Convención Interamericana de Derechos Humanos (10 de abril de 2020). *Pandemia y Derechos Humanos en las Américas*. Resolución 1/2020.

Causa FSM 18006/2020/1/CA1. Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, sala II (junio 3 de 2020). San Martín. Cita Online: AR/JUR/17950/2 (2020).

Crespo, A. (2010). *De la educación especial a la inclusión social*. Buenos Aires. Ed. Letra Viva.

Silveira, P. E. y Martocci, J. M. (2015). *Discapacidad, Justicia y Estado*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

(22) Papa Juan Pablo II (2004). *Mensaje del santo padre Juan Pablo II a un simposio sobre la dignidad y los derechos de los discapacitados mentales*. Vaticano. Recuperado de: http://www.vatican.va/content/john-paul-ii/es/speeches/2004/january/documents/hf_jp-ii_spe_20040108_handicap-mentale.html.

La educación inclusiva: El camino hacia el futuro (2008). 48ª reunión de la Conferencia Internacional de Educación (CIE), organizada por la Oficina Internacional de la Educación de la UNESCO (OIE). Ginebra. Recuperado de: http://www.ibe.unesco.org/fileadmin/user_upload/Policy_Dialogue/48th_ICE/General_Presentation-48CIE-4_Spanish_.pdf.

Quinn, G. y Degener, T. (2002). *Derechos humanos y discapacidad. Uso actual y posibilidades futuras de los instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas en el contexto de la discapacidad*. Naciones Unidas. Nueva York y Ginebra. Recuperado de: http://repositoriocdpd.net:8080/bitstream/handle/123456789/614/L_QuinnG_DerechosHumanosDiscapacidad_2002.pdf?sequence=1.

Rawls, J. (1995). *Teoría de la Justicia*. México. Fondo de Cultura Económica.

Papa Juan Pablo II (2004). *Mensaje del santo padre Juan Pablo II a un simposio sobre la dignidad y los derechos de los discapacitados mentales*. Vaticano. Recuperado de: http://www.vatican.va/content/john-paul-ii/es/speeches/2004/january/documents/hf_jp-ii_spe_20040108_handicap-mentale.html.

VOCES: DISCAPACITADOS - PERSONA - ADMINISTRACIÓN PÚBLICA - JUECES - EDUCACIÓN - ACCESO A LA JUSTICIA - PROCESO JUDICIAL - AMPARO - PODER JUDICIAL - MENORES - ORGANISMOS ADMINISTRATIVOS - CONSTITUCIÓN NACIONAL - TRATADOS INTERNACIONALES - DERECHOS HUMANOS - POLÍTICAS SOCIALES - DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA - EMERGENCIA SANITARIA - CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES - MEDICAMENTOS - HOSPITALES Y SANATORIOS - SALUD PÚBLICA

JURISPRUDENCIA

Medidas Precautorias:

Peligro en la demora: tipificación; tiempo acotado; interposición en forma previa a la demanda; plazo de iniciación; abreviación; prohibición de innovar; estado gestacional; intervención del Asesor de Menores; oportunidad; interrupción voluntaria del embarazo; cónyuge de la mujer gestante; presunción de paternidad; ley 27.610; convivencia armónica. **Matrimonio:** Proyecto en común: desavenencias; asuntos de trascendencia familiar; gestación; voluntad potestativa de una de las partes; improcedencia. **Costas:** Medidas cautelares: imposición.

1 – En virtud de la naturaleza de la medida de no innovar incoada a los fines de preservar una situación de hecho (el estado gestacional), nos encontramos en una etapa preliminar a la sustanciación de un proceso, que por su objeto es de trámite restringido. Teniendo en cuenta ello, la actuación del Asesor de Menores debe ser solicitada en la tramitación del proceso y, dada la premura en que debe resolverse la medida cautelar, dicha intervención puede ser requerida con posterioridad y durante el trámite del proceso que contenga la pretensión de fondo.

2 – Atento que quien incoara la medida de no innovar a los fines de preservar una situación de hecho (el estado gestacional) está legalmente casado con la mujer cuyo embarazo se pretende preservar, le rige la presunción de paternidad establecida en el art. 566 del CCyCom.

3 – Si bien la ley 27.610, que regula el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo, es un cuerpo normativo que se enmarca en el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional y en todos los Tratados, Declaraciones y Convenciones internacionales ratificados por la República Argentina que se mencionan en el artículo tercero del mencionado cuerpo legal, también es cierto que esta ley debe convivir en armonía

(18) *La educación inclusiva: El camino hacia el futuro* (2008). 48ª reunión de la Conferencia Internacional de Educación (CIE), organizada por la Oficina Internacional de la Educación de la UNESCO (OIE). Ginebra. Recuperado de: http://www.ibe.unesco.org/fileadmin/user_upload/Policy_Dialogue/48th_ICE/General_Presentation-48CIE-4_Spanish_.pdf.

(19) Silveira, P. E. y Martocci, J. M. (2015). *Hacia la vida independiente*. En Silveira, P. E. y Martocci, J. M. *Discapacidad, Justicia y Estado* (p. 119). Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

(20) Quinn, G. y Degener, T. (2002). 13.5. *El nuevo programa de libertades y la discapacidad: interdependencia de todos los derechos humanos*. En *Derechos humanos y discapacidad. Uso actual y posibilidades futuras de los instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas en el contexto de la discapacidad* (p. 201). Naciones Unidas. Nueva York y Ginebra.

(21) Rawls, J. (1995). *La tendencia a la igualdad*. En Rawls, J. *Teoría de la Justicia* (p. 103). México. Fondo de Cultura Económica.

jerárquica con el resto de leyes de superior o igual rango sancionadas por el Congreso de la Nación, y entre ellas el Código Civil y Comercial (ley 26.994). Por lo tanto, debe ser interpretada y aplicada a la luz de las previsiones más estrechamente vinculadas en materias idénticas o similares.

4 – Bajo el proyecto de vida en común que se comprometen a desarrollar los cónyuges, el sistema de toma de decisiones que hace a los aspectos más relevantes en la relación conyugal necesita de forma imperativa de la confluencia de ambas voluntades, que se proyecta desde las relaciones de familia y la responsabilidad parental hasta las relaciones patrimoniales. Sin embargo, así como se ha legislado sobre esos aspectos de la vida conyugal que necesitan del consenso, del mismo modo está instituido un mecanismo judicial para encauzar las más variadas desavenencias de importancia que se pueden presentar en todas sus facetas –art. 642 del CCyCN–, en especial, aquellas decisiones y conductas que exceden la autonomía personal de los cónyuges, porque sus efectos se proyectan naturalmente en la vida en común, con especial afectación a los intereses y derechos del otro.

5 – La falta de acuerdo o disenso sobre asuntos de trascendencia familiar gestada a partir de la concepción no puede estar sometida a la voluntad potestativa de ninguno de los cónyuges, incluyendo, claro está, la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo.

6 – Corresponde concluir que se encuentra acreditado el peligro en la demora en el caso en que la medida de no innovar incoada tiende a preservar el estado gestacional respecto a la IVE, pues el transcurso del tiempo puede influir en la sentencia o convertir en ineficaz o imposible su ejecución, dado que el tiempo resulta acotado en virtud de las disposiciones contenidas en la ley 27.610, que otorgan un plazo resumido o escueto dentro del periodo gestacional.

7 – Encontrándose acreditado el embarazo de la cónyuge del actor –por lo que rige la presunción de paternidad establecida en el art. 566 del CCyCN– y en virtud de que la falta de acuerdo sobre asuntos de trascendencia familiar gestada a partir de la concepción no puede estar sometida a la voluntad potestativa de ninguno de los cónyuges, incluyendo, claro está, la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo, a lo que se puede añadir que verdaderamente existe un peligro en la demora por el plazo de gestación, corresponde hacer lugar a la medida de no innovar y ordenar a la esposa del actor que se abstenga de cualquier práctica que tienda a interrumpir voluntariamente el embarazo, hasta tanto la cuestión de fondo sea discernida por el procedimiento más acotado que prevé nuestra ley procesal civil con intervención del Ministerio Público de Menores. Asimismo, tratándose de una medida especial dictada entre cónyuges, lo más propicio es conceder la medida bajo caución personal del esposo, en la cual se comprometa a hacerse cargo de todos los gastos económicos que genere el embarazo, así como también los del parto, y que no sean expresamente cubiertos por la obra social respectiva.

8 – Al haberse solicitado la medida de no innovar a fin de preservar una situación de hecho (estado gestacional) en forma previa a la interposición de la demanda y dado el tiempo transcurrido desde que dicha presentación se efectuara en primera instancia, corresponde acotar el plazo para deducir la demanda, la que deberá promoverse dentro de los tres días de notificada la resolución que acogió favorablemente la medida cautelar incoada, bajo apercibimiento de caducidad de la misma.

9 – Cuando se trata del caso específico de medidas cautelares, no rige la doctrina según la cual la omisión de pronunciamiento respecto de la imposición de cosas implica que lo son en el orden causado, pues el criterio que rige en estos supuestos es que deben serle impuestas a quien resulta vencido en el juicio principal, lo cual, por lo general, impide una decisión de este tipo al momento de decretarla. M.M.F.L.

60.687 – CApel. Civ., Com. y Minería San Juan, sala III, mayo 1-2021. – S. F. A. c. T. B. M. G. s/ cautelar.

En la ciudad de San Juan, a un día del mes de mayo de dos mil veintiuno, reunidos en Acuerdo los Señores Jueces Miembros de la Sala Tercera de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería, Dres. Juan Carlos Noguera Ramos, Sergio Orlando Rodríguez y Juan

Carlos Pérez, a los fines de conocer en estos autos Nº 177.743 (Sala III 12.752), Caratulados: “S. F. A. C/ T. B. M. G. S/ Cautelar”, originarios del Décimo Primer Juzgado Civil, el recurso de apelación interpuesto por el actor a fs. 56/75, contra la sentencia de fecha 26/04/21 obrante a fs. 48/51.

Los Señores Jueces Dres. Juan Carlos Noguera Ramos, Sergio Orlando Rodríguez y Juan Carlos Pérez, dijeron: La Sra. Jueza del Décimo Primer Juzgado Civil, RESOLVIÓ: “1- Rechazar la medida cautelar solicitada por el Sr. F. A. S. Costas al actor vencido. 2- Regular los honorarios de los Dres. Z. y L., por su actuación profesional en carácter simple, como vencidos y en forma conjunta, en la suma de PESOS DIEZ MIL (\$ 10.000)”.

AGRAVIOS

Nulidad: El apelante, en primer término plantea la nulidad de la resolución criticada, toda vez que entiende que ha sido dictada sin la intervención del Asesor de Menores conforme lo exige el art. 103, inc. a del Código Civil y Comercial de la Nación.

Luego de citar el art. 31 de la Ley Provincial 633-E, sostiene que con evidente desconocimiento del derecho y con alarmante desprecio de los derechos del niño por nacer, la intervención del Ministerio Público ha sido groseramente omitida; por lo cual solicita que se declare nula dicha resolución y se resuelva la cautelar articulada haciendo lugar a la medida de no innovar.

I - Primer Agravio: El apelante, critica el argumento dado por la Sra. Jueza al sostener que dictar una resolución sobre la medida solicitada, a favor de la defensa de los derechos de su hijo no nacido y de sus propios derechos; importa un posible anticipo de la jurisdicción favorable del fallo que hubiere de recaer en la causa principal.

Aclara que lo solicitado con esta medida es simplemente la conservación de un estado de derecho, no pretendiendo que se debatan y resuelvan argumentos que formarán parte de la pretensión principal.

Considera, a contrario sensu, que no hacer lugar a la medida argumentando que... “Tampoco cumplió con el recaudo procesal de indicar por qué se debería impedir a su esposa de ejercer el derecho concedido por la ley argentina” (sic) ...podría interpretarse como adelanto de jurisdicción desfavorable, máxime cuando la ley procesal no exige tal recaudo para la procedencia de la cautelar solicitada.

Critica además, el criterio restrictivo para la procedencia de la cautelar aplicado por la magistrada, rigiendo para el caso un criterio amplio que resulta de las normas internacionales que protegen los derechos del niño y los suyos como progenitor, los que fueron invocados al interponer la medida.

El apelante expone que los recaudos para la procedencia de la cautelar se encuentran establecidos en los arts. 197 y 231 del C.P.C., por lo que no caben dudas que todos y cada uno de estos requisitos se encuentran acreditados en el escrito inicial y con la prueba obrante en el expediente, por lo que, sostiene, en autos se dan todos los extremos exigidos por la ley de rito.

Expresa que la exigencia del art. 197 del C.P.C. de mencionar la medida que se pide está claramente cumplida en el punto II de fs. 27 vta., donde se solicita la prohibición de innovar hasta que se resuelva la cuestión de fondo, la que pretende preservar la vida del no nacido; y no de impedir el ejercicio de un derecho concedido por la ley argentina a su esposa.

Expone que los extremos exigidos por la ley en el caso de esta medida de no innovar es a los fines de preservar una situación de hecho (el estado gestacional) ya que su modificación convertirá a la sentencia de imposible cumplimiento además de frustrar de manera definitiva los derechos del menor por nacer y los que le corresponden como progenitor.

II - Segundo Agravio: Lo dirige a la parte del fallo que pone en duda la existencia de su hijo, lo que a su juicio está sobradamente acreditada con la prueba documental que acompaña.

Cuestiona que la magistrada limita arbitrariamente la validez probatoria de instrumentos públicos y privados, especialmente el desconocimiento de la documental y la

NOVEDADES



BIBIANA NIETO

DERECHO A LA INTIMIDAD DEL NIÑO Alcances de su protección jurídica

El Derecho
2020
232 páginas

Atención al cliente: (011) 3988-3256
Correo Electrónico: info@elderechodigital.com.ar
Redacción: (011) 4349-0277
www.elderechodigital.com.ar

omisión grosera de la informativa, negando dolosamente informes (D.O.S.) que demuestran la voluntad de llevar a cabo la interrupción del embarazo y se niega a aplicar presunciones legales expresamente consagradas. Todo lo que la llevó a concluir en forma errada que no existió verosimilitud del derecho.

III - Tercer Agravio: El apelante se agravia del tratamiento y la mención que realizó la Sra. Jueza en la sentencia sobre la omisión del planteo de inconstitucionalidad de la ley nacional Nº 27.610.

En su queja aduce que no resulta necesario hacerlo en los alcances de una medida cautelar, con cita del art. 402 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Analiza el contenido del art. 638 del CCyCom en conjunción del art. 19 del mismo cuerpo legal, para concluir que los padres deben respetar el interés superior del niño. En ese sentido, dice que la ley Nº 27.610 no ha modificado ni alterado el régimen de obligaciones parentales.

Desarrolla los fundamentos de la aludida inconstitucionalidad. Cita doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación referida a la declaración de inconstitucionalidad de las normas de oficio. También cita tratados y convenciones internacionales. Resalta que la ley invocada por la jueza de grado tiene grandes vacíos legales.

IV - Cuarto Agravio: Le agravia la posición que adoptó la jueza respecto de la conducta de los letrados referida al diligenciamiento de los oficios sobre la medida para mejor resolver que emitió previo al dictado del fallo. En este sentido dice que todos los oficios fueron diligenciados el mismo día viernes 23/04/2021 por vía electrónica, conforme se comprometió el Juzgado, de manera que no existió demora, ni mucho menos negligencia de los letrados.

El apelante ejerce una defensa de la actuación de los profesionales que lo asisten en la causa.

Reitera que la Jueza debió centrar el análisis de los requisitos para la procedencia de la cautelar en los derechos que se pretenden resguardar y no en los que pudieran afectarse.

Por último expone que el rechazo de la medida cautelar solicitada implica poner en peligro inminente la pérdida de sus derechos y los de su hijo por nacer, la que no puede subsanarse con posterioridad.

El último agravio se refiere a la condena en costas, al solicitar se revoquen e impongan a su esposa.

Formula reserva de derecho.

TRATAMIENTO DEL RECURSO NULIDAD

Preliminarmente corresponde que nos expidamos sobre el planteo de nulidad relativa esgrimido por el solicitante, relacionado con la falta de intervención del ministerio tutelar a través del Asesor de Menores en los términos del art. 103 inc. a del Código Civil y Comercial de la Nación, de los arts. 31 y 32 inc. a de la ley provincial 633-E.

Entendemos que, en virtud de la naturaleza de la medida cautelar que fuera solicitada en nombre de los derechos de F. A. S. como progenitor y de los derechos de su hijo no nacido, nos encontramos en una etapa preliminar a la sustanciación de un proceso, que por su objeto es de trámite restringido.

Teniendo en cuenta ello, la actuación del Asesor de Menores debe ser solicitada en la tramitación de ese proceso, y dada la premura en que debe resolverse esta medida cautelar, dicha intervención puede ser requerida con posterioridad y durante el trámite del proceso que contenga la pretensión de fondo.

Por lo expuesto, corresponde rechazar el pedido de nulidad relativa de la resolución dictada el 26/04/2021 planteado por F. A. S. en virtud de la urgencia que exige el tratamiento de la medida cautelar solicitada.

AGRAVIOS

En relación a los agravios referidos a la procedencia de la medida cautelar, entendemos que la presente se encuadra en una medida de no innovar, contenida en el art. 231 de nuestro Código Procesal, que exige tres requisitos a

saber: 1) que el derecho sea verosímil; 2) exista el peligro de que si se altera la situación de hecho o derecho, la modificación pueda influir en la sentencia o convierta su ejecución en ineficaz o imposible; y 3) la cautela no pudiese obtenerse por medio de otra medida precautoria.

A su vez el artículo 197 del C.P.C. establece que las medidas cautelares podrán ser solicitadas antes o después de deducida la demanda. Requerida anticipadamente, no significa que la cautelar sea considerada como un proceso independiente del principal, sino que sólo se trata de autonomía de procedimiento, sin dejar de lado que ello importe una medida accesoria o instrumental del proceso.

En este caso, el solicitante ha requerido el dictado de una medida cautelar antes de interponer la demanda, conforme lo permite la norma recién mencionada, sin per-

juicio de los efectos que puedan producirse *a posteriori* para el caso. Por lo que se debe tener presente, la sanción dispuesta en el art. 209 del C.P.C. para el hipotético caso de que la demanda no sea iniciada dentro de los 10 días de su traba.

Ahora, corresponde analizar los recaudos que exige el artículo 231 del C.P.C. En relación a la **verosimilitud del derecho**, en la presente causa se encuentra probado con el acta de matrimonio que F. A. S. y M. G. T. B. revisten el carácter de cónyuges. Sobre ello, la Jueza interviniente no dio por probado el estado de gestación con la ecografía presentada como prueba.

Sin embargo, podemos adelantar que en su decisión cercenó el valor probatorio del expediente presentado en la Obra Social Provincia, aduciendo que “sólo se trata de

FACULTAD DE DERECHO - DEPARTAMENTO DE POSGRADO

CURSO DE POSGRADO DERECHO DE RIESGOS DEL TRABAJO Y LA PROBLEMÁTICA DE LOS INFORTUNIOS LABORALES



Duración:
Agosto a Noviembre



Inicio
02 de agosto



Todos los lunes
de 19 a 21 h

Director

Dr. Gonzalo Dabini

Coordinadora

Dra. Gabriela Mellino

CURSADA DE MODALIDAD VIRTUAL



CONTACTO

posder@uca.edu.ar



@derechouca
@posgradosuca



/derechoUCAoficial
UCAPosgrados



derechouca
ucaposgrados



UCA

Pontificia Universidad Católica Argentina
Facultad de Derecho

una expresión unilateral de voluntad del propio peticionante” ... “por lo que nada prueba respecto de tercero”.

Redujo al extremo la fuerza probatoria de la documentación que contiene las conversaciones de WhatsApp, a pesar de estar certificadas por Escribano Público. Sin embargo, dicha prueba enriquece nuestra convicción y nos persuade que debió haberse tenido en cuenta, ya que bonifica y da cuerpo a lo que se intenta acreditar.

La tecnología nos marca, y lo que otrora fue el papel, hoy es la electrónica. En esta idea los mensajes de WhatsApp contribuyen a la formación de los medios de prueba, donde por vía electrónica se produce un intercambio de información, se suscitan conflictos y generan contenidos que eventualmente pueden ser necesarios para la resolución del pleito.

Este análisis, le valió a la Jueza para sostener que no existe verosimilitud del derecho alegado por F. A. S., como tampoco peligro en la demora con relación a la situación de hecho y derecho invocado.

La decisión de rechazar la medida cautelar, no contempló el Instrumento Público contenido en el informe de la Obra Social Provincia suscrito por su interventor, en el que quedó acreditado en principio, que el día 09/04/2021 el afiliado directo F. A. S. había solicitado para su esposa en calidad de afiliada indirecta, la práctica para interrumpir el embarazo (IVE).

Sin embargo consta en el informe, que el día 19 de abril del mismo año, desistió expresamente del pedido, requerimiento que es acogido por Decreto N° 0655-73. Por otra parte, surge que en fecha 20/04/2021, obra en los registros de la institución, el ingreso por mesa de entrada de la nota número 813-002918-20 21 iniciado por M. G. T. B. solicitando la I.V.E. en forma personal como afiliado indirecto.

En virtud de ello, las dudas comienzan a disiparse con el informe emitido por D.O.S., el que se encuentra agregado en el expediente en la hoja 46, antes del dictado de la sentencia. Este contribuye a interpretar la voluntad de interrumpir el embarazo de parte de M. G. T. B. y se ve plasmada en lo que consideramos como “*probatio probatissima*” para el dictado de esta medida cautelar.

Da cuenta el informe, que se acompañó prueba documental, y entre ellas, el presupuesto del costo de la práctica mencionada, análisis y certificaciones médicas con el pedido del profesional de la IVE.

Resalta el interventor que aún la Obra Social Provincia no autorizó la práctica, en tanto se encuentra en trámite el dictado del acto administrativo hasta que se evalúe la documentación presentada, y de ser necesario –dice– se le requerirá la faltante.

La información brindada en este instrumento público ha estado ausente de toda la valoración, análisis o examen en la sentencia que rechaza la medida cautelar.

La petición efectuada a la D.O.S. por parte de un afiliado indirecto es un acto voluntario (art. 260 C.C. y Com.) con la finalidad de someterse a dicha práctica (IVE).

Al contrario de lo que se resolvió, consideramos que está suficientemente corroborada la veracidad de la situación jurídica por la que atraviesan F. A. S. y M. G. T. B., en lo que hace al estado de embarazo y a la voluntad expresa de la cónyuge de someterse a la práctica de la IVE.

Analizados los agravios, cabe decir en primer término que el apelante estando legalmente casado, le rige la presunción de paternidad establecida en el art. 566 del C.C. y Com.

Dicho esto, corresponde analizar con detenimiento si el progenitor está o no en condiciones de impedir, en el contexto de una medida cautelar, que se altere el estado de hecho con el fin de resguardar sus derechos como tal.

La ley 27.610 que regula el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo, es un cuerpo normativo que se enmarca en el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional y en todos los Tratados, Declaraciones y Convenciones internacionales ratificados por la República Argentina que se mencionan en el artículo tercero del mencionado cuerpo legal.

Sin embargo, esta ley debe convivir en armonía jerárquica con el resto de leyes de superior o igual rango, sancionadas por el Congreso de la Nación, y entre ellas el Código Civil y Comercial (ley 26.994). Por lo tanto, debe ser interpretada y aplicada a la luz de las previsiones más estrechamente vinculadas en materias idénticas o similares.

Bajo esta hermenéutica y ya, sobre el análisis propio de la pretensión cautelar, cabe preguntarse si el presunto progenitor tiene o no derecho a impedir la práctica de la IVE que pretende efectuar su esposa sin su consentimiento, o en su caso, si la Ley 27.660 lo despoja de él, y le brinda a su cónyuge plena libertad para decidir por sí sola.

Para respondernos, vale recordar que en el matrimonio como institución de orden público (art. 12 C.C. y Com.) los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación, la convivencia, el deber moral de fidelidad y ambos deben prestarse asistencia mutua (art. 431 C.C. y Com.).

Bajo ese proyecto de vida en común, el sistema de toma de decisiones que hace a los aspectos más relevantes en la relación conyugal, necesita de forma imperativa de la concurrencia de ambas voluntades.

Es claro, como la “voluntad común o el consenso” se proyecta desde las relaciones de familia y la responsabilidad parental (art. 638 y ss. del C.C. y Com.) hasta las relaciones patrimoniales (arts. 456 y 469 CC y Com.).

Sin embargo, así como se ha legislado sobre esos aspectos de la vida conyugal que necesitan del consenso, del mismo modo está instituido un mecanismo judicial para encauzar las más variadas desavenencias de importancia que se pueden presentar durante la vida conyugal en todas sus facetas.

En especial, nos referimos a esas decisiones y conductas que exceden la autonomía personal de los cónyuges, porque sus efectos se proyectan naturalmente en la vida en común, con especial afectación a los intereses y derechos del otro.

Para estos casos, la solución en principio está en la disposición del art. 642 del C.C. y Com. (Ley 26.994), en sintonía con su predecesor el art. 264 ter del Código de Vélez, que regula “El desacuerdo”.

Esta norma dispone que: “*En caso de desacuerdo entre los progenitores, cualquiera de ellos puede acudir al juez competente, quien debe resolver por el procedimiento más breve previsto por la ley local, previa audiencia de los progenitores con intervención del Ministerio Público...*”.

Desde la concepción y transitando el embarazo, pueden suscitarse serias diferencias que afecten derechos y generen obligaciones para ambos por igual, algunas descriptas de forma genérica, y otras legisladas de forma específica, como el caso de la mujer embarazada que tiene derecho a reclamar alimentos al progenitor presunto con la prueba sumaria de la filiación alegada (art. 665 C.C. y Com.).

Para este caso particular, entendemos que la falta de acuerdo o disenso sobre asuntos de trascendencia familiar gestada a partir de la concepción, no puede estar sometida a la voluntad potestativa de ninguno de los cónyuges, incluyendo, claro está, la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo.

El segundo de los requisitos se refiere al **peligro** de que la alteración de la situación de hecho, pueda influir en la sentencia o convertir en ineficaz o imposible su ejecución. En este sentido el peligro se encuentra acreditado por la naturaleza de la pretensión que persigue F. A. S. referida a la I.V.E. El tiempo resulta acotado en virtud de las disposiciones contenidas en la ley 27.610, que otorgan un plazo resumido o escueto dentro del periodo gestacional.

Por lo tanto, estando acreditada la verosimilitud del derecho descripta en los párrafos precedentes, a lo que se puede añadir que verdaderamente existe un peligro en la demora por el plazo de gestación, es que corresponde hacer lugar al recurso de apelación y revocar la sentencia, haciendo lugar a la medida cautelar de no innovar y ordenar a M. G. T. B. que se abstenga de cualquier práctica que tienda a interrumpir voluntariamente el embarazo, hasta tanto la cuestión de fondo sea discernida por el procedi-

FONDO EDITORIAL



MARÍA ELISA PETRELLI
(coordinadora)

**Manual de derecho
de familia**

ISBN 978-987-3790-51-5
456 páginas

Atención al cliente: (011) 3988-3256
Correo Electrónico: info@elderechodigital.com.ar
Redacción: (011) 4349-0277
www.elderechodigital.com.ar

miento más acotado que prevé nuestra ley procesal civil con intervención del Ministerio Público de Menores.

Contracautela: De acuerdo a lo dispuesto por el codificador en el art. 201 del C.P.C., las medidas precautorias se decretan bajo la responsabilidad de la parte que la solicita, quien debe dar caución por todas las costas, daños y perjuicios que pudiese ocasionar.

Ahora bien, siendo una medida especial dictada entre cónyuges, entendemos además que, lo más propicio es conceder la medida bajo caución personal del esposo, en la cual se comprometa a hacerse cargo de todos los gastos económicos que genere el embarazo, como así también los del parto, y que no sean expresamente cubiertos por la obra social respectiva.

A tal fin, el apelante, una vez notificada la presente, deberá concurrir personalmente a esta Sala Tercera de la Cámara Civil, munido de su DNI, a los fines de prestar en secretaría la mencionada caución.

Proceso Principal: Al haberse solicitado la medida cautelar como previa a la interposición de la demanda (art. 197 del C.P.C.) y dado el tiempo transcurrido desde dicha presentación en primera instancia (21/04/2021), corresponde acotar el plazo para deducir la demanda, la que deberá promoverse dentro de los tres (3) días de notificada la presente resolución, bajo apercibimiento de caducidad de la medida cautelar.

En el mismo sentido y encontrándose en juego derechos fundamentales de las personas, el proceso principal deberá sustanciarse de acuerdo al procedimiento estipulado en el art. 675 del C.P.C.

Teniéndose en cuenta estas circunstancias, corresponde mantener vigente la habilitación de días y horas inhábiles a los fines de la tramitación de este procedimiento cautelar.

Costas: En relación al pedido de imposición de costas a M. G. T. B., estimamos que no corresponde que se impongán las mismas al momento de decretar o denegar una medida cautelar. Ello es así, entendiendo que las costas generadas en el pedido de medidas precautorias siguen la suerte de las del proceso principal, porque el triunfador en el pleito original hubo de considerarse con derecho para peticionar medidas cautelares destinadas a asegurar la efectivización de su reclamación, aun cuando el afectado con la medida no hubiera intervenido ni se hubiese opuesto.

En razón de dicho criterio, no rige la doctrina según la cual, la omisión de pronunciamiento implica que lo son en el orden causado, pues el criterio que rige el caso específico de las cautelares es que deben serle impuestas a quien resulta vencido en el juicio principal, lo cual, por lo general impide una decisión de este tipo al momento de decretarla.

Por ello, los Señores Jueces Dres. Juan Carlos Noguera Ramos, Sergio Orlando Rodríguez y Juan Carlos Pérez, *resuelven:*



EL DERECHO

Diario de Doctrina y Jurisprudencia

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

ESTAMOS ATENTOS A LO QUE NECESITES

Atención al cliente: (011) 3988-3256

Correo Electrónico: info@elderechodigital.com.ar

Redacción: (011) 4349-0277

www.elderechodigital.com.ar

I - Hacer lugar al recurso de apelación deducido por F. A. S., en consecuencia, revocar la resolución dictada el 26/04/2021 en las hojas 48/51.

II - Ordenar, como medida cautelar de no innovar, a M. G. T. B. se abstenga de realizar cualquier práctica que tienda a interrumpir el embarazo hasta tanto la cuestión de fondo sea resuelta.

III - Fijar como contracautela la caución personal de F. A. S., en los términos expresados en el considerando correspondiente, quien deberá concurrir a la sede de este Tribunal a dicho fin.

IV - Intimar a F. A. S. para que, en el término de tres (3) días a partir de la notificación de la presente, interponga la demanda correspondiente al proceso principal, bajo pena de caducidad de la medida cautelar decretada.

V - Habilitar días y horas inhábiles a los efectos de la tramitación del procedimiento cautelar.

VI - Oficiar por secretaría del Tribunal a la D.O.S. y al Ministerio de Salud Pública de la Provincia a fin de que tomen conocimiento de la presente resolución.

Protocolícese, hágase saber y dese copia autorizada, bajen los autos. – Juan Carlos Noguera Ramos. – Sergio O. Rodríguez. – Juan Carlos Pérez (Sec.: Mariana Zapata).

DOCUMENTOS Y COMENTARIOS

En torno a la sentencia que suspendió un aborto por pedido del padre

El 1° de mayo de 2021, la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minerías de San Juan, Sala III, resolvió sobre el caso "S. F. A. c. T. B. M. G. s/ Cautelar", e hizo lugar a la medida cautelar de no innovar que pidió el padre de un hijo por nacer, disponiendo la suspensión del procedimiento de aborto que quería realizar su esposa. Previo a que la Cámara intervenga en estas actuaciones, el juez de primera instancia había denegado la medida solicitada por S. F. A., el padre del niño por nacer. Sin embargo, luego de que la madre se presentara en el expediente, el 5 de mayo de 2021, la misma Sala III dejó sin efecto la decisión porque el aborto ya se había realizado y devino abstracto el objeto de la causa.

Sin perjuicio de ello, la sentencia del 1° de mayo reviste importancia porque abordó un problema complejo que se presenta en el plano normativo en Argentina. En efecto, si bien la ley 27.610 legalizó el aborto hasta la semana 14 inclusive sin expresión de causa, subsisten otras normas referidas a la vida del "por nacer", a la responsabilidad parental conjunta y al matrimonio que entran en conflicto con la ley de aborto.

Así, en este breve boletín, hacemos una reseña de las razones jurídicas dadas por la Cámara para tomar la medida cautelar del 1° de mayo y formulamos algunas reflexiones conclusivas.

Los argumentos de la Cámara

La sentencia del 1° de mayo comienza rechazando un planteo de nulidad que había formulado el actor, dado que, en su opinión, no se le había dado intervención al Defensor de Menores, quien representa el interés del niño por nacer. Sin embargo, la Cámara rechazó ese pedido, ya que, en atención a lo acotado del proceso cautelar, consideró que la intervención del Defensor de Menores puede ser posterior al dictado de la medida y/o durante la tramitación del proceso de fondo.

Luego, la Cámara pasó a analizar los agravios esgrimidos, para lo cual enumeró los requisitos de procedencia procesales de la medida intentada, a saber: verosimilitud del derecho y peligro en la demora.

a) *Sobre la verosimilitud del derecho.* La Cámara destacó que mediante la prueba documental aportada –acta matrimonial–, el padre del niño había acreditado su vínculo de cónyuge con la demandada. El Tribunal señaló la falta de consideración de la jueza de primera instancia en desestimar el informe de la Obra Social Provincial, en donde surgía no solo el estado de gravidez de la demandada sino su expresa voluntad

documentada de proceder a practicarse un aborto. Además de la existencia de unos mensajes de WhatsApp certificados ante escribano público. Al considerar estas pruebas, la Cámara reconoció la veracidad de la situación jurídica que atraviesan las partes.

Dentro de su razonamiento, una vez asentado lo anterior, la Cámara avanzó sobre la cuestión planteada, es decir: "... si el progenitor está o no en condiciones de impedir, en el contexto de una medida cautelar, que se altere el estado de hecho con el fin de resguardar sus derechos como tal". Esto resulta así, ya que conforme con el vínculo marital acreditado se presume la paternidad del recurrente de acuerdo con el art. 566 del Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN).

La sentencia afirma que, si bien la ley 27.610 regula el aborto en Argentina, aquella norma no puede dejar de interpretarse a la luz de todo el sistema jurídico. En este sentido, la Cámara pone de manifiesto la imperiosa necesidad de interpretar aquella ley en concordancia con el CCyC. Así es como el Tribunal cita los arts. 638, 469 y concordantes del CCyC, que regulan las relaciones del derecho de familia que nacen del matrimonio. En particular, destacan que según el art. 431 del CCyC el matrimonio implica un "proyecto de vida en común". Se refieren también a las normas sobre responsabilidad parental y, específicamente, al art. 642 del CCyC, que habilita la intervención judicial en caso de desacuerdo entre los progenitores. Con este argumento de derecho, dice el fallo: "Para este caso particular, entendemos que la falta de acuerdo o disenso sobre asuntos de trascendencia familiar gestada a partir de la concepción, no puede estar sometida a la voluntad potestativa de ninguno de los cónyuges, incluyendo, claro está, la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo".

b) *Sobre el peligro en la demora.* El Tribunal entiende que este peligro queda también acreditado con lo sostenido más arriba, ya que la demora en el plazo de gestación retarda la aplicación de la ley de aborto, cuyos plazos son acotados.

Por este motivo, la Cámara revoca la decisión de grado ordenando que se resuelva el fondo del asunto dentro del proceso judicial más acotado y con la participación del Ministerio tutelar.

Finalmente, la sentencia ordenó que la contracautela sea juratoria, para lo cual el padre debe hacerse cargo de todos los gastos económicos que genere el embarazo de la madre del niño. Y, como la medida cautelar interpuesta fue autónoma y a efectos de respetar el principio de economía procesal y de acotar los plazos por el procedimiento más corto, se intimó al actor a presentar la demanda en el plazo de 3 días.

Reflexiones finales

Este precedente, aunque finalmente la causa haya devenido abstracta y se trate de una medida cautelar, pone en cuestión la ley de aborto frente al derecho del varón en su rol de padre.

Como aporte, hay que remarcar que es muy importante en este tipo de situaciones la intervención del Defensor de Menores en resguardo de los intereses y derechos de la persona menor de edad, especialmente cuando su interés está en conflicto con el de uno o ambos progenitores.

El fallo que comentamos funda la verosimilitud del derecho en el matrimonio y el proyecto de vida en común, así como también en las normas sobre desacuerdos en caso de diferencias de criterio entre los padres en el contexto de una responsabilidad parental compartida. En tal sentido, también creemos conveniente remarcar que la legalización del aborto contradice la lógica de CCyC en torno al comienzo de la existencia de la persona y la finalidad de la responsabilidad parental. De acuerdo con el art. 19 de aquel cuerpo normativo, la existencia de la persona humana comienza con la concepción. En consonancia con ello, el art. 24 dispone que las personas por nacer son incapaces de ejercicio. Luego, a través del art. 101 queda determinado que los padres son los representantes de las personas por nacer. En ese marco, el principal objetivo de la responsabilidad parental es la *protección, desarrollo y formación integral* del hijo (art. 638, CCyCN). Por su parte, el art. 646 del CCyCN pone en cabeza de los progenitores los

COLUMNA LEGISLATIVA

Legislación Nacional

Resolución General 4993 de mayo 14 de 2021 (AFIP) – Seguridad Social. Régimen Especial de Contrato de Trabajo para el Personal de Casas Particulares. Aportes y contribuciones con destino a la seguridad social. Nuevos importes (B.O. 17/5/2021).

deberes de cuidado del hijo y la consideración de sus necesidades específicas según sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo madurativo. El aborto, como eliminación deliberada de la persona por nacer, configura una decisión que contradice claramente estas normas.

Finalmente, en el caso que comentamos nos encontramos ante un supuesto de padres unidos en matrimonio. Ahora bien, para el eventual caso de un pedido de aborto en el que los padres no estén casados, hay que poner de relieve que, si se trata de personas en unión convivencial, también señala el art. 509 del CCyCN que estas uniones comparten un proyecto de vida común. Pero aun si los padres no estuvieran ni casados ni en convivencia, las normas sobre la responsabilidad parental también generarían el conflicto que se ha tratado en este caso. Ello así toda vez que el *reconocimiento* es una de las posibilidades para determinar la filiación extramatrimonial y, específicamente, el art. 574 del CCyCN contempla la posibilidad de reconocer un hijo por nacer. De este modo, resultan equiparados los derechos de los niños no nacidos dentro o fuera del matrimonio. Incluso el art. 665 del CCyC reconoce derecho a alimentos para la madre desde el embarazo. De allí que resultaría contradictorio que un padre pueda reconocer a su hijo por nacer, pero no pueda velar por su vida. Por dicho motivo, consideramos que, incluso fuera de la filiación matrimonial, un padre con responsabilidad parental cuenta con la legitimación activa para impulsar las acciones que estime pertinentes para cuidar la vida de su hijo no nacido.

LUDMILA A. VIAR y JUAN BAUTISTA ELETA
www.centrodebioetica.org

10 de mayo de 2021

VOCES: CONSTITUCIÓN NACIONAL - DERECHOS HUMANOS - PERSONA - FAMILIA - MENORES - DERECHO PENAL ESPECIAL - DELITOS CONTRA LA VIDA - ABORTO - BIOÉTICA - RESPONSABILIDAD PARENTAL - LEGITIMACIÓN PROCESAL - MÉDICOS - MEDIDAS CAUTELARES - PROHIBICIÓN DE INNOVAR - DEFENSOR DE MENORES - MATRIMONIO - ORDEN PÚBLICO - POLÍTICAS PÚBLICAS - DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

NOVEDADES



ÁNGEL MARCELO PAFUNDI

**PREVENCIÓN DEL DAÑO:
JUSTIFICACIÓN
Y MARCO REGULATORIO**

El Derecho
2020
235 páginas

Atención al cliente: (011) 3988-3256
Correo Electrónico: info@elderechodigital.com.ar
Redacción: (011) 4349-0277
www.elderechodigital.com.ar