

Dossier: Derecho a la identidad

Selección de Jurisprudencia y Doctrina

Contenido

JURISPRUDENCIA	4
I El derecho a la identidad	4
I.I Derecho a la identidad de género	21
I.II Derecho al nombre	47
II Los derechos del niño en relación a su identidad.....	55
II.II Derecho a conocer la identidad de origen.....	73
II.III Familia adoptiva.....	85
III Desaparecidos.....	91
IV Derecho a la identidad y medios de comunicación.....	94
V Delitos relacionados con la identidad de las personas.....	96
DOCTRINA.....	99
La CUIT y la diversidad de género: la transparencia de la desigualdad en la ley modelo interamericana de acceso a la información 2.0 (OEA).....	99
"Nuevos aires se acercan a los justiciables que por mucho tiempo fueron olvidados (Luego del fallo Sacayan)"	102
La objeción de conciencia sanitaria como barrera para acceder al aborto legal	111
Adopción y derecho a la identidad.....	117
La perspectiva de género en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación	132
El derecho a la identidad del descendiente de donante a la luz del fallo "C., E. M. y otros c/EN-M Salud s/Amparo" y de la Convención de los Derechos del Niño	136
Igualdad de género y licencia por paternidad	152
Transexualismo. La identidad sexual y los alcances jurídicos de su modificación	155
Ratificación del derecho a la identidad sexual en un caso de hermafroditismo.....	168
El poder y el derecho a la verdad biológica.....	170
El derecho a la identidad	182
La reforma al Código Civil: la protección del ser humano biológico, estético, moral, psíquico y económico	183
El realismo jurídico y el derecho al nombre	185
Construcciones jurídicas y filosóficas de la dignidad.....	186
La negativa a someterse a las pruebas biológicas en las acciones de filiación	198
Acerca de la extracción compulsiva de sangre en el proceso penal, a propósito de los casos "Vazquez" y "Feretton"	207
El hábeas data: una garantía instrumental tendiente a tutelar una multiplicidad de derechos fundamentales.....	216
La revisión de la cosa juzgada en las sentencias de filiación.....	225
NORMATIVA	231

Ley 26.061.....	231
Ley 25.457.....	249
Ley 2957.....	251
Ley B 3.055	253
Decreto nacional 715/2004.....	254

JURISPRUDENCIA

I | El derecho a la identidad

Sumario nro. A0083120

TEMA

DERECHO A LA IDENTIDAD-DERECHOS PERSONALISIMOS

TEXTO

El derecho a la identidad individual está reconocido en relación a las personas humanas (art 52. del Código Civil y Comercial de la Nación); y comprende tanto la identidad estática como la dinámica; este derecho encuentra su fundamento axiológico en la dignidad del ser humano y fundamento legal como derecho personalísimo (Voto del juez Lorenzetti).

REFERENCIAS

*Referencias Normativas: **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.52*

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

(Rosatti (según su voto) - Rosenkrantz - Maqueda - Lorenzetti (según su voto))

Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Asociación Civil Asamblea Permanente por los Derechos Humanos c/

Dirección General de Escuelas s/ acción de amparo

SENTENCIA del 23 DE AGOSTO DE 2022

Sumario nro. S0011425

TEMA

PROCEDENCIA DEL RECURSO-HABEAS DATA-LEY VIGENTE-ANTECEDENTES PENALES-
DERECHO A LA IDENTIDAD-DERECHO A LA INTIMIDAD-DERECHO AL HONOR

TEXTO

Procede hacer lugar al recurso de apelación deducido por actor, y en consecuencia, revocar la sentencia -que había rechazado la acción de hábeas data- y ordenar a la División de Antecedentes de la Policía de la Provincia de Salta se abstenga de informar como antecedentes penales del actor, las causas "Sobre falsificación" y "Lesiones y amenazas", ello pues, conforme lo dispuesto por el art. 89 de la Constitución de la provincia de Salta, toda persona podrá interponer acción expedita de hábeas data para tomar conocimiento de los datos referidos a ella o a sus bienes, y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes. En caso de datos falsos, erróneos, obsoletos o de carácter discriminatorio, se podrá exigir la supresión, rectificación confidencialidad o actualización de aquéllos; no podrá afectarse el secreto de las fuentes periodísticas. El marco normativo específico en relación a esta garantía se completa con la Ley Nacional 25356 de Protección de Datos Personales a la que por Ley 7935 adhirió la Provincia de Salta. Asimismo, Con una redacción semejante, el art. 43 de la CN contempla la acción de hábeas data junto con las garantías constitucionales de amparo y hábeas corpus. En el caso, la antigüedad de los datos -casi 40 años de uno y 30 años del otro- y principalmente el hecho de que se trate de actuaciones penales en que no habría recaído sentencia condenatoria, permite advertir la inutilidad e impertinencia de aquella registración para cumplir los fines a los cuales se encuentra encaminada. A su vez, la Ley 25326 consagra también el derecho al olvido respecto a los datos personales registrados con fines policiales, que deberán cancelarse cuando no sean necesarios para las averiguaciones que motivaron su almacenamiento. Las circunstancias descriptas al descartar

una colisión entre los principios involucrados en el caso, ponen en evidencia la ostensible afectación señalada por el actor en su derecho a la identidad, intimidad y honor respecto de datos que resultan, indudablemente, sensibles a tenor de la incidencia que provocan en su vida, especialmente, en el ámbito laboral donde su registración se constituyó en un obstáculo para la toma de posesión de cargos que consiguió en el devenir de su vida profesional.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución de la Nación Argentina Art.43, LEY 25326, LEY 7.935

FALLOS

CORTE DE JUSTICIA , SALTA, SALTA

(Teresa Ovejero Cornejo - Adriana Rodríguez Faraldo - Ernesto R. Samsón - Sergio Fabián Vittar - Horacio José Aguilar - Sandra Bonari - Guillermo Alberto Catalano - María Alejandra Gauffin)

L. S., J. O. c/ Policía de la Provincia de Salta s/ hábeas data - recurso de apelación

SENTENCIA del 1 DE FEBRERO DE 2022

Identificación SAIJ : A0076631

TEMA

EXILIADOS POLITICOS-BENEFICIOS PARA DETENIDOS A DISPOSICION DEL PODER EJECUTIVO NACIONAL-HIJOS DE ARGENTINOS NACIDOS EN EL EXTRANJERO-DERECHO A LA IDENTIDAD

Corresponde revocar la sentencia que convalidó la resolución que había denegado el beneficio previsto en la ley 24.043 ya que, de acuerdo con la vocación reparatoria de esta ley y de todas las que la complementaron y el espíritu que guió al Congreso Nacional al dictarlas, habiéndose aceptado ampliamente el derecho de quienes se vieron en la necesidad de exiliarse para poder preservar su vida e integridad, carecería de justificativo válido desconocer idéntico derecho a los hijos de esos exiliados, que estuvieron impedidos de nacer en la patria de sus padres por razones completamente ajenas a ellos y desvinculadas con el libre ejercicio del derecho a elegir su propio plan de vida, afectándose arbitrariamente su derecho a la identidad y a la permanencia cultural.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: LEY 24043

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

(LORENZETTI, HIGHTON, FAYT, MAQUEDA, ZAFFARONI)

De Maio, Ana de las Mercedes c/ M° J y DDHH - art 3 Ley 24043 - resol. 1147/09 (ex 166.457/08)

SENTENCIA del 16 DE SETIEMBRE DE 2014

Nro.Fallo: 14000141

Identificación SAIJ : B0957466

TEMA

ACCION DE AMPARO-FECUNDACION IN VITRO-MATRIMONIO IGUALITARIO-DERECHO A LA IDENTIDAD

Por aplicación de la ley 26.862 y los tratados internacionales con jerarquía constitucional, la obra social de la provincia de Buenos Aires debe otorgar cobertura a un matrimonio de mujeres para la realización del tratamiento de fertilización in vitro con donación ovocitaria y de espermatozoides, como así también deberá tomar los recaudos a que hubiere lugar para almacenar ocultos todos los datos de los donantes anónimos, los

que solo se revelarán eventualmente y de ser requeridos en el futuro por el niño pero también, del joven o adulto, vinculado todo con su derecho a la real identidad, o en su caso, por aspectos inherentes y vinculados a su salud física o psíquica.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: LEY 26.862

FALLOS

TRIBUNAL EN LO CRIMINAL Nro 4 , LA PLATA, BUENOS AIRES
(Julio Germán Alegre - Juan Carlos Bruni - Emir Alfredo Caputo Tártara)
N., V. A. y otra c/ Instituto Obra Médico Asistencial (IOMA) s/ amparo
SENTENCIA del 18 DE JUNIO DE 2014
Nro.Fallo: 14010084

Identificación SAIJ : B0957273

TEMA

DERECHO A LA IDENTIDAD-LEGITIMACION ACTIVA-IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD
La falta de incorporación del pretense padre biológico entre los legitimados activos para impugnar la paternidad matrimonial lícitamente concebida responde de ordinario a una solución de aceptable política legislativa que tiende a la tutela de la seguridad jurídica a través de la consolidación del estado de familia que en opinión del legislador constituye el valor más beneficioso para el hijo, especialmente en su etapa formativa, a quien se le permite, atento resultar de su inherencia personal el conocimiento en todo tiempo de su identidad biológica a través del desplazamiento de una filiación no acorde con el lazo biológico (Del voto del Dr. Pettigiani)

FALLOS

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA , LA PLATA, BUENOS AIRES
(Negri - De Lázari - Hitters - Genoud - Soria - Pettigiani)
L. , J. A. c/ J. , P. V. y L. , V.B. s/ Impugnación de paternidad
SENTENCIA del 28 DE MAYO DE 2014
Nro.Fallo: 14010035

Identificación SAIJ : B0957271

TEMA

DERECHO A LA IDENTIDAD-LEGITIMACION ACTIVA-IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD
La limitación para impugnar la paternidad prevista en el art. 259 del Código Civil no atenta contra el derecho a la identidad del menor, quien tiene abierta la potestad de cuestionar dicha paternidad en todo tiempo, es que, el legislador ha buscado proteger a las personas de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada y familiar, consagrando así -como lo sostiene el máximo Tribunal federal- una reglamentación posible de los valores en tensión. (Del voto del Dr. Hitters)

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 340 Art.259

FALLOS

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA , LA PLATA, BUENOS AIRES
(Negri - De Lázari - Hitters - Genoud - Soria - Pettigiani)

L. , J. A. c/ J. , P. V. y L. , V.B. s/ Impugnación de paternidad
SENTENCIA del 28 DE MAYO DE 2014
Nro.Fallo: 14010035

Identificación SAIJ : B0957272

TEMA

DERECHO A LA IDENTIDAD-LEGITIMACION ACTIVA-IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD-
INTERES SUPERIOR DEL NIÑO

Carece de legitimación el presunto progenitor para impugnar la paternidad matrimonial, si la niña tiene un padre al que reconoce como tal, conoce cuál es su verdad y desea preservar los vínculos familiares que en la actualidad le brindan contención y protección, pues la menor tiene abierta la acción del art. 259 del Código Civil en todo tiempo y es un derecho que puede o no ejercer. (Del voto del Dr. Genoud)

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 340 Art.259

FALLOS

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA , LA PLATA, BUENOS AIRES
(Negri - De Lázzari - Hitters - Genoud - Soria - Pettigiani)
L. , J. A. c/ J. , P. V. y L. , V.B. s/ Impugnación de paternidad
SENTENCIA del 28 DE MAYO DE 2014
Nro.Fallo: 14010035

Identificación SAIJ : B0957282

TEMA

DERECHO A LA IDENTIDAD-LEGITIMACION ACTIVA-IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD
Es irrazonable la solución contenida en el art. 259 del Código Civil -en cuanto a los legitimados para impugnar la paternidad matrimonial - pues el ordenamiento constitucional, en suma, tiende a garantizar, antes que a cercenar, la disponibilidad de los medios jurídicos para proveerle al menor su auténtico emplazamiento filial. El derecho a la identidad se contrapone a la primacía de la ignorancia. Mal puede armonizarse con un engranaje normativo que evite conformar el vínculo paterno-filial buscado por quien, lejos de eludir compromisos, quiere asumir su paternidad. (Del voto en disidencia del Dr. Soria)

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 340 Art.259

FALLOS

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA , LA PLATA, BUENOS AIRES
(Negri - De Lázzari - Hitters - Genoud - Soria - Pettigiani)
L. , J. A. c/ J. , P. V. y L. , V.B. s/ Impugnación de paternidad
SENTENCIA del 28 DE MAYO DE 2014
Nro.Fallo: 14010035

Identificación SAIJ : B0957280

TEMA

DERECHO A LA IDENTIDAD-LEGITIMACION ACTIVA-IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD
Corresponde reconocerle legitimación al presunto progenitor para impugnar la paternidad patrimonial, pues la restricción prevista en el art. 259 del Código Civil luce excesiva o desproporcionada, y, por tanto, irrazonable (art. 28, C.N.), dado que el interés de quien acciona subyace la búsqueda de la verdad, de la identidad y de la responsabilidad inherente al vínculo parental al que aspira, todo lo cual reposa en una base verosímil de argumentación, ya que, si bien la corrección del estudio de ADN no fue consentida por quienes hoy día figuran como padre y madre de la menor, dicha prueba constituye un elemento digno de consideración, no desvirtuado aún en el proceso. (Del voto en disidencia del Dr. Soria)

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 340 Art.259, Constitución Nacional Art.28

FALLOS

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA , LA PLATA, BUENOS AIRES

(Negri - De Lázzari - Hitters - Genoud - Soria - Pettigiani)

L. , J. A. c/ J. , P. V. y L. , V.B. s/ Impugnación de paternidad

SENTENCIA del 28 DE MAYO DE 2014

Nro.Fallo: 14010035

Identificación SAIJ : B0957275

TEMA

DERECHO A LA IDENTIDAD-LEGITIMACION ACTIVA-IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD-DISCRIMINACION-FILIACION MATRIMONIAL-FILIACION EXTRAMATRIMONIAL

El art. 259 del Código Civil tampoco constituye una discriminación entre la filiación matrimonial y la extramatrimonial incompatible con la igualdad de efectos a que se refiere el artículo 240, 2º párrafo, del Código Civil, pues tal interpretación de la ley no discrimina desde el punto de vista valorativo a los hijos matrimoniales de los extramatrimoniales, cuyos derechos no sufren mengua, ya que ambos poseen legitimación, siendo en cambio razonable respecto a los padres, ya que vincula la distinción con una circunstancia de hecho diferencial como lo es la concepción del hijo durante el matrimonio. No se trata pues de una calificación de las filiaciones y no se infringe la equiparación de los efectos que establece el citado artículo 240 del Código Civil. (Del voto del Dr. Pettigiani)

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 340 Art.240, Ley 340 Art.259

FALLOS

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA , LA PLATA, BUENOS AIRES

(Negri - De Lázzari - Hitters - Genoud - Soria - Pettigiani)

L. , J. A. c/ J. , P. V. y L. , V.B. s/ Impugnación de paternidad

SENTENCIA del 28 DE MAYO DE 2014

Nro.Fallo: 14010035

Identificación SAIJ : B0957276

TEMA

DERECHO A LA IDENTIDAD-LEGITIMACION ACTIVA-IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD-DISCRIMINACION

La presunción de paternidad matrimonial, que es uno de los pilares fundamentales en que se asienta el derecho de filiación matrimonial, tiene

su fundamento en el valor institucional de la familia matrimonial y en la conveniencia de dar emplazamiento inmediato al niño nacido durante el matrimonio. (Del voto del Dr. Pettigiani)

FALLOS

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA , LA PLATA, BUENOS AIRES

(Negri - De Lázzari - Hitters - Genoud - Soria - Pettigiani)

L. , J. A. c/ J. , P. V. y L. , V.B. s/ Impugnación de paternidad

SENTENCIA del 28 DE MAYO DE 2014

Nro.Fallo: 14010035

Identificación SAIJ : B0957266

TEMA

DERECHO A LA IDENTIDAD-LEGITIMACION ACTIVA-IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD-INTERES SUPERIOR DEL NIÑO

Es insuficiente la invocación del derecho a la identidad del niño realizada por el presunto progenitor a fin de que se le reconozca legitimación para impugnar la paternidad matrimonial -art. 259 del Código Civil-, pues cuando la Convención sobre los Derechos del Niño hace referencia a los "padres", a las "relaciones familiares" y a la "identidad" no necesariamente apunta al progenitor del niño, o a los vínculos emergentes de la sangre, o a la pura identidad estática, sino que incluye también a la función paterna que pudo haber desplegado otro sujeto aunque no haya sido el responsable de haber engendrado, a relaciones no nacidas de la naturaleza, y en fin, a la identidad dinámica conformada por los lazos sociales. Con el mismo sentido cabe realizar la exégesis de la ley del niño 26.061, que conforme a sus normas exige respetar el "centro de vida" del hijo (arts. 3 inc. f) y su "identidad".

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 340 Art.259, LEY 26.061, LEY 26.061 Art.3

FALLOS

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA , LA PLATA, BUENOS AIRES

(Negri - De Lázzari - Hitters - Genoud - Soria - Pettigiani)

L. , J. A. c/ J. , P. V. y L. , V.B. s/ Impugnación de paternidad

SENTENCIA del 28 DE MAYO DE 2014

Nro.Fallo: 14010035

Identificación SAIJ : B0957265

TEMA

IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD-DERECHO A LA IDENTIDAD-DERECHO A CONOCER LA IDENTIDAD BIOLOGICA-LEGITIMACION ACTIVA-INTERES SUPERIOR DEL NIÑO

Cuando la unión entre los cónyuges ha cesado y el estado de hijo matrimonial no concuerda con dicha posesión de estado, la acción que ejerza el presunto progenitor no constituye una intromisión en la vida familiar -impugnación de la paternidad matrimonial, art. 259 del Código Civil-, pues esta última en los hechos no existe. En cambio, cuando el emplazamiento del hijo matrimonial refleja la continuidad de una relación familiar -enclavada en ambos esposos, en donde el marido cumple el rol paterno-otorgar al presunto progenitor la legitimación, bajo la sola razón de asentarse en la verdadera realidad biológica, contraría el interés de cada uno de los integrantes del grupo familiar que, individualmente, tienen

derecho al respeto de la vida privada y familiar -arts. 11.2, 17 y 19 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos-

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 340 Art.259, Ley 23.054 Art.11, Ley 23.054 Art.17, Ley 23.054 Art.19

FALLOS

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA , LA PLATA, BUENOS AIRES

(Negri - De Lázzari - Hitters - Genoud - Soria - Pettigiani)

L. , J. A. c/ J. , P. V. y L. , V.B. s/ Impugnación de paternidad

SENTENCIA del 28 DE MAYO DE 2014

Nro.Fallo: 14010035

Identificación SAIJ : B0957267

TEMA

DERECHO A LA IDENTIDAD-LEGITIMACION ACTIVA-IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD-INTERES SUPERIOR DEL NIÑO

Si el menor goza de la posesión de estado con respecto a su verdadero padre -presunto progenitor-, corresponde otorgarle a éste último la legitimación para el esclarecimiento de la verdadera paternidad -impugnación de la paternidad matrimonial, art. 259 CC -, mientras que, si por el contrario, el niño es tratado como hijo por el marido de la madre -elemento que además de construir la presunción legal del nexo biológico, en la generalidad de los casos revela que la familia continúa la convivencia- sería más beneficioso para el menor que el derecho proteja esa realidad humana, ya que el carácter matrimonial del hijo no se encontraría amparado por una ficción legal de paternidad sino por una situación de hecho que tiene mayor peso y beneficio para él.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 340 Art.259

FALLOS

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA , LA PLATA, BUENOS AIRES

(Negri - De Lázzari - Hitters - Genoud - Soria - Pettigiani)

L. , J. A. c/ J. , P. V. y L. , V.B. s/ Impugnación de paternidad

SENTENCIA del 28 DE MAYO DE 2014

Nro.Fallo: 14010035

Identificación SAIJ : B0957270

TEMA

DERECHO A LA IDENTIDAD-LEGITIMACION ACTIVA-IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD

La enumeración de los legitimados para impugnar la paternidad matrimonial prevista en el art. 259 del Código Civil, es limitativa y por ende no puede interpretarse extensivamente. (Del voto del Dr. Hitters)

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 340 Art.259

FALLOS

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA , LA PLATA, BUENOS AIRES

(Negri - De Lázari - Hitters - Genoud - Soria - Pettigiani)
L. , J. A. c/ J. , P. V. y L. , V.B. s/ Impugnación de paternidad
SENTENCIA del 28 DE MAYO DE 2014
Nro.Fallo: 14010035

Identificación SAIJ : B0957269

TEMA

DERECHO A LA IDENTIDAD-LEGITIMACION ACTIVA-IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD
La indagación de la filiación eliminada por delitos aberrantes, como puede ser el secuestro y tráfico de menores, en los que la búsqueda de la verdad por parte de un tercero tiene como antecedente la comisión de un delito gravísimo y no una supuesta "infidelidad doméstica", las investigaciones penales pueden y deben tener como efecto el hallazgo de la identidad suprimida y la rectificación de las partidas respectivas. En tales situaciones la acción civil -art. 259 del Código Civil- para retraer los efectos dañosos del delito no tiene límite alguno. (Del voto del Dr. Hitters)

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 340 Art.259

FALLOS

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA , LA PLATA, BUENOS AIRES
(Negri - De Lázari - Hitters - Genoud - Soria - Pettigiani)
L. , J. A. c/ J. , P. V. y L. , V.B. s/ Impugnación de paternidad
SENTENCIA del 28 DE MAYO DE 2014
Nro.Fallo: 14010035

Identificación SAIJ : B0957274

TEMA

DERECHO A LA IDENTIDAD-LEGITIMACION ACTIVA-IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD-DISCRIMINACION-DERECHO DE IGUALDAD ANTE LA LEY
La taxativa enunciación de los legitimados activos para impugnar la paternidad matrimonial -art. 259 del Código Civil- no constituye una regulación discriminatoria referente a la protección de la ley, ni viola la garantía constitucional de la igualdad por trato en el goce de los derechos que se reconocen a otros en situaciones que se pretenden similares, pues el principio de igualdad de todas las personas ante la ley no es otra cosa que "el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias", donde no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva a la dignidad humana. (Del voto del Dr. Pettigiani)

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 340 Art.259

FALLOS

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA , LA PLATA, BUENOS AIRES
(Negri - De Lázari - Hitters - Genoud - Soria - Pettigiani)
L. , J. A. c/ J. , P. V. y L. , V.B. s/ Impugnación de paternidad
SENTENCIA del 28 DE MAYO DE 2014
Nro.Fallo: 14010035

Identificación SAIJ : B0957277

TEMA

DERECHO A LA IDENTIDAD-LEGITIMACION ACTIVA-IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD-DISCRIMINACION-INTERES SUPERIOR DEL NIÑO

Deviene razonable la limitación establecida en el art. 259 del Código Civil, dado que la menor, cuya paternidad matrimonial pretende desvirtuar el presunto progentiror, ha construido desde hace muchos años un valioso y consolidado vínculo afectivo mutuamente correspondido con quienes llama "sus padres", que no desea modificar, y en la mira del superior interés de la menor a partir de una apetencia de justicia realista -en el sentido enfático que consagra el art. 75 inc. 23 de la Constitución nacional- y humana, despojada de formalismos estériles, corresponde hoy tutelar esos estrechos lazos afectivos que la unen con quien ha asumido para con ella el rol paterno, dándole seguridad a la relación familiar en la que hoy se encuentra integrada, consolidando la adaptación a su medio actual y eliminando el temor a la pérdida del afecto de aquellos a quienes también quiere, de modo que las resultas de este proceso la conduzcan al buen puerto de que sea ella quien -en cualquier tiempo- decida resolver la cuestión de su identidad de origen sin verse forzosamente afectada por efecto de lo obrado en el marco de las presentes actuaciones. (Del voto del Dr. Pettigiani)

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 340 Art.259, Constitución Nacional Art.75

FALLOS

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA , LA PLATA, BUENOS AIRES

(Negri - De Lázari - Hitters - Genoud - Soria - Pettigiani)

L. , J. A. c/ J. , P. V. y L. , V.B. s/ Impugnación de paternidad

SENTENCIA del 28 DE MAYO DE 2014

Nro.Fallo: 14010035

Identificación SAIJ : B0957284

TEMA

DERECHO A LA IDENTIDAD-LEGITIMACION ACTIVA-IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD-FILIACION MATRIMONIAL-FILIACION EXTRAMATRIMONIAL

La determinación normativa plasmada en el art. 259 del Código Civil priva de acceso a la justicia a quien invoca un genuino y respetable interés referido a la verdad biológica del vínculo paterno-filial cuya desconsideración absoluta no guarda proporción con los fines de resguardo a la intimidad y sosiego del grupo familiar; afecta o puede poner en riesgo el derecho a la identidad del menor; menoscaba la legítima aspiración de paternidad a formularse por quien procura asumir, no rehuir, las responsabilidades emergentes de tal condición y, a la par, denota un trato legal diferencial entre quienes reclaman instituir una relación de paternidad matrimonial y quienes lo hacen en un marco extramatrimonial. (Del voto en disidencia del Dr. Soria)

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 340 Art.259

FALLOS

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA , LA PLATA, BUENOS AIRES

(Negri - De Lázari - Hitters - Genoud - Soria - Pettigiani)

L. , J. A. c/ J. , P. V. y L. , V.B. s/ Impugnación de paternidad
SENTENCIA del 28 DE MAYO DE 2014
Nro.Fallo: 14010035

Identificación SAIJ : B0957283

TEMA

DERECHO A LA IDENTIDAD-LEGITIMACION ACTIVA-IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD-FILIACION MATRIMONIAL-FILIACION EXTRAMATRIMONIAL
El mantenimiento de la restricción para impugnar la paternidad matrimonial, prevista en el art. 259 del Código Civil, lleva consigo una desigualdad injustificable entre los hijos matrimoniales y los extramatrimoniales, pues el reconocimiento voluntario de un hijo en el marco de una unión extramatrimonial, está expuesto a que cualquier interesado -entre ellos, quien invoque ser el padre biológico - impugne la paternidad, con arreglo a lo previsto en el art. 263 del Código Civil, mientras que, por el contrario, frente al emplazamiento del menor como hijo matrimonial del esposo de la madre con base en la presunción legal del art. 243, el padre biológico carecería de tal derecho ya que la ley no lo legitima a demandar el desplazamiento previo del estado filial del menor (art. 259 del C.C.). Determinaciones legales tan opuestas entre ambas situaciones personales y familiares dan cuenta de una discriminación inconstitucional -art. 16, CN-. (Del voto en disidencia del Dr. Soria)

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 340 Art.243, Ley 340 Art.259, Ley 340 Art.263, Constitución Nacional Art.16

FALLOS

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA , LA PLATA, BUENOS AIRES
(Negri - De Lázzari - Hitters - Genoud - Soria - Pettigiani)
L. , J. A. c/ J. , P. V. y L. , V.B. s/ Impugnación de paternidad
SENTENCIA del 28 DE MAYO DE 2014
Nro.Fallo: 14010035

Identificación SAIJ : B0957281

TEMA

DERECHO A LA IDENTIDAD-LEGITIMACION ACTIVA-IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD
La denegatoria de legitimación al padre biológico -para impugnar la paternidad matrimonial, art. 259 Código Civil -puede coadyuvar a impedir o evitar el emplazamiento de su hijo menor con arreglo a aquella realidad. Evidencia, así, un factor potencialmente gravitante en forma negativa en lo tocante al acceso de la menor a un dato clave para el conocimiento y desarrollo de su identidad. (Del voto en disidencia del Dr. Soria)

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 340 Art.259

FALLOS

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA , LA PLATA, BUENOS AIRES
(Negri - De Lázzari - Hitters - Genoud - Soria - Pettigiani)
L. , J. A. c/ J. , P. V. y L. , V.B. s/ Impugnación de paternidad

SENTENCIA del 28 DE MAYO DE 2014
Nro.Fallo: 14010035

Identificación SAIJ : A0076171

TEMA

PUEBLOS ORIGINARIOS-DERECHO A LA IDENTIDAD-DECRETOS PROVINCIALES-
INCONSTITUCIONALIDAD

Cabe revocar la sentencia del superior tribunal local que se apartó de lo resuelto por la Corte en su anterior intervención en el caso, cuando dejó sin efecto por arbitraria la sentencia que rechazó la demanda de inconstitucionalidad del decreto 1184/02 de la Provincia del Neuquén - reglamentario de la ley nacional de política indígena 23.302-, pues tal decreto es inconstitucional en la medida que no se adecua al "umbral mínimo" establecido en el orden normativa federal, por lo que cabe requerir a la provincia demandada que ajuste su legislación en materia de derechos y política indígena cuestionada en estas actuaciones a los estándares mínimos que en lo pertinente surgen del bloque normativo federal, en particular en cuanto a la identificación por vía de autoconciencia, en cuanto al asentamiento mínimo de tres familias y en cuanto a la consulta obligatoria al pueblo originario.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: LEY 23302

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL
FEDERAL

(Fayt, Highton, Zaffaroni, Maqueda)

Confederación Indígena del Neuquén c/ Provincia del Neuquén s/ acción de inconstitucionalidad
SENTENCIA del 10 DE DICIEMBRE DE 2013

Nro.Fallo: 13000190

Identificación SAIJ : A0076172

TEMA

PUEBLOS ORIGINARIOS-DERECHO A LA IDENTIDAD-DECRETOS PROVINCIALES-
INCONSTITUCIONALIDAD

Cabe revocar la sentencia del superior tribunal local que se apartó de lo resuelto por la Corte en su anterior intervención en el caso, cuando dejó sin efecto por arbitraria la sentencia que rechazó la demanda de inconstitucionalidad del decreto 1184/02 de la Provincia del Neuquén - reglamentario de la ley nacional de política indígena 23.302-, pues no solo no prevé el concepto de "auto identificación" establecido por el art. 20 de la ley nacional 23.302 y por el art. 1º inciso 2º del Convenio 169 de la OIT como un criterio fundamental de inscripción, sino que lo sustituye por el principio opuesto de identificación del Estado, existiendo al efecto dos criterios o elementos de identificación de los pueblos originarios, el criterio objetivo que alude a un hecho histórico y a un hecho actual, en tal caso se identificarán como pueblos indígenas a aquellos pueblos que descienden de pueblos que preexisten a los estados actuales (elemento histórico) y que en la actualidad conserven en alguna medida sus formas de vida e instituciones políticas (elemento actual); y el criterio subjetivo que contempla expresamente la ley nacional de política indígena y el convenio internacional precitado, que se refiere a la autoconciencia que tienen los pueblos de su propia identidad indígena.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: LEY 23302 Art.20

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

(Fayt, Highton, Zaffaroni, Maqueda)

Confederación Indígena del Neuquén c/ Provincia del Neuquén s/ acción de inconstitucionalidad

SENTENCIA del 10 DE DICIEMBRE DE 2013

Nro.Fallo: 13000190

Identificación SAJ : R0020972

TEMA

OBLIGACION ALIMENTARIA-CONVENCION DE LOS DERECHOS DEL NIÑO-DERECHO A LA IDENTIDAD

En orden a la determinación de la obligación alimentaria, corresponde considerar que la faceta dinámica del derecho a la identidad de la menor que recibió trato de hija por parte del demandado que fuera pareja de su madre -faceta esencialmente cambiante, configurada por lo que constituye el patrimonio ideológico cultural y vital de la personalidad que se trasunta en el exterior y que se refiere a hechos objetivos por los cuales se identifica a la persona, a través de su historia individual y social-, se encuentra tutelada en relación al demandado por el art. 75 inc. 22 CN que, al incorporar la "Declaración Internacional de los Derechos del Niño", obliga a interpretar el derecho de familia bajo nuevas premisas, entre ellas el "favor minoris", que exige que el derecho a la "identidad" de los niños sea entendido en un sentido amplio, comprensivo tanto de la faz estática como dinámica, a lo cual se suma que en toda cuestión en que se vean afectados derechos de los niños, se debe resolver respetando su interés superior (art. 3 de la declaración citada).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art.75

FALLOS

CAMARA DE APEL. EN LO CIVIL, COM. Y CONTENC. ADM. 1RA. NOM. , SAN FRANCISCO, CORDOBA (Perrachione - Vanzetti)

G., S. C. c/ L., D

SENTENCIA del 13 DE DICIEMBRE DE 2012

Nro.Fallo: 12160163

.....

Identificación SAJ : 70016778

TEMA

AMPARO:PROCEDENCIA;FUNDAMENTO;REQUISITOS EXTRINSECOS-DERECHO A LA IDENTIDAD-CAMBIO DE SEXO

La parte actora interpone acción de amparo en contra del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, al haberse rechazado lo solicitado, en relación cambio de su nombre registral, del sexo registral y la emisión de nuevo documento nacional de identidad.

Conforme a las constancias obrantes en autos, se encuentran acreditados los requisitos procesales extrínsecos para declarar la procedencia formal de la acción de amparo deducida, en orden a lo previsto por los Arts.1 y 6 de la ley adjetiva, por cuanto la decisión de autoridad pública subordina la resolución de la situación planteada por el amparista a la autorización de juez competente, la que valorada prima facie restringiría derechos reconocidos implícitamente por nuestro ordenamiento constitucional.

Que asimismo debe tenerse a la acción por interpuesta en tiempo hábil, por cuanto la hipotética lesión a los derechos personalísimos de raigambre constitucional invocados, se renueva de manera continua, pues subyace un reclamo por la dignidad personal, que debe ser objeto de la respuesta jurisdiccional.

En sentido concordante en caso de idénticas características la Corte de Justicia de Tucumán ha sostenido que debe repararse en las particularidades del caso: "...esto es al derecho a la personalidad misma y al ejercicio de derechos personalísimos, a la identidad sexual, a un proyecto de vida y a una determinada calidad de vida a partir de tal identidad" (del voto de la Dra. Sbdar, publicado en la LLNoroeste, Año16, N°01, Febrero 2012).-

Este juicio de admisibilidad formal se resuelve, sin perjuicio de que los recaudos de procedibilidad sustancial de la acción sean merituados en la etapa procesal oportuna, donde el Tribunal hace pleno uso de sus facultades jurisdiccionales.

Por lo que corresponde declarar la admisibilidad formal de la acción de amparo interpuesta.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Decreto Ley 4.642/91 de Catamarca Art.1, Decreto Ley 4.642/91 de Catamarca Art.6

FALLOS

CORTE DE JUSTICIA , SAN FERNANDO DEL VALLE DE CATAMARCA, CATAMARCA
(Amelia Sesto de Leiva José Ricardo Cáceres Luis Raúl Cippitelli)
Reinoso, Ricardo Daniel c/ Registro Civil y de Capacidad de las Personas s/ Acción de Amparo
INTERLOCUTORIO, 14712 del 30 DE JULIO DE 2012
Nro.Fallo: 12300180

.....
Identificación SAIJ: S0008195

TEMA

**DERECHO A LA IDENTIDAD DE GÉNERO-CAMBIO DE SEXO-PARTIDA DE NACIMIENTO-NULIDAD
DEL ACTO JURÍDICO**

Si bien procede rectificar la partida de nacimiento de la actora e inscribirla como de sexo femenino, nopuede declararse la nulidad de dicho documento, ya que las nulidades son de interpretación restrictiva y ningún vicio originario puede imputarse a la partida en cuestión. Además, su vigencia no le

impide el desarrollo normal de sus actividades, ya que no es necesaria la exhibición de la misma prácticamente en ninguno de los actos de la vida en relación, sino en muy escasos trámites, que son muy específicos, privados y reservados, por lo que no conllevan una exposición pública.

DATOS DEL FALLO

CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL , SALTA, SALTA

(Montalbeti - Ibáñez de Alemán)

N. N. s/ Rectificación de partida

SENTENCIA, 247556/08 del 27 DE ABRIL DE 2012

Nro.Fallo: 12170000

Identificación SAIJ: S0008194

SUMARIO

DERECHO A LA IDENTIDAD DE GÉNERO-PARTIDA DE NACIMIENTO-RECTIFICACIÓN DE PARTIDA

DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES-CAMBIO DE SEXO

Debe admitirse el pedido de rectificación de la partida de nacimiento de la parte actora e inscribirla con el nombre de su elección, pues se encuentra acreditado que ,sta, pese a su sexo de nacimiento, vive y se relaciona identificada con el g,nero femenino, situación que queda enmarcada en el art. 19 de la Constitución Nacional y no puede ser juzgada, ni objeto de reproche público, y si bien no surge que la operación de cambio de sexo se hubiese realizado, nadie puede ser forzado a hacerla para obtener la protección estatal que le corresponde como ser humano.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art.19

DATOS DEL FALLO

CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL , SALTA, SALTA

(Montalbeti - Ibáñez de Alemán)

N. N. s/ Rectificación de partida

SENTENCIA, 247556/08 del 27 DE ABRIL DE 2012

Nro.Fallo: 12170000

Identificación SAIJ: S0008196

SUMARIO

DERECHO A LA IDENTIDAD DE GÉNERO-CAMBIO DE SEXO

Es obligación del estado asegurar sin discriminaciones la posibilidad de desarrollo personal de los individuos como tales, para lo cual es indispensable el fortalecimiento de la identidad, sin depender de su condición sexual, que queda en su faz íntima.

DATOS DEL FALLO

CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL , SALTA, SALTA

(Montalbeti - Ibáñez de Alemán)

N. N. s/ Rectificación de partida

SENTENCIA, 247556/08 del 27 DE ABRIL DE 2012

Nro.Fallo: 12170000

Identificación SAIJ: A0071402

SUMARIO

DERECHOS PERSONALISIMOS-DERECHO A LA IDENTIDAD

El derecho a preservar la propia identidad y a que ella no sea cuestionada en contra de la propia decisión carece de alcance absoluto y no puede ser invocado para neutralizar el interés de la sociedad en el esclarecimiento y persecución de los delitos (Disidencia parcial del Dr. Enrique Santiago Petracchi).

DATOS DEL FALLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL

(Mayoría: Highton de Nolasco Voto: Maqueda Disidencia: Lorenzetti, Petracchi, Zaffaroni, Argibay Abstencion: Fayt)

Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Elidia y otros s/ sustracción de menores de 10 años

SENTENCIA del 11 DE AGOSTO DE 2009

Identificación SAIJ: Q0023036

SUMARIO

DERECHOS PERSONALISIMOS-DERECHO A LA IDENTIDAD

Pocos derechos humanos pueden ser más dignos de protección que el de (...) conocer la identidad, reconocer sus raíces..." y tal derecho "debe prevalecer sobre otros bienes jurídicos de menor jerarquía.

DATOS DEL FALLO

CÁMARA CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y MINERIA , ESQUEL, CHUBUT

(Jorge Luis Frúchtenicht Günther Enrique Flass)

S., C. A. c/ W., J. R. y otros s/ Filiación y Petición de Herencia

INTERLOCUTORIO, 61-C-09 del 28 DE MAYO DE 2009

Identificación SAIJ: Q0024580

SUMARIO

DERECHO A LA IDENTIDAD

En el marco de la teoría de la integralidad de los derechos humanos, un principio orientador es el de la norma más favorable a la persona, más conocido como el principio "pro hominis". Es en este contexto donde el derecho a la identidad ha adquirido y desarrollado su autonomía, cabiéndole una construcción propia. Si se asume que cada ser humano es único e irrepetible, la identidad es la condición de nuestra particularidad, de nuestro ser concreto en el mundo.

Así por medio del derecho a la identidad, se protege la vida humana en su realidad radical que es la propia persona en sí, indivisible, individual y digna. Al decir del jurista peruano Fernández Sessarego, la identidad desde el punto de vista jurídico es "el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad, es todo aquello que hace que cada cual sea 'uno mismo' y no otro.

En las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en Buenos Aires en 1997, por unanimidad se arribó a la siguiente conclusión: 1) La identidad personal encuentra su fundamento axiológico en la dignidad del ser humano; 2) la identidad personal es un derecho personalísimo merecedor, por sí, de tutela jurídica; 3) La identidad personal en tanto derecho personalísimo, es autónomo, distinguiéndose de los otros; 4) la identidad personal de raigambre internacional tiene sustento normativo en nuestro orden jurídico constitucional y legal.

DATOS DEL FALLO

CÁMARA CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y MINERIA , TRELEW, CHUBUT

Sala B (Raúl Adrián Vergara Aldo Luis De Cunto)

ASESORIA DE FAMILIA E INCAPACES c/ S., J. D. s/ Acción de impugnación de Filiación extramatrimonial y Acción de reclamación de filiación extramatrimonial

SENTENCIA, 02-F-10 del 8 DE MARZO DE 2010

Identificación SAIJ: Q0024582

SUMARIO

DERECHO A LA IDENTIDAD

El reconocimiento del derecho a la identidad resulta un elemento contenido dentro del concepto de "interés superior del niño".

Por su parte el derecho a la identidad de los niños y adolescentes se encuentra expresamente consagrado en el art. 11 de la ley 26061 que reza en la parte que aquí interesa: "Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a un nombre, a una nacionalidad, a su lengua de origen, al conocimiento de quiénes son sus padres, a la preservación de sus relaciones familiares de conformidad con la ley, a la cultura de su lugar de origen y a preservar su identidad e idiosincrasia, salvo la excepción prevista en los artículos 327 y 328 del Código Civil.

Los Organismos del Estado deben facilitar y colaborar en la búsqueda, localización u obtención de información de los padres u otros familiares de las niñas, niños y adolescentes, facilitándoles el encuentro o reencuentro familiar.

Tienen derecho a conocer a sus padres biológicos y a crecer y desarrollarse en su familia de origen, a mantener en forma regular y permanente el vínculo personal y directo con sus padres, aun cuando éstos estuvieran separados o divorciados, o pesara sobre cualquiera de ellos denuncia penal o sentencia, salvo que dicho vínculo, amenazare o violare alguno de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que consagra la ley...".

Queda claro que dentro de este concepto se reconoce el derecho a tener filiación y a vivir con la familia biológica. A ello debe añadirse que el art. 15 de la ley provincial 4347 establece que: "El derecho a la identidad comprende la nacionalidad, el nombre, el conocimiento de su familia biológica, su cultura y lengua de origen y de sus relaciones familiares de conformidad con la ley".

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 340 Art.327 al 328, LEY 26.061 Art.11, Ley 4.347 de Chubut Art.15

DATOS DEL FALLO

CÁMARA CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y MINERIA , TRELEW, CHUBUT

Sala B (Raúl Adrián Vergara Aldo Luis De Cunto)

ASESORIA DE FAMILIA E INCAPACES c/ S., J. D. s/ Acción de impugnación de Filiación extramatrimonial y Acción de reclamación de filiación extramatrimonial

SENTENCIA, 02-F-10 del 8 DE MARZO DE 2010

Identificación SAIJ: Q0024581

SUMARIO

DERECHO A LA IDENTIDAD

A nivel constitucional, y más allá de que cabe considerar incluido al derecho a la identidad dentro de la categoría de derechos implícitos del art. 33 de la Constitución Nacional, el mismo resulta expresamente reconocido en el art. 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, instrumento con jerarquía constitucional (conf. art. 75, inc. 22 de la Const. Nacional).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art.33, Constitución Nacional Art.75, Ley 23.849 Art.8

DATOS DEL FALLO

CÁMARA CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y MINERIA , TRELEW, CHUBUT

Sala B (Raúl Adrián Vergara Aldo Luis De Cunto)

ASESORIA DE FAMILIA E INCAPACES c/ S., J. D. s/ Acción de impugnación de Filiación extramatrimonial y Acción de reclamación de filiación extramatrimonial

SENTENCIA, 02-F-10 del 8 DE MARZO DE 2010

Identificación SAIJ: J0026358

SUMARIO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA PROVINCIAL-JURISPRUDENCIA-DERECHO A LA IDENTIDAD-DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES-DERECHOS NO ENUMERADOS

La Corte provincial in re "Atieni" admitió al derecho a la identidad como derecho de raigambre y rango constitucional no enumerado, siguiendo los lineamientos trazados por el más alto nivel de jurisprudencia nacional en la sentencia del 13-11-1990 in re "Müller", recalándose el magistral desarrollo que del tema del derecho a la identidad efectuara el doctor Petracchi acerca de que "entre los derechos y prerrogativas esenciales e intransferibles del hombre y de la sociedad, que aunque no estén expresamente consagrados en la Constitución deben ser considerados garantías implícitas, figura el derecho de toda persona a conocer su origen".

DATOS DEL FALLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA , SANTA FE, SANTA FE

(Falistocho - Gutiérrez - Spuler - Vigo)

T., S. L. c/ R., F. C. s/ Queja por denegación del Recurso de Inconstitucionalidad. Reclamación de filiación. Observaciones: se ataca la Constitucionalidad del fallo pleno de la Cámara de Apelación Civil y Comercial de Rosario, registrado como acuerdo N° 132 del 03-06- 1997 (Expte. CSJ N° 205-98)

SENTENCIA del 6 DE SETIEMBRE DE 2000

Identificación SAIJ: S0005907

SUMARIO

DERECHO A LA IDENTIDAD-APERTURA A PRUEBA:PROCEDENCIA-SEGUNDA INSTANCIA

Aunque no se trate de los supuestos en que procede abrir a prueba la causa en segunda instancia, dada la naturaleza de la acción, donde se encuentra en juego un interés superior como es el derecho a la identidad, corresponde hacer lugar a la prueba solicitada.

DATOS DEL FALLO

CÁMARA DE APELACIONES DEL TRABAJO , SALTA, SALTA

Sala 05 (D'JALLAD MARIO RICARDO KOEHLE OSCAR GUSTAVO)

MARTÍNEZ, ANA LUCÍA en representación del menor Martínez Mario c/ STRISICH, JESÚS s/ FILIACION

INTERLOCUTORIO, 06170047 del 9 DE AGOSTO DE 2006

I.I | Derecho a la identidad de género

Sumario nro. C2006525

TEMA

DERECHO A LA IDENTIDAD DE GENERO

TEXTO

Corresponde ordenar que la Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires (Ob.SBA) brinde a una mujer trans la cobertura integral de la cirugía de reasignación genital de femenino, toda vez que la demandada ha contravenido mandatos jurídicos establecidos en materia de identidad de género y que las dilaciones temporales incurridas y los óbices injustificados detectados en la tramitación de la autorización de la cirugía peticionada no guardan relación con el reconocimiento a las personas trans de su identidad de género y al libre desarrollo de su persona conforme a su identidad de género, establecido en la ley 26.743 de Identidad de Género, a su vez el argumento de la falta de inclusión de la práctica en el programa de la obra social no puede perjudicar a la actora, a la luz de la normativa vigente.

FALLOS

JUZGADO EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO Nro 23 , CIUDAD DE BUENOS AIRES, CIUDAD DE BUENOS AIRES

(Francisco Javier Ferrer)

H., C. M. c/ Obra Social de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ amparo - salud - medicamentos y tratamientos
SENTENCIA del 24 DE MAYO DE 2022

Sumario nro. F0085309

TEMA

IDENTIDAD DE GENERO

TEXTO

El eje central de la identidad de género gira en torno a la vivencia personal del género tal como cada persona lo siente y vive internamente.

FALLOS

JUZGADO DE FAMILIA , CIPOLLETTI, RIO NEGRO

(Jorge A. Benatti)

XXX s/ autorización judicial

SENTENCIA del 8 DE FEBRERO DE 2022

Sumario nro. R0022508

TEMA

DERECHO A LA IDENTIDAD DE GENERO

TEXTO

Resulta procedente dictar una prohibición de acercamiento a cuatro hombres que obligaron a una mujer trans a abandonar su domicilio y la amenazaron con armas punzo cortantes, alegando que no querían en el barrio personas de dicha orientación sexual e identidad de género, toda vez que la Ley de Identidad de Género 26743 establece el derecho de toda persona al libre desarrollo de su persona conforme a su identidad de género y a ser tratada de acuerdo con la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: LEY 26.743

FALLOS

JUZGADO DE NIÑEZ, ADOLESC, VIOLENCIA FLIAR Y DE GENERO de 1ra NOM , BELL VILLE, CORDOBA
(Luis Alberto Morales)
D., B. D. y otros s/ denuncia por violencia de género
SENTENCIA del 5 DE JUNIO DE 2020

Sumario nro. 33026523

TEMA

TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS-PROTECCION INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS-TRANSEXUALIDAD-DERECHO A LA IDENTIDAD DE GENERO

TEXTO

Los estándares y obligaciones internacionalmente asumidos acerca de la población LGBTI, parten de un marco de protección específico para mujeres trans en el derecho internacional de los derechos humanos que incluye la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y, específicamente, los Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género (Principios de Yogyakarta).

FALLOS

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala 02 (Alejandro Walter Slokar - Carlos Alberto Mahiques - Guillermo Jorge Yacobucci)
P. P., N. s/ recurso de casación
SENTENCIA del 24 DE ABRIL DE 2020

Sumario nro. IN001828

TEMA

SALUD PUBLICA-CORONAVIRUS-EMERGENCIA SANITARIA-PROTECCION INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS-OBLIGACIONES INTERNACIONALES-GRUPOS VULNERABLES-COOPERACION INTERNACIONAL-RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO PARTE-LGTBIQ-DERECHO A LA SALUD-PERSONAS EN SITUACION DE POBREZA-MEDIDAS DE ACCION POSITIVA-DISTANCIAMIENTO SOCIAL-PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACION-DISCRIMINACION ARBITRARIA-DERECHO A LA IDENTIDAD DE GENERO-NIÑOS NIÑAS Y ADOLESCENTES

TEXTO

Corresponde que los Estados, en el marco de la pandemia generada por el COVID-19, garanticen la inclusión de las personas LGBTI, en particular las personas trans que se encuentran en un ciclo de pobreza, exclusión y falta de acceso a la vivienda, brindando asistencia social durante la pandemia, incluyendo vivienda y refugio seguros, fortaleciendo políticas que garanticen el respeto a la identidad de género en el ámbito hospitalario, protocolos de atención en salud y sistema de denuncias que incluyan a niños, niñas y adolescentes, considerando muy especialmente el deber de evitar padecimientos vinculados a prejuicio, discriminación y violencia, en el contexto del distanciamiento social o cuarentena.

FALLOS

COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS , SAN JOSE DE COSTA RICA, SAN JOSE DE COSTA RICA
(COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS)
Resolución 1/2020 - Pandemia y derechos humanos en las Américas
SENTENCIA del 10 DE ABRIL DE 2020

Sumario nro. B0962091

TEMA

DERECHO A LA IDENTIDAD DE GENERO-INTERPRETACION DE LA LEY

TEXTO

El Comité de Derechos del Niño, en la Observación General 13, del año 2011,

sobre el "Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia" resaltó a los niños trans como personas en situación de vulnerabilidad potencial y destaca que los Estados tienen la obligación de asegurar que la salud del niño no quede minada por la discriminación. Por su parte, en nuestro país, la Ley 26.743 tiene como principios despatologizar la identidad de género y desjudicializar el ejercicio de derechos.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: LEY 26.743

FALLOS

JUZGADO DE PAZ , LOBOS, BUENOS AIRES
(Laureano Della Schiava)
G., F. s/ protección contra la violencia familiar
SENTENCIA del 27 DE DICIEMBRE DE 2019

Sumario nro. 3G001010

TEMA

DERECHO A LA IDENTIDAD DE GENERO-INTERPRETACION DE LA LEY

TEXTO

De acuerdo con la Ley 26.743 de Identidad de Género (B.O., 24/05/2012), el término "mujer" ya no es un concepto biológico sino normativo, en tanto el primer artículo de ese texto legal garantiza el derecho de toda persona al reconocimiento de su identidad de género, entendida ésta 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" (art. 2, Ley 26.743).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: LEY 26.743

FALLOS

CAMARA NACIONAL DE CASACION EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
(Daniel Morín)
D., L. A. s/ causa N° 41112/2018/TO1/3/CNC3
SENTENCIA del 10 DE MARZO DE 2020

Sumario nro. 3G001009

TEMA

PERSPECTIVA DE GENERO-IDENTIDAD DE GENERO-RECUSACION-CAUSALES DE RECUSACION

TEXTO

Corresponde hacer lugar a la recusación de dos magistrados, promovida por la defensa de una joven trans, debido a que las expresiones de ambos en notas periodísticas y en el propio expediente, constituyen elementos objetivos para que la imputada pueda razonablemente albergar el temor de parcialidad, dado que si bien la causal de recusación no está comprendida entre ninguna de las enunciadas taxativamente en el art. 55 del CPPN, dicha enunciación no puede ser tomada como exhaustiva, porque el deber de los jueces de excusarse es la concreción del derecho que tiene todo justiciable a ser oído por un juez o tribunal imparcial (arts. 18, CN; 8.1, CADH; 14.1, PIDCP; 26, DADDH; y 10, DUDH)

REFERENCIAS

*Referencias Normativas: Constitución Nacional, Ley 23.984, LEY 2.372, Ley 23.054, Ley 23.313, **128.TRA I 000000 1948 04 30**, **128.TRA I 000000 1948 12 10***

FALLOS

CAMARA NACIONAL DE CASACION EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
(Daniel Morín)
D., L. A. s/ causa Nº 41112/2018/TO1/3/CNC3
SENTENCIA del 10 DE MARZO DE 2020

Sumario nro. 3G001011

TEMA

DERECHO A LA IDENTIDAD DE GENERO

TEXTO

El derecho argentino reconoce a la identidad de género autopercibida como criterio rector en la materia, y en concreto estipula que toda persona tiene el derecho a ser tratada de acuerdo con su identidad y a ser identificada de ese modo en los instrumentos que la acreditan, así como a recibir un trato digno tanto en ámbitos públicos como privados.

FALLOS

CAMARA NACIONAL DE CASACION EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
(Daniel Morín)
D., L. A. s/ causa Nº 41112/2018/TO1/3/CNC3
SENTENCIA del 10 DE MARZO DE 2020

Sumario nro. 3G001012

TEMA

DERECHO A LA IDENTIDAD DE GENERO-FACULTADES DE LOS JUECES

TEXTO

Los magistrados no asignan ni definen de las personas, porque la ley no habla de identidad de género heteropercibida o heteroimpuesta, ni mucho menos delega en el Poder Judicial esa tarea.

FALLOS

CAMARA NACIONAL DE CASACION EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
(Daniel Morín)
D., L. A. s/ causa Nº 41112/2018/TO1/3/CNC3
SENTENCIA del 10 DE MARZO DE 2020

Sumario nro. TF001639

TEMA

ACCION DE AMPARO-DERECHO A LA IDENTIDAD DE GENERO

TEXTO

Corresponde autorizar a una persona a cambiarse el nombre e inscribirse en el Documento Nacional de Identidad como sexo no binario-igualitario y dispone la rectificación del acta de nacimiento de su hijo para que se reemplace el nombre de su madre, pues el dictado de actos administrativos por parte del Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas provincial, basados exclusivamente en una mirada limitada a los conceptos mayormente contenidos en la legislación interna, no contempla por regla general situaciones de vulnerabilidad, quedando claro que las respuestas basadas en la ley provincial y la asignación binaria del sexo en la identidad de las personas, no respeta garantías de derechos humanos que asisten a los ciudadanos, y en mayor grado a grupos de colectivos que han sufrido históricamente discriminación y persecución, compuestos por personas afectadas por su vulnerabilidad social, económica, laboral y en sus derechos civiles y políticos.

FALLOS

JUZGADO DE FAMILIA Nro 1 , USHUAIA, TIERRA DEL FUEGO
(Alejandro Ferretto)
S.B., G. A. S.L. c/ Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas s/ amparo
SENTENCIA del 16 DE DICIEMBRE DE 2019

Sumario nro. B0962090

TEMA

DERECHO A LA IDENTIDAD DE GENERO-RESPONSABILIDAD PARENTAL

TEXTO

Corresponde intimar al progenitor a abstenerse de efectuar todo acto de perturbación, intimidación u hostilidad en relación a la identidad de género de su hija trans y determinar que concurra a una terapia psicológica especializada en el abordaje de la violencia familiar y, asimismo, ordenar a ambos padres que no continúen atacándose recíprocamente. Según las pericias psicológicas, la menor se habría sentido agredida por su padre en ciertas ocasiones y expuso su deseo de no encontrarse con él por dicho motivo, aunque tiene perspectivas de una posible reparación del vínculo. La situación constituye el emergente de una dinámica disfuncional en la pareja parental que, por no lograr una buena comunicación, genera acumulación de tensión y sentimientos de impotencia.

FALLOS

JUZGADO DE PAZ , LOBOS, BUENOS AIRES
(Laureano Della Schiava)
G., F. s/ protección contra la violencia familiar
SENTENCIA del 27 DE DICIEMBRE DE 2019

Sumario nro. 3G001014

TEMA

IDENTIDAD DE GENERO-PERSPECTIVA DE GENERO

TEXTO

Queda claro que no se trata de la imposición de una "ideología" que invade la libertad de autodeterminación protegida por el art. 19, CN, sino de la consideración de un abordaje que permita dar cuenta de las diferencias estructurales entre varones y mujeres y de las condiciones de vulnerabilidad a las que éstas pueden verse sometidas, a fin de aportar soluciones adecuadas a la conflictividad propia de cada caso. Además, esas diferencias estructurales adquieren una dinámica específica cuando se trata de mujeres trans, puesto que la perspectiva de género no hace alusión únicamente al binomio planteado entre varones y mujeres entendidas como mujeres cisgénero, sino que abarca todo el espectro de la diversidad.

FALLOS

CAMARA NACIONAL DE CASACION EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
(Daniel Morín)
D., L. A. s/ causa N° 41112/2018/TO1/3/CNC3
SENTENCIA del 10 DE MARZO DE 2020

Sumario nro. B0962091

TEMA

DERECHO A LA IDENTIDAD DE GENERO-INTERPRETACION DE LA LEY

TEXTO

El Comité de Derechos del Niño, en la Observación General 13, del año 2011, sobre el "Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia" resaltó a los niños trans como personas en situación de vulnerabilidad potencial y destaca que los Estados tienen la obligación de asegurar que la

salud del niño no quede minada por la discriminación. Por su parte, en nuestro país, la Ley 26.743 tiene como principios despatologizar la identidad de género y desjudicializar el ejercicio de derechos.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: LEY 26.743

FALLOS

JUZGADO DE PAZ , LOBOS, BUENOS AIRES

(Laureano Della Schiava)

G. F. s/ protección contra la violencia familiar

SENTENCIA del 27 DE DICIEMBRE DE 2019

Sumario nro. 33026415

TEMA

INADMISIBILIDAD DEL RECURSO-PRISION DOMICILIARIA-INSUFICIENCIA DEL AGRAVIO-DERECHO A LA IDENTIDAD DE GENERO-SALUD DEL IMPUTADO

TEXTO

Corresponde declarar inadmisibile el recurso contra la denegatoria de la prisión domiciliaria de la encausada pues la parte recurrente no logra demostrar de modo efectivo que la resolución que les es adversa, lo haya sido por la interpretación restrictiva o arbitraria de lo dispuesto en los arts. 10 del C.P. y 32 de la ley 24.660, toda vez que los jueces indicaron que, si bien la nombrada padece el Virus de Inmunodeficiencia Humana -HIV- y tuberculosis pleural, conforme surge de los informes médicos, los galenos intervinientes fueron concluyentes en cuanto a que actualmente se encuentra compensado su estado de salud física, y que la permanencia de la imputada en su lugar de detención no le impide tratar adecuadamente las patologías que presenta, siendo que para el momento de su evaluación no correspondía su alojamiento en un centro hospitalario; y a su vez, pusieron de relieve que, si bien no se escapa de su atención la especial situación que atraviesa la encausada en virtud de su condición transgénero y el tratamiento especial que debe recibir atento la vulnerabilidad del colectivo al que pertenece -LGBTI-, lo cierto es que la nombrada se encuentra alojada en el Complejo Penitenciario Federal IV {destinado a población femenina) y, dentro de este, en un pabellón destinado pura y exclusivamente para el mencionado colectivo, por lo que consideraron que el Estado ha adoptado las medidas necesarias a fin de garantizar el libre desarrollo de su persona conforme su identidad de género, en cumplimiento de lo dispuesto por la ley n° 26.743. Dres. Figueroa, Petrone y Barroetaveña.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 11.179 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 3992/84 Art.10, Ley 24.660 Art.32, LEY 26.743

FALLOS

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

Sala 01 (BARROETAVERÑA - FIGUEROA)

C. A. S.

SENTENCIA del 24 DE MAYO DE 2019

Sumario nro. TF001639

TEMA

ACCION DE AMPARO-DERECHO A LA IDENTIDAD DE GENERO

TEXTO

Corresponde autorizar a una persona a cambiarse el nombre e inscribirse en el Documento Nacional de Identidad como sexo no binario-igualitario y dispone la rectificación del acta de nacimiento de su hijo para que se reemplace el nombre de su madre, pues el dictado de actos administrativos

por parte del Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas provincial, basados exclusivamente en una mirada limitada a los conceptos mayormente contenidos en la legislación interna, no contempla por regla general situaciones de vulnerabilidad, quedando claro que las respuestas basadas en la ley provincial y la asignación binaria del sexo en la identidad de las personas, no respeta garantías de derechos humanos que asisten a los ciudadanos, y en mayor grado a grupos de colectivos que han sufrido históricamente discriminación y persecución, compuestos por personas afectadas por su vulnerabilidad social, económica, laboral y en sus derechos civiles y políticos.

FALLOS

JUZGADO DE FAMILIA Nro 1 , USHUAIA, TIERRA DEL FUEGO
(Alejandro Ferretto)
S.B., G. A. S.L. c/ Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas s/ amparo
SENTENCIA del 16 DE DICIEMBRE DE 2019

Sumario nro. B0962090

TEMA

DERECHO A LA IDENTIDAD DE GENERO-RESPONSABILIDAD PARENTAL

TEXTO

Corresponde intimar al progenitor a abstenerse de efectuar todo acto de perturbación, intimidación u hostilidad en relación a la identidad de género de su hija trans y determinar que concurra a una terapia psicológica especializada en el abordaje de la violencia familiar y, asimismo, ordenar a ambos padres que no continúen atacándose reciprocamente. Según las pericias psicológicas, la menor se habría sentido agredida por su padre en ciertas ocasiones y expuso su deseo de no encontrarse con él por dicho motivo, aunque tiene perspectivas de una posible reparación del vínculo. La situación constituye el emergente de una dinámica disfuncional en la pareja parental que, por no lograr una buena comunicación, genera acumulación de tensión y sentimientos de impotencia.

FALLOS

JUZGADO DE PAZ , LOBOS, BUENOS AIRES
(Laureano Della Schiava)
G., F. s/ protección contra la violencia familiar
SENTENCIA del 27 DE DICIEMBRE DE 2019

Sumario nro. C0410486

TEMA

DERECHO A LA IDENTIDAD DE GENERO-DIVERSIDAD SEXUAL-RECTIFICACION REGISTRAL DEL SEXO-PARTIDA DE NACIMIENTO-DOCUMENTO NACIONAL DE IDENTIDAD

TEXTO

Corresponde ordenar al Registro Civil y Capacidad de las Personas que proceda a la rectificación registral de la partida de nacimiento de la solicitante y a la emisión de un nuevo DNI, en los cuales se consigne Femenidad Travesti en el campo reservado para el sexo, dado que ya no se puede afirmar que hay solo dos sexos, sino una multiplicidad de características que son compulsivamente encasilladas en dos categorías sexuales y que la concepción binaria según la cual en la documentación de una persona solo puede consignarse el femenino o el masculino ya no existe, no solo en materia de sexo y género sino también de relaciones, por lo que dicha clasificación se encuentra caduca. Tanto el sexo como el género son cristalizaciones de ciertas prácticas sociales, modos de interpretar, clasificar y disciplinar a los cuerpos, y, en consecuencia, hay tantos géneros como identidades, y por ende tantas identidades de género como personas.

FALLOS

Identificación SAIJ : F0084423

TEMA

ACCION DE AMPARO-OBRAS SOCIALES-ALCANCE DE LA COBERTURA-IMPLANTE DE TEJIDOS-IDENTIDAD DE GENERO-DERECHO A LA IDENTIDAD DE GENERO-DERECHO A LA SALUD-EXPRESION DE GENERO

El objeto del presente amparo es salvaguardar la salud de una mujer transgénero que se encuentra en proceso de adecuación de identidad, realidad que nos posiciona frente a una situación sensiblemente delicada puesto que el reclamo por la cobertura del costo de un implante capilar en un caso como el presente nunca podría ser considerado una cuestión de carácter meramente estética al estar vinculado con la salud psicofísica de la accionante. La ley de género 26.743 y su decreto reglamentario 903/15 nuestro país, en consonancia con los "Principios de Yogyakarta", reconoció el derecho a la identidad de género como un derecho humano fundamental que incluye el acceso al goce a la salud integral y a las intervenciones quirúrgicas como las requeridas en autos [implante capilar], incluyendo las prácticas en el PMO y la prohibición de restringir o limitar el ejercicio del derecho a la identidad. Adviértase además, que el Anexo I de la reglamentación del art. 11 de la Ley 26.743 establece que la enumeración de intervenciones quirúrgicas totales y parciales previstas en la ley son de carácter meramente enunciativo y no taxativo. En ese tenor resulta claro y contundente que es de suma importancia para el psiquismo realizarse microimplantes capilares con el fin de avanzar en su transformación física y psíquica hacia el "ser mujer", sobre todo porque tener una cabellera completa repercutirá en la amparista positivamente, dándole seguridad y logrando mayor pertenencia respecto de su identidad de género. (Voto de la Dra. Zaratiegui sin disidencia).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: LEY 26.743 Art.11

FALLOS

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA , VIEDMA, RIO NEGRO
(ZARATIEGUI - BAROTTO - PICCININI - APCARIÁN EN ABSTENCION -MANSILLA EN ABSTENCION)
ECHEGARAY, AZUL c/ U.P.C.N. s/ amparo (c) s/ apelación
SENTENCIA del 12 DE JULIO DE 2018
Nro.Fallo: 18050029

Identificación SAIJ : IN001474

TEMA

IDENTIDAD DE GENERO-MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO-PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACION

Presentando opiniones divididas, el Tribunal Interamericano elaboró los estándares bajo los cuales los Estados Parte en la Convención Americana, deberán ajustar sus normas y procedimientos en respeto y garantía de los derechos humanos de las personas LGBTI, atento los principios rectores de igualdad y no discriminación. Las obligaciones se vinculan al deber de reconocer y garantizar el derecho de cambio de nombre a partir de la identidad de género asumida y el reconocimiento de los derechos patrimoniales derivados de un vínculo familiar entre personas del mismo sexo.

FALLOS

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS , SAN JOSE DE COSTA RICA,
SAN JOSE DE COSTA RICA
(ROBERTO F. CALDAS - EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT - EDUARDO VIO
GROSSI - HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO - ELIZABETH ODIO BENITO -
EUGENIO RAÉL ZAFFARONI - L. PATRICIO PAZMIÑO FREIRE)
Opinión Consultiva OC-24/17. 24/11/2017. Serie A No. 24. Solicitante: República de Costa
Rica
SENTENCIA del 24 DE NOVIEMBRE DE 2017
Nro.Fallo: 17570016

Identificación SAIJ : IN001476

TEMA

OPINION CONSULTIVA-IDENTIDAD DE GENERO-DIVERSIDAD SEXUAL
La decisión de la Corte Interamericana de emplear en forma indistinta las siglas LGBTI - Lesbiana, Gay, Bisexual, Transgénero e Intersex-, responde a la necesidad de describir a los distintos grupos de personas que no se ajustan a las nociones tradicionales de los roles de género masculino y femenino, con el único fin de dar respuesta a lo planteado por Costa Rica sobre los derechos de identidad de género y los de las parejas constituidas por personas del mismo sexo, lo que en modo alguno significa negar otras manifestaciones de expresión de género u orientación sexual tales como personas Asexuales, Queers, meti, lala, skesana, motsoalle o mithli, entre otros; pues no es resorte del Tribunal pronunciarse sobre cuáles siglas, términos y definiciones representan de forma más justa y precisa a las poblaciones analizadas.

FALLOS

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS , SAN JOSE DE COSTA RICA,
SAN JOSE DE COSTA RICA
(ROBERTO F. CALDAS - EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT - EDUARDO VIO
GROSSI - HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO - ELIZABETH ODIO BENITO -
EUGENIO RAÉL ZAFFARONI - L. PATRICIO PAZMIÑO FREIRE)
Opinión Consultiva OC-24/17. 24/11/2017. Serie A No. 24. Solicitante: República de Costa
Rica
SENTENCIA del 24 DE NOVIEMBRE DE 2017
Nro.Fallo: 17570016

Identificación SAIJ : IN001477

TEMA

DIVERSIDAD SEXUAL-DISCRIMINACION POR RAZONES DE SEXO O INCLINACION SEXUAL-
PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACION-VIOLACION DE DERECHOS HUMANOS
Las personas LGBTI - Lesbiana, Gay, Bisexual, Transgénero e Intersex-, no sólo sufren discriminación materializada en su forma más extrema a través de situaciones de violencia física - asesinatos, palizas, agresiones sexuales-, y síquica -amenazas, coacción, privación arbitraria de la libertad y hasta el internamiento psiquiátrico forzado-, sino que además padecen discriminación oficial en forma de leyes y políticas estatales que tipifican penalmente la homosexualidad o les niegan empleos y acceso a los beneficios, estigmatizándolas al criminalizar, por ejemplo, las relaciones sexuales consentidas entre personas adultas del mismo sexo en privado, lo que resulta en un todo opuesto al derecho internacional de los derechos

humanos por violar los derechos a la igualdad, no discriminación, dignidad e integridad personal y a la vida privada.

FALLOS

**CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS , SAN JOSE DE COSTA RICA,
SAN JOSE DE COSTA RICA**
(ROBERTO F. CALDAS - EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT - EDUARDO VIO
GROSSI - HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO - ELIZABETH ODIO BENITO -
EUGENIO RAÉL ZAFFARONI - L. PATRICIO PAZMIÑO FREIRE)
Opinión Consultiva OC-24/17. 24/11/2017. Serie A No. 24. Solicitante: República de Costa
Rica
SENTENCIA del 24 DE NOVIEMBRE DE 2017
Nro.Fallo: 17570016

Identificación SAIJ : IN001479

TEMA

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS-ORGANISMOS ESPECIALIZADOS DE LAS NACIONES
UNIDAS-CONVENCION DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS-PRINCIPIO DE NO
DISCRIMINACION-IDENTIDAD DE GENERO-ORIENTACION SEXUAL
Conforme los principios interpretativos aplicables, el de tutela más
favorable a los derechos de la persona humana y pro persona, considerando
las obligaciones de respeto y garantía establecidas en la Convención
Americana, lo estipulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los
Tratados, las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA, los estándares
establecidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Comités de
Naciones Unidas, cabe concluir que la orientación sexual y la identidad de
género de las personas son categorías protegidas por la Convención
Americana, quedando expresamente proscrita cualquier norma, acto o práctica
que, basándose en la orientación sexual o identidad de género, discrimine a
cualquier persona.

FALLOS

**CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS , SAN JOSE DE COSTA RICA,
SAN JOSE DE COSTA RICA**
(ROBERTO F. CALDAS - EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT - EDUARDO VIO
GROSSI - HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO - ELIZABETH ODIO BENITO -
EUGENIO RAÉL ZAFFARONI - L. PATRICIO PAZMIÑO FREIRE)
Opinión Consultiva OC-24/17. 24/11/2017. Serie A No. 24. Solicitante: República de Costa
Rica
SENTENCIA del 24 DE NOVIEMBRE DE 2017
Nro.Fallo: 17570016

Identificación SAIJ : IN001480

TEMA

OPINION CONSULTIVA-DIVERSIDAD SEXUAL-IDENTIDAD DE GENERO-PROTECCION
INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS-DERECHO A LA IDENTIDAD-OBLIGACIONES
DEL ESTADO MIEMBRO
Puesto que la identidad de género ha quedado definida como la vivencia
interna e individual del género tal como cada persona la siente, pudiendo
corresponderse o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, lo que
incluye la vivencia personal del cuerpo y otras expresiones como la
vestimenta, el modo de hablar y los modales; el reconocimiento de aquella

se encuentra necesariamente ligado con la idea según la cual el sexo y el género deben ser percibidos como parte de una construcción identitaria, resultado de la decisión libre y autónoma de cada ser humano, y en tanto elemento constitutivo y constituyente de esa identidad, deben los Estados asegurar que los individuos de todas las orientaciones sexuales e identidades de género logren vivir con la misma dignidad y el mismo respeto que las demás personas.

FALLOS

**CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS , SAN JOSE DE COSTA RICA,
SAN JOSE DE COSTA RICA**

**(ROBERTO F. CALDAS - EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT - EDUARDO VIO
GROSSI - HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO - ELIZABETH ODIO BENITO -
EUGENIO RAÉL ZAFFARONI - L. PATRICIO PAZMIÑO FREIRE)**

Opinión Consultiva OC-24/17. 24/11/2017. Serie A No. 24. Solicitante: República de Costa Rica

SENTENCIA del 24 DE NOVIEMBRE DE 2017

Nro.Fallo: 17570016

Identificación SAIJ : IN001482

TEMA

DERECHO AL NOMBRE-PERSONALIDAD JURIDICA-DERECHO A LA IDENTIDAD-OBLIGACIONES DEL ESTADO MIEMBRO

La fijación del nombre, como atributo de la personalidad, es determinante para el libre desarrollo de las opciones que le dan sentido a la existencia de cada persona, así como a la realización del derecho a la identidad, tratándose de un auténtico factor de distinción, debiendo los Estados no sólo permitir sino abstenerse de obstaculizar la posibilidad de que cada persona elija libremente cambiar su nombre como mejor le parezca y acorde a la identidad auto-percibida, caso contrario incurriría en responsabilidad internacional por menoscabar la existencia misma de la persona que no es jurídicamente reconocida, en afectación directa al reconocimiento de la personalidad jurídica y la identidad de género.

FALLOS

**CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS , SAN JOSE DE COSTA RICA,
SAN JOSE DE COSTA RICA**

**(ROBERTO F. CALDAS - EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT - EDUARDO VIO
GROSSI - HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO - ELIZABETH ODIO BENITO -
EUGENIO RAÉL ZAFFARONI - L. PATRICIO PAZMIÑO FREIRE)**

Opinión Consultiva OC-24/17. 24/11/2017. Serie A No. 24. Solicitante: República de Costa Rica

SENTENCIA del 24 DE NOVIEMBRE DE 2017

Nro.Fallo: 17570016

Identificación SAIJ : IN001481

TEMA

DERECHO A LA IDENTIDAD SEXUAL-DERECHO A LA IDENTIDAD DE GENERO-DERECHO A LA IDENTIDAD-PRINCIPIO DE AUTONOMIA

Se encuentran protegidos por la Convención Americana la identidad sexual y de género como una manifestación de la autonomía personal y como elemento constitutivo y constituyente de la identidad de las personas -artículos 7 y

11-, ligadas asimismo al concepto de libertad, al derecho a la vida privada y a la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme sus propias convicciones.

FALLOS

**CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS , SAN JOSE DE COSTA RICA,
SAN JOSE DE COSTA RICA**
(ROBERTO F. CALDAS - EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT - EDUARDO VIO
GROSSI - HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO - ELIZABETH ODIO BENITO -
EUGENIO RAÉL ZAFFARONI - L. PATRICIO PAZMIÑO FREIRE)
Opinión Consultiva OC-24/17. 24/11/2017. Serie A No. 24. Solicitante: República de Costa
Rica
SENTENCIA del 24 DE NOVIEMBRE DE 2017
Nro.Fallo: 17570016

Identificación SAIJ : IN001483

TEMA

DERECHO A LA IDENTIDAD-OBLIGACIONES DEL ESTADO MIEMBRO-CONVENCION AMERICANA
SOBRE DERECHOS HUMANOS-IDENTIDAD DE GENERO

El cambio de nombre, la adecuación de la imagen como la rectificación a la
mención del sexo o género en los registros y en los documentos de
identidad, para que resulten acordes a la identidad de género auto-
percibida, son derechos amparados por la Convención Americana - Artículos
18, 3, 7.1 y 11.2.-, por lo que deben los Estados conforme sus obligaciones
asumidas, respetar y garantizar el ejercicio de tales derechos sin
discriminación, adoptando las normas de derecho interno que sean necesarias
para reconocerlos adecuadamente.

FALLOS

**CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS , SAN JOSE DE COSTA RICA,
SAN JOSE DE COSTA RICA**
(ROBERTO F. CALDAS - EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT - EDUARDO VIO
GROSSI - HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO - ELIZABETH ODIO BENITO -
EUGENIO RAÉL ZAFFARONI - L. PATRICIO PAZMIÑO FREIRE)
Opinión Consultiva OC-24/17. 24/11/2017. Serie A No. 24. Solicitante: República de Costa
Rica
SENTENCIA del 24 DE NOVIEMBRE DE 2017
Nro.Fallo: 17570016

Identificación SAIJ : C2006341

TEMA

DERECHO A LA VIVIENDA DIGNA-DERECHO A LA IDENTIDAD DE GENERO

Corresponde ordenar al GCBA garantizar el acceso a la vivienda a una
persona trans y presentar una propuesta concreta para hacer frente a la
obligación de brindarle un alojamiento que reúna las condiciones adecuadas
a su situación particular, dado que la accionante se encuentra internada en
un hospital público debido a su delicado estado de salud. Asimismo, deberá
informar acerca de los cursos de formación laboral gratuitos disponibles,
tras lo cual la actora deberá acreditar en autos tanto su inscripción en
alguno de ellos como así también la regularidad de su concurrencia y/o
finalización.

FALLOS

JUZGADO EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO Nro 16 ,
CIUDAD DE BUENOS AIRES, CIUDAD DE BUENOS AIRES

(Furchi)

E. N. K. c/ G.C.B.A. s/ Amparo

SENTENCIA del 30 DE JUNIO DE 2017

Nro.Fallo: 17370014

Identificación SAIJ : J0041559

TEMA

DOCENTES-EMPLEADOS PUBLICOS-APTITUD PSICOFISICA-DISCRIMINACION-ORIENTACION SEXUAL

El recurso intentado ha de prosperar ya que, si bien el planteo de la compareciente remite al examen de cuestiones de hecho, prueba y derecho que en principio no autorizan la apertura de la instancia de excepción, la Cámara ha incurrido en arbitrariedad por omisión de valorar prueba que podía resultar conducente para arribar a una solución distinta del caso, desde que para afirmar que -contrariamente a lo propuesto por la recurrente- no consta que el inapto respecto a su aptitud psicofísica para ejercer la docencia haya comportado una discriminación por su orientación sexual ni que tal calificación haya albergado una desviación de poder, sólo se basó en la literalidad del documento que declaró su inaptitud y los documentos que le sirvieron de base, resultando tal conclusión dogmática e insuficiente al no reposar en un análisis completo de las constancias de la causa.

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA , SANTA FE, SANTA FE

(SPULER - GUTIERREZ - GASTALDI - ERBETTA)

S., M. G. c/ PROVINCIA DE SANTA FE s/ RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD

SENTENCIA del 10 DE FEBRERO DE 2016

Nro.Fallo: 16090000

Identificación SAIJ : J0041560

TEMA

PRUEBA DECISIVA-DISCRIMINACION-ORIENTACION SEXUAL-CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION

La Corte Suprema de Justicia de Nación señaló que la discriminación no suele manifestarse de forma abierta y claramente identificable -de allí que su prueba con frecuencia resulte compleja-, sino que lo más habitual es que la discriminación sea una acción más presunta que patente, y difícil de demostrar ya que normalmente el motivo subyacente a la diferencia de trato está en la mente de su autor; por ello en estas situaciones, para la parte que invoca un acto discriminatorio, es suficiente con la acreditación de hechos que, prima facie evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá al demandado a quien se reprocha la comisión de trato impugnado, la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a la discriminación; y sin duda alguna, la omisión de valorar la totalidad de la prueba incorporada a la causa a la luz de estos principios rectores y conforme a los términos en que se planteó la controversia, descalifica la conclusión arribada por la Cámara

en cuanto a no tener por acreditada una discriminación por orientación sexual en base a fundamentos que resultan insuficientes para dar sustento constitucional a lo decidido.

FALLOS

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA , SANTA FE, SANTA FE
(SPULER - GUTIERREZ - GASTALDI - ERBETTA)
S., M. G. c/ PROVINCIA DE SANTA FE s/ RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD
SENTENCIA del 10 DE FEBRERO DE 2016
Nro.Fallo: 16090000**

Identificación SAIJ : J0041561

TEMA

DOCENTES-APTITUD PSICOFISICA-DISCRIMINACION-ORIENTACION SEXUAL
La decisión de la Cámara luce inmotivada en tanto, al desestimar el reclamo indemnizatorio con fundamento en que no constaba que el certificado de inapto expedido por la Junta Médica hubiera comportado una discriminación por la orientación sexual de la recurrente o una desviación de poder, se desentendió -al analizar la legitimidad del obrar de las autoridades escolares- de las propias constancias de la causa donde en la instancia administrativa la docente inmediatamente de notificada de dicha certificación ofreció prueba de su parte que indicaba que no estaba afectada de dolencia o ineptitud alguna para el cargo. En tal contexto, para dilucidar la causal discriminatoria, se imponía analizar el puntual comportamiento de las autoridades en relación a la docente (durante el extenso período transcurrido) y si -en todo caso- habían omitido o no con razones valederas las diligencias para esclarecer la situación, como así también, los elementos probatorios aportados en la causa. (Del voto de la Dra. Gastaldi)

FALLOS

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA , SANTA FE, SANTA FE
(SPULER - GUTIERREZ - GASTALDI - ERBETTA)
S., M. G. c/ PROVINCIA DE SANTA FE s/ RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD
SENTENCIA del 10 DE FEBRERO DE 2016
Nro.Fallo: 16090000**

Identificación SAIJ : C2006158

TEMA

DERECHO A LA IDENTIDAD DE GENERO-DISCRIMINACION POR RAZONES DE SEXO O INCLINACION SEXUAL-SUBSIDIO ESTATAL-RESPONSABILIDAD DEL ESTADO
Las omisiones o insuficiencias normativas y reglamentarias en las que incurrió el GCBA por su mora en dar efectividad a las normas que tutelan la identidad de género lesiona el artículo 10 de la CCABA, pues el constituyente porteño prohíbe que los derechos y garantías puedan ser negados o limitados por omisión o insuficiencia de su reglamentación, y ésta no puede cercenarlos, y no se han desarrollado políticas sociales coordinadas dirigidas a superar las condiciones de exclusión del colectivo trans, a través del uso de recursos presupuestarios, técnicos y humanos, ni se ha promovido suficientemente el acceso de esas personas a los servicios públicos.

FALLOS

**JUZGADO EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO Nro 15 ,
CIUDAD DE BUENOS AIRES, CIUDAD DE BUENOS AIRES (Trionfetti)**

G.N.B. c/ G.C.B.A. s/ Daños y perjuicios (excepto resp. médica)
SENTENCIA del 25 DE FEBRERO DE 2015
Nro.Fallo: 15370004

Identificación SAIJ : C2006165

TEMA

DERECHO A LA IDENTIDAD DE GENERO-DISCRIMINACION POR RAZONES DE SEXO O INCLINACION SEXUAL-SUBSIDIO ESTATAL-RESPONSABILIDAD DEL ESTADO
El GCBA debe abonar de forma mensual a una persona transexual un subsidio, por su mora e ineficiencia en poner en valor y dar efectividad a las normas que protegen a la actora y que tutelan la identidad de género, la igualdad, la autonomía, libertad y dignidad de la persona humana, pues ha incumplido el mandato constitucional del art. 17 de la CCABA debido a la falta de remoción eficiente y eficaz de los obstáculos que excluyen a la actora para la satisfacción de sus necesidades básicas, máxime cuando el daño era previsible en atención a la vulnerabilidad del colectivo trans.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: CONSTITUCION DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES Art.1

FALLOS

JUZGADO EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO Nro 15 ,
CIUDAD DE BUENOS AIRES, CIUDAD DE BUENOS AIRES (Trionfetti)
G.N.B. c/ G.C.B.A. s/ Daños y perjuicios (excepto resp. médica)
SENTENCIA del 25 DE FEBRERO DE 2015
Nro.Fallo: 15370004

Identificación SAIJ : C2006164

TEMA

DERECHO A LA IDENTIDAD DE GENERO-DISCRIMINACION POR RAZONES DE SEXO O INCLINACION SEXUAL-SUBSIDIO ESTATAL-RESPONSABILIDAD DEL ESTADO
El GCBA debe abonar de forma mensual a una persona transexual un subsidio en virtud de la falta de servicio derivada de la omisión de tutelar los derechos de las personas transexuales, pues incluso el dictado de la Resolución n° 2272/GCBA/MSGC/07 resulta insuficiente para neutralizar todo un universo de conductas y prácticas discriminatorias de muy distinta clase y autoría, dado que la Constitución porteña exige la promoción de políticas públicas coordinadas y sostenidas, dirigidas a combatir aquellas formas de exclusión (cfr. art. 17, CCABA).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: CONSTITUCION DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES Art.1

FALLOS

JUZGADO EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO Nro 15 ,
CIUDAD DE BUENOS AIRES, CIUDAD DE BUENOS AIRES (Trionfetti)
G.N.B. c/ G.C.B.A. s/ Daños y perjuicios (excepto resp. médica)
SENTENCIA del 25 DE FEBRERO DE 2015
Nro.Fallo: 15370004

Identificación SAIJ : C2006163

TEMA

DERECHO A LA IDENTIDAD DE GENERO-DISCRIMINACION POR RAZONES DE SEXO O INCLINACION SEXUAL-SUBSIDIO ESTATAL-RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Dejar a un ser humano en estado de pura sobrevivencia configura una nítida falta de servicio porque el Estado está teleológicamente dispuesto para proteger a las personas, su vida y dignidad; si tal protección es negligente por indiferencia o morosidad, el Estado incumple sus fines.

FALLOS

JUZGADO EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO Nro 15 ,
CIUDAD DE BUENOS AIRES, CIUDAD DE BUENOS AIRES (Trionfetti)

G.N.B. c/ G.C.B.A. s/ Daños y perjuicios (excepto resp. médica)

SENTENCIA del 25 DE FEBRERO DE 2015

Nro.Fallo: 15370004

Identificación SAIJ : C2006162

TEMA

DERECHO A LA IDENTIDAD DE GENERO-DISCRIMINACION POR RAZONES DE SEXO O INCLINACION SEXUAL-SUBSIDIO ESTATAL-RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

La falta de servicio refiere a una responsabilidad de tipo objetivo y directa, no subsumible en la responsabilidad indirecta que fluye del art. 1113 del Código Civil, toda vez que la actividad o inactividad de los órganos o funcionarios del Estado realizada para el desenvolvimiento de sus fines, debe ser considerada propia de éste, por lo que debe responder de modo principal y directo.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Código Civil Art.111

FALLOS

JUZGADO EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO Nro 15 ,
CIUDAD DE BUENOS AIRES, CIUDAD DE BUENOS AIRES (Trionfetti)

G.N.B. c/ G.C.B.A. s/ Daños y perjuicios (excepto resp. médica)

SENTENCIA del 25 DE FEBRERO DE 2015

Nro.Fallo: 15370004

Identificación SAIJ : C2006161

TEMA

DERECHO A LA IDENTIDAD DE GENERO-DISCRIMINACION POR RAZONES DE SEXO O INCLINACION SEXUAL-SUBSIDIO ESTATAL-RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

La responsabilidad del Estado Nacional por la violencia y discriminación sufridas por una persona transexual que habita en la Ciudad de Buenos Aires, es subsidiaria, y es la Ciudad quien debe dar una respuesta a los derechos que la actora considera lesionados por falta de servicio.

FALLOS

JUZGADO EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO Nro 15 ,
CIUDAD DE BUENOS AIRES, CIUDAD DE BUENOS AIRES (Trionfetti)

G.N.B. c/ G.C.B.A. s/ Daños y perjuicios (excepto resp. médica)

SENTENCIA del 25 DE FEBRERO DE 2015

Nro.Fallo: 15370004

Identificación SAIJ : C2006160

TEMA

DERECHO A LA IDENTIDAD DE GENERO-DISCRIMINACION POR RAZONES DE SEXO O INCLINACION SEXUAL-SUBSIDIO ESTATAL-RESPONSABILIDAD DEL ESTADO
El GCBA debe abonar de forma mensual a una persona transexual, habitante de la Ciudad, una prestación dineraria equivalente a un salario mínimo vital y móvil, pues desde la fecha en que se integró el poder ejecutivo y legislativo local, las omisiones e insuficiencias normativas destinadas a revertir una cruel facticidad que afectaba a la actora deben adjudicarse a una falta de servicio de las autoridades locales, ya que son ellas las que tiene un mandato constitucional expreso de dar efectividad a los derechos, declaraciones y garantías establecidos en la Constitución Nacional, las leyes de la Nación y los tratados internacionales y los de la CCABA .

FALLOS

JUZGADO EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO Nro 15 ,
CIUDAD DE BUENOS AIRES, CIUDAD DE BUENOS AIRES (Trionfetti)
G.N.B. c/ G.C.B.A. s/ Daños y perjuicios (excepto resp. médica)
SENTENCIA del 25 DE FEBRERO DE 2015
Nro.Fallo: 15370004

Identificación SAIJ : C2006159

TEMA

DERECHO A LA IDENTIDAD DE GENERO-DISCRIMINACION POR RAZONES DE SEXO O INCLINACION SEXUAL-SUBSIDIO ESTATAL-RESPONSABILIDAD DEL ESTADO
La Ciudad Autónoma de Buenos Aires no es, en principio, responsable de ultrajes y lesiones a derechos fundamentales producidos en su territorio con anterioridad a la asunción de los poderes constituidos porteños, ello en razón de que son estos poderes los sujetos obligados a poner en marcha el programa constitucional y convencional. Sin embargo, una vez que las autoridades locales asumieron la puesta en valor de la autonomía consagrada en el artículo 129 de la Constitución Nacional, muy poco se ha hecho para neutralizar y remediar la situación de las personas trans, grupo en la que cabe incluir a la actora.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional (1994) Art.12

FALLOS

JUZGADO EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO Nro 15 ,
CIUDAD DE BUENOS AIRES, CIUDAD DE BUENOS AIRES (Trionfetti)
G.N.B. c/ G.C.B.A. s/ Daños y perjuicios (excepto resp. médica)
SENTENCIA del 25 DE FEBRERO DE 2015
Nro.Fallo: 15370004

Identificación SAIJ : C2006153

TEMA

DERECHO A LA IDENTIDAD DE GENERO-DISCRIMINACION POR RAZONES DE SEXO O

INCLINACION SEXUAL

El daño sufrido por una persona transexual en virtud de la violencia y discriminación de la que fue víctima en razón de su identidad de género, no es físico, psíquico o moral; es un daño al ser casi absoluto e irreversible y, por ello, más que resarcimiento o reparación, lo que se requiere es contención por parte del Estado.

FALLOS

JUZGADO EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO Nro 15 ,
CIUDAD DE BUENOS AIRES, CIUDAD DE BUENOS AIRES (Trionfetti)
G.N.B. c/ G.C.B.A. s/ Daños y perjuicios (excepto resp. médica)
SENTENCIA del 25 DE FEBRERO DE 2015
Nro.Fallo: 15370004

Identificación SAIJ : C2006154

TEMA

DERECHO A LA IDENTIDAD DE GENERO-DISCRIMINACION POR RAZONES DE SEXO O
INCLINACION SEXUAL-SUBSIDIO ESTATAL-RESPONSABILIDAD DEL ESTADO
El Estado es responsable por la mora en contener a una persona transexual que fue víctima de violencia y discriminación en razón de su identidad de género, pues su vulnerabilidad es extrema y exige que el Estado preste garantía efectiva a los derechos que se encuentran lesionados.

FALLOS

JUZGADO EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO Nro 15, CIUDAD
DE BUENOS AIRES, CIUDAD DE BUENOS AIRES (Trionfetti)
G.N.B. c/ G.C.B.A. s/ Daños y perjuicios (excepto resp. médica)
SENTENCIA del 25 DE FEBRERO DE 2015
Nro.Fallo: 15370004

Identificación SAIJ : C2006156

TEMA

DERECHO A LA IDENTIDAD DE GENERO-DISCRIMINACION POR RAZONES DE SEXO O
INCLINACION SEXUAL-SUBSIDIO ESTATAL-RESPONSABILIDAD DEL ESTADO
El estado local resulta responsable por omisión por la violencia y discriminación sufrida por una persona transexual, en razón de su mora e ineficiencia en poner en valor y dar efectividad a las normas que tutelan la identidad de género, la igualdad, la autonomía, libertad y dignidad de la persona humana, representando tal omisión una conducta antijurídica.

FALLOS

JUZGADO EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO Nro 15, CIUDAD
DE BUENOS AIRES, CIUDAD DE BUENOS AIRES (Trionfetti)
G.N.B. c/ G.C.B.A. s/ Daños y perjuicios (excepto resp. médica)
SENTENCIA del 25 DE FEBRERO DE 2015
Nro.Fallo: 15370004

Identificación SAIJ : C2006157

TEMA

DERECHO A LA IDENTIDAD DE GENERO-DISCRIMINACION POR RAZONES DE SEXO O INCLINACION SEXUAL-SUBSIDIO ESTATAL-RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Las omisiones o insuficiencias normativas y reglamentarias en las que incurrió el GCBA por su mora en dar efectividad a las normas que tutelan la identidad de género implican un menoscabo a los artículos I, II y V, entre otros, de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; artículos 1, 2, 3, 5, 6 y 7, de la Declaración Universal de Derechos Humanos; artículos 1, 2, 3, 5.1, de la CADH; artículos 2 y 3, del PIDESC y los artículos 2, 7, 16, 17 y 26 del PIDCP, como así también se una afectación a los artículos 16 y 19 de la Constitución Nacional

REFERENCIAS

*Referencias Normativas: Constitución Nacional Art.16, Constitución Nacional Art.19, Ley 23.054 Art.1 al 3, Ley 23.054 Art.5, Ley 23.313 Art.2 al 3, LEY 26.663 Art.2, LEY 26.663 Art.7, LEY 26.663 Art.16, LEY 26.663 Art.17, LEY 26.663 Art.26, **1.TRA I 000000 1948 04 3**, DECLARACION AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE Art.2, DECLARACION AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE Art.5, Declaración Universal de los Derechos humanos Art.1 al 3, Declaración Universal de los Derechos humanos Art.5 al 7*

FALLOS

JUZGADO EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO Nro 15 ,
CIUDAD DE BUENOS AIRES, CIUDAD DE BUENOS AIRES (Trionfetti)
G.N.B. c/ G.C.B.A. s/ Daños y perjuicios (excepto resp. médica)
SENTENCIA del 25 DE FEBRERO DE 2015
Nro.Fallo: 15370004

Identificación SAIJ : C2006155

TEMA

DERECHO A LA IDENTIDAD DE GENERO-DISCRIMINACION POR RAZONES DE SEXO O INCLINACION SEXUAL-SUBSIDIO ESTATAL-RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

El estado local debe abonar a una persona transexual una prestación dineraria mensual equivalente a un salario mínimo vital y móvil, dado que está probado por los hechos notorios alegados y por las declaraciones de testigos, una situación de estigmatización y discriminación hacia la actora en razón de su identidad de género, como así también por informes que arriman indicios concretos, graves, precisos y convergentes para establecer la existencia de lesión o menoscabo en la persona, máxime cuando por su condición trans, cabe presumir que la discriminación padecida ha sido permanente y desde distintas vertientes sociales e institucionales.

FALLOS

JUZGADO EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO Nro 15 ,
CIUDAD DE BUENOS AIRES, CIUDAD DE BUENOS AIRES (Trionfetti)
G.N.B. c/ G.C.B.A. s/ Daños y perjuicios (excepto resp. médica)
SENTENCIA del 25 DE FEBRERO DE 2015
Nro.Fallo: 15370004

Identificación SAIJ : C2006152

TEMA

DERECHO A LA IDENTIDAD DE GENERO-DISCRIMINACION POR RAZONES DE SEXO O

INCLINACION SEXUAL-SUBSIDIO ESTATAL-RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

El GCBA debe abonar de forma mensual a una persona transexual, habitante de la Ciudad, una prestación dineraria equivalente a un salario mínimo vital y móvil en virtud de la falta de servicio derivada de la omisión de tutelar los derechos de las personas transexuales, ya que durante largos años para personas como ella cada intersticio de la vida social o de la relación con el Estado y sus agentes fue en territorio hostil e irrespirable, sometidas al rechazo y la negación de su autonomía y el daño que sufrió -situaciones de violencia y discriminación- y sufre la reclamante forma parte estructural de su estancia en el mundo, debiendo sobrevivir dentro una sociedad hostil y con un Estado indiferente o represor de su identidad de género.

FALLOS

**JUZGADO EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO Nro 15 ,
CIUDAD DE BUENOS AIRES, CIUDAD DE BUENOS AIRES(Trionfetti)
G.N.B. c/ G.C.B.A. s/ Daños y perjuicios (excepto resp. médica)
SENTENCIA del 25 DE FEBRERO DE 2015
Nro.Fallo: 15370004**

Identificación SAIJ : R0022150

TEMA

TRANSEXUALIDAD-INTERES SUPERIOR DEL NIÑO

Teniendo en cuenta el "interés superior del niño" como principio rector, corresponde otorgar la adopción plena de dos menores a una persona transexual que detentaba su guarda, pues la actora ha manifestado en hechos su vocación irrefutable de ser madre, otorgándoles a los niños la contención necesaria para que crezcan en el marco de una familia, que se ha convertido en el lugar óptimo y natural para su desarrollo psicosocial y emocional, cumplimentando con la función de educación, vigilancia, corrección, garantizándoles el conocimiento de su propia identidad, el respeto y fortalecimiento de su autoestima, su crecimiento e inserción laboral.

FALLOS

**JUZGADO DE 1ra INST. EN LO CIVIL, COM. Y FAMILIA DE 2da CIRC. , RIO CUARTO,
CORDOBA (Bentancourt)
O.,M.B. s/ Adopción plena - Expte. N° 499744
SENTENCIA del 18 DE DICIEMBRE DE 2014
Nro.Fallo: 14160068**

Identificación SAIJ : R0022149

TEMA

ADOPCION PLENA-TRANSEXUALIDAD

Resuelve otorgar la adopción plena de dos menores a una persona transexual que detentaba su guarda, quien solicitó la rectificación registral de su sexo, y el cambio de su nombre de pila, por lo que podrá vivir de acuerdo a la categoría género de conformidad a su vivencia interna e individual, lo que de ningún modo puede resultar perturbador para los niños, sino que, por el contrario, reconocerán en la adoptante los atributos que se corresponde con el género por ella vivenciado.

FALLOS

JUZGADO DE 1ra INST. EN LO CIVIL, COM. Y FAMILIA DE 2da CIRC. , RIO CUARTO,

CORDOBA (Bentancourt)
O.,M.B. s/ Adopción plena - Expte. N° 499744
SENTENCIA del 18 DE DICIEMBRE DE 2014
Nro.Fallo: 14160068

Identificación SAIJ : R0021339

TEMA

CAMBIO DE SEXO-CUMPLIMIENTO DE LA PENA-ESTABLECIMIENTOS CARCELARIOS
Debe admitirse el traslado hacia un establecimiento carcelario para mujeres
peticionado por una persona transexual que se encuentra alojada en una
cárcel para hombres, pues la ley 26.743 reconoce y protege el derecho a la
identidad de género autopercebida, la que se proyecta como una potestad
inherente a la persona, que va mas allá de la simple facultad de solicitar
la rectificación registral ante el Registro Nacional de las Personas,
comprendiendo esta tutela el derecho de quien, encontrándose privado de su
libertad solicita su alojamiento en un establecimiento penitenciario acorde
a su vivencia interna e individual del género.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: LEY 26.743

FALLOS

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA , CORDOBA, CORDOBA
(María Esther Cafure de Battistelli - María de las Mercedes Blanc G. de Arabel)
P., L. D. (o) R. J. s/ Ejecución de pena privativa de libertad -Recurso de Casación
SENTENCIA del 2 DE SETIEMBRE DE 2013
Nro.Fallo: 13160153

Identificación SAIJ : R0021340

TEMA

CAMBIO DE SEXO-CUMPLIMIENTO DE LA PENA-ESTABLECIMIENTOS CARCELARIOS
El juez encargado de controlar la ejecución de la pena, debe garantizar a
la persona que se encuentra privada de su libertad, el pleno ejercicio del
derecho a un trato digno que incluye el respeto y la tutela a la identidad
personal conforme a la vivencia interna de cada individuo.

FALLOS

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA , CORDOBA, CORDOBA
(María Esther Cafure de Battistelli - María de las Mercedes Blanc G. de Arabel)
P., L. D. (o) R. J. s/ Ejecución de pena privativa de libertad -Recurso de Casación
SENTENCIA del 2 DE SETIEMBRE DE 2013
Nro.Fallo: 13160153

.....

Sumario: 70016777

SUMARIO

AMPARO-CAMBIO DE SEXO

La parte actora interpone acción de amparo en contra del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, al haberse rechazado lo solicitado, en relación cambio de su nombre registral, del sexo registral y la emisión de nuevo documento nacional de identidad, Este Tribunal resulta competente para entender en la presente causa, atento la materia traída a su conocimiento, lo establecido por el Art. 204 de la Constitución Provincial, jurisprudencia sentada a partir del caso "Altamirano" y posterior reforma legislativa del Art.4 de la Ley 4642, por el Art.1 de la Ley 4998.

REF. NORMATIVAS:

Constitución de Catamarca Art. 204
Decreto Ley 4.642/91 de Catamarca Art. 4
Ley 4.998 de Catamarca Art. 1
Fuente : OFICIAL

DATOS DEL FALLO

CORTE DE JUSTICIA. SAN FERNANDO DEL VALLE DE CATAMARCA, CATAMARCA.
(Amelia Sesto de Leiva José Ricardo Cáceres Luis Raúl Cippitelli)
Reinoso, Ricardo Daniel c/ Registro Civil y de Capacidad de las Personas s/ Acción de Amparo
INTERLOCUTORIO del 30 de Julio de 2012

Sumario: 70016778

SUMARIO

AMPARO:PROCEDENCIA;FUNDAMENTO;REQUISITOS EXTRINSECOS-DERECHO A LA IDENTIDAD-CAMBIO DE SEXO

La parte actora interpone acción de amparo en contra del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, al haberse rechazado lo solicitado, en relación cambio de su nombre registral, del sexo registral y la emisión de nuevo documento nacional de identidad.

Conforme a las constancias obrantes en autos, se encuentran acreditados los requisitos procesales extrínsecos para declarar la procedencia formal de la acción de amparo deducida, en orden a lo previsto por los Arts.1 y 6 de la ley adjetiva, por cuanto la decisión de autoridad pública subordina la resolución de la situación planteada por el amparista a la autorización de juez competente, la que valorada prima facie restringiría derechos reconocidos implícitamente por nuestro ordenamiento constitucional.

Que asimismo debe tenerse a la acción por interpuesta en tiempo hábil, por cuanto la hipotética lesión a los derechos personalísimos de raigambre constitucional invocados, se renueva de manera continua, pues subyace un reclamo por la dignidad personal, que debe ser objeto de la respuesta jurisdiccional.

En sentido concordante en caso de idénticas características la Corte de Justicia de Tucumán ha sostenido que debe repararse en las particularidades del caso: "...esto es al derecho a la personalidad misma y al ejercicio de derechos personalísimos, a la identidad sexual, a un proyecto de vida y a una determinada calidad de vida a partir de tal identidad" (del voto de la Dra. Sbdar, publicado en la LLNoroeste, Año16, Nº 01, Febrero 2012).-

Este juicio de admisibilidad formal se resuelve, sin perjuicio de que los recaudos de procedibilidad sustancial de la acción sean merituados en la etapa procesal oportuna, donde el Tribunal hace pleno uso de sus facultades jurisdiccionales.

Por lo que corresponde declarar la admisibilidad formal de la acción de amparo interpuesta.

REF. NORMATIVAS:

Decreto Ley 4.642/91 de Catamarca Art.1

Decreto Ley 4.642/91 de Catamarca Art.6

Fuente : OFICIAL

DATOS DEL FALLO

CORTE DE JUSTICIA. SAN FERNANDO DEL VALLE DE CATAMARCA, CATAMARCA.

(Amelia Sesto de Leiva José Ricardo Cáceres Luis Raúl Cippitelli)

Reinoso, Ricardo Daniel c/ Registro Civil y de Capacidad de las Personas s/ Acción de Amparo

INTERLOCUTORIO del 30 de Julio de 2012

Identificación SAIJ: C0403047

SUMARIO

CAMBIO DE SEXO-CAMBIO DE IDENTIDAD REGISTRAL-RECTIFICACIÓN DE PARTIDA-DERECHO A LA IDENTIDAD SEXUAL-TRATADOS INTERNACIONALES

1 La falta de reconocimiento estatal de la identidad sexual de una persona manteniendo su asignación registral pese a haber modificado su sexo genético viola el derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica dispuesta por el art. 6º de la Declaración Universal de Derechos Humanos porque lo obliga a mantener una que no se corresponde con su identidad actual en el despliegue de su vida. Además afecta el derecho que todo individuo tiene al respeto de su honra y dignidad personal y a tener un "nombre" que se adecue a su identidad personal (arts. 11.1 y 18 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

2 Estos razonamientos se ligan con el hecho de que nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada (art. 13.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Mas cuando no se advierte que la injerencia estatal se encuentre justificada por la protección a algún interés relevante de orden público o que la modificación de la partida de nacimiento cauce un daño a los derechos de terceros, en tanto existen justos motivos para la alteración del nombre asignado al nacimiento (art. 15 de la ley 18.248)al haberse demostrado la identidad sexual femenina de quien reclama por padecer de transexualismo.

3 Entonces la persona que reclama el "libre y pleno ejercicio" de los derechos a su identidad sexual, a su personalidad jurídica, al reconocimiento de su honra y dignidad, a la libertad y a la intimidad en los términos del art. 1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos sufre una discriminación prohibida por esa norma si le niega la inscripción registral que reclama por un motivo sexual o de nacimiento, dado que la protección de estos derechos alcanza a todo ser humano.

4 Por otra parte, el no reconocimiento registral de la asignación sexual y la denegación del cambio de nombre le impide al sujeto reconstituir su identidad sexual y afecta su psiquis por la conflictividad intensa que ello genera, en contraposición a lo dispuesto por el art. 12.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que establece el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

(Sumario Nº18080 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil Boletín Nº4/2008).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 18.248 Art.15

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL , CAPITAL FEDERAL

Sala E (RACIMO.)

V., M.R s/ INFORMACIÓN SUMARIA

Identificación SAIJ: C0403045

SUMARIO

CAMBIO DE SEXO-CAMBIO DE NOMBRE-CAMBIO DE IDENTIDAD REGISTRAL-RECTIFICACIÓN DE PARTIDA-INSCRIPCIÓN REGISTRAL

1- La autorización judicial para la anotación marginal en la partida de nacimiento del cambio de sexo asignado y sustitución del nombre del reclamante no encuentra obstáculo real en lo dispuesto por el art. 19 de la ley 17.132 en tanto la conducta castigada penalmente es la del médico que realiza este tipo de operaciones quirúrgicas en nuestro territorio. La persona que debe recurrir al sistema médico de otro país para lograr la superación de la disyunción propia del transexualismo no comete ningún delito.

2- Es que, el reconocimiento de su nueva situación no afecta interés público penal alguno pues su pretensión sólo consiste en que de mantenerse los datos originales en la partida con asignación del sexo masculino y repercusión en su documentación personal ello implica una trasgresión inadmisibles a principios básicos de la Constitución Nacional, la que impone una interpretación amplia y operativa de esos derechos y prohíbe una perspectiva analógica para la difusión de las prohibiciones en el tejido social (arts. 18 y 19 de la Carta Magna).

(Sumario Nº18081 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil, Boletín Nº4/2008).

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL , CAPITAL FEDERAL

Sala E (RACIMO.)

V., M.R s/ INFORMACIÓN SUMARIA

SENTENCIA del 30 DE JUNIO DE 2008

Identificación SAIJ: C0403046

SUMARIO

CAMBIO DE SEXO-RECTIFICACIÓN DE PARTIDA-CAMBIO DE NOMBRE-ACTOS CONTRARIOS A LA MORAL Y BUENAS COSTUMBRES

Ante la oposición del Ministerio Público Fiscal a la pretensión de reasignación registral del nombre y sexo de nacimiento éste debe demostrar que su negativa se fundamenta en un interés sustancial estatal, preciso e individualizado, que justifique la restricción a derechos reconocidos constitucionalmente al afectar el acto individual, de modo patente, el orden y moral públicas (conf. analog. art. 953 del Código Civil). La mera mención a que el objeto es inmoral y contrario a las buenas costumbres no es argumento jurídico suficiente para el rechazo de la modificación registral solicitada cuando la Constitución Nacional y los tratados incorporados según su art. 75, inc. 22 se dirigen específicamente a evitar toda forma de discriminación sexual.

(Sumario Nº18082 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil Boletín Nº4/2008).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 340 Art.953, Constitución Nacional Art.75

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL , CAPITAL FEDERAL

Sala E (RACIMO.)

V., M.R s/ INFORMACIÓN SUMARIA

Identificación SAIJ: C0403044

SUMARIO

CAMBIO DE SEXO-PARTIDA DE NACIMIENTO-RECTIFICACIÓN DE PARTIDA

1 Ante la solicitud de modificación registral del sexo y nombre asentado en la partida de nacimiento se debe analizar la cuestión en cada caso individual, ya que no es posible considerar ligeramente la existencia de una categoría general - culturalmente establecida mediante modelos científicos actuales- y admitir, sin mayores cortapisas, cualquier pedido en este sentido. Los jueces deciden casos concretos evitando -dentro de lo posible- las posturas ideológicas individuales que deben ser filtradas a través de la perspectiva democrática impuesta por la Constitución Nacional y atendiendo a las consideraciones científicas efectuadas por médicos y psicólogos intervinientes en cada causa.

2 Se debe buscar una solución a la situación de discriminación en que se halla el reclamante a no serle reconocido públicamente su sexo psicológico (femenino) desde la perspectiva exigida por la Constitución Nacional y según la interpretación que le corresponde al Poder Judicial, el que debe basar, en principio, su decisión sobre los dictámenes científicos de la causa sin necesidad de formulaciones generales sobre la taxonomía o la naturaleza del sexo o respecto del modo en que éste es concebido en la sociedad actual. Ello además encuentra sustento en la "intervención quirúrgica de neo-adaptación perineal" a la que se sometió la persona y en el hecho de que vivió más de un tercio de su vida dentro del adquirido sexo femenino sin que se adviertan patologías que afecten su discernimiento para reclamar el reconocimiento del cambio de sexo y sin que los especialistas hayan percibido arrepentimiento respecto de este proyecto de vida.

3 Se trata de admitir que el sexo puede ser determinado por otros factores más allá del cromosómico y de establecer cuál de estos factores es el que debe prevalecer para atribuir la sexualidad. La modificación registral del sexo no implica la aceptación de un voluntarismo liviano según el cual es posible cambiar sin mayores dificultades de sexo por razones de autoatribución o de asignaciones simpáticas con la moda cultural dominante. El planteo exige la búsqueda de una solución basada en el sistema normativo de protección de los derechos humanos que permita superar la disyunción entre el sexo incorporado (femenino) incluso a través de la operación quirúrgica y el sexo (masculino) atribuido por el Estado mediante la constancia de su partida de nacimiento y de los documentos de identificación consecuentes.

(Sumario N°18079 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil Boletín N°4/2008).

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL , CAPITAL FEDERAL

Sala E (RACIMO.)

V., M.R s/ INFORMACIÓN SUMARIA

SENTENCIA del 30 DE JUNIO DE 2008

Identificación SAIJ: C0402774

SUMARIO

INFORMACIÓN SUMARIA-RECTIFICACIÓN DE PARTIDA-CAMBIO DE SEXO

Una vez acreditada la condición transexual del peticionante y los padecimientos y perturbaciones anímicas que culminaron en la decisión de someterse en el extranjero a una intervención quirúrgica mutilante irreversible de cambio de sexo la solución al pedido de modificación del sexo asentado en la

partida de nacimiento, el reemplazo de los nombres de pila y la emisión de un nuevo documento de identidad debe observar la realidad social en procura de conformar nuevos parámetros dentro del estado de derecho que, sin descuidar nuestros valores, permitan contemplar el reclamo social resultante. Para ello, deben ponderarse las dificultades que debe afrontar el individuo en su vida cotidiana, tales como las limitaciones laborales, electorales, las probabilidades de transitar libremente tanto en el país como en el exterior, en razón de la evidente falta de correspondencia entre su nuevo aspecto físico y la documentación de su identidad.

Es que, frente al orden y seguridad que inspira la regla de la inmutabilidad genética, y más allá que en el derecho argentino esté prohibida la operación de cambio de sexo, si se concretó la mutilación quirúrgica corresponde otorgar al transexual la debida protección jurisdiccional y resolver la petición concreta derivada de ese fenómeno y de la transformación física en el plano de su identidad legal. A tal efecto mientras no se afecte el derecho de terceros ni el orden público y ante la carencia de una norma expresa que regule tal situación habría de recurrirse a la analogía de los principios generales del derecho de la jurisprudencia como fuente de las normas constitucionales (arts. 19, 28, 31 y 33 de la Constitución Nacional y principios superiores que fija su preámbulo) y de aquellos contenidos en los tratados internacionales y convenciones de derechos humanos integrantes de esa jerarquía normativa.

Sin embargo, sólo corresponde admitir la modificación del sexo asentado en la partida de nacimiento y el reemplazo de los nombres de pila del transexual y la emisión de un nuevo documento de identidad pero no la nulidad del asiento registral porque no se dan las causales que determinarían su invalidez como en los supuestos de vicios gestacionales del instrumento. Es que, la adecuación lograda en la morfología del peticionante mediante el auxilio de las ciencias médicas, si bien creó una apariencia de pertenencia a un sexo distinto del genético, no lo borró ni hizo desaparecer para el pasado su sexo e identidad histórica.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art.19, Constitución Nacional Art.28, Constitución Nacional Art.31, Constitución Nacional Art.33

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL , CAPITAL FEDERAL

Sala B (SANSÓ, RAMOS FEIJÓO.)

S.S., E.A. s/ INFORMACIÓN SUMARIA.

SENTENCIA del 11 DE JULIO DE 2007

I.II | Derecho al nombre

Identificación SAIJ : J0041498

TEMA

FILIACION-PRUEBA GENETICA-DERECHO A LA IDENTIDAD

Corresponde rechazar la queja desde que lo dicho por el quejoso respecto a que no existe mención alguna al proceso de filiación precedente como tampoco alegación sobre la cosa juzgada está alejado de las constancias del mismo expediente, pues la sentencia asumió precisamente esa cuestión, haciendo hincapié en el hecho determinante de la renuncia por parte de la madre de la hoy actora en aquel juicio de efectuarse la prueba de ADN como única con altísimo grado de confiabilidad científica para elucidar si la entonces menor era o no hija del demandado; y lo atinente a la confrontación de la cosa juzgada con el derecho a la identidad fue abordado con creces por parte de la Alzada, incluso con citas doctrinarias y jurisprudenciales que avalan el alcance otorgado en el presente a esta institución, examinando sus límites y excepciones, resolución que -más allá del grado de acierto o error en que podrían haber incurrido los sentenciantes- está debidamente motivada en la normativa de aplicación y en los pormenores fácticos del caso.

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA , SANTA FE, SANTA FE
(SPULER - GUTIERREZ - NETRI - GASTALDI - FALISTOCCO - ERBETTA)
S., S. E. c/ DEL ZOTTO, OSCAR ALBERTO s/ QUEJA POR DENEGACION DEL
RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD
SENTENCIA del 1 DE DICIEMBRE DE 2015
Nro.Fallo: 15090346

Identificación SAIJ : J0041497

TEMA

FILIACION-PRUEBA GENETICA-DERECHO A LA IDENTIDAD

La presente queja no ha de tener favorable acogida en virtud de que, no obstante el esfuerzo del recurrente por desmerecer los fundamentos vertidos por la Cámara en su sentencia, en definitiva todos los planteos que esgrime traducen su fuerte disenso para con lo decidido en el sentido de que sin desconocer el valor y la jerarquía que tiene la cosa juzgada, en el caso debe ceder para permitir que la persona que reclama su filiación por derecho propio por primera vez, lo que hace a su identidad personal, derecho humano fundamental, no se vea frustrada en su pretensión esclarecedora del nexo biológico que la uniría al demandado por la decisión de renunciar a la prueba de ADN exclusiva de quien fuera su representante legal durante su minoridad.

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA , SANTA FE, SANTA FE
(SPULER - GUTIERREZ - NETRI - GASTALDI - FALISTOCCO - ERBETTA)
S., S. E. c/ DEL ZOTTO, OSCAR ALBERTO s/ QUEJA POR DENEGACION DEL
RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD

SENTENCIA del 1 DE DICIEMBRE DE 2015
Nro.Fallo: 15090346

Identificación SAIJ: Q0024568

SUMARIO

DERECHOS DEL NIÑO-INTERES SUPERIOR DEL NIÑO-DERECHO A LA IDENTIDAD-DERECHO AL NOMBRE

El interés del niño reclama que se le asegure un derecho igualitario en la indagación del nexo de filiación que se halla asociado a su derecho a la identidad personal, uno de cuyos atributos esenciales es precisamente tener un nombre y conocer sus padres.

Es que, la verdad biológica hace a la dignidad de la persona por lo que debe evitarse toda valla que impida el acceso a la verdad pues es derecho inalienable del niño el conocimiento de su origen biológico.

DATOS DEL FALLO

CÁMARA CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y MINERIA , TRELEW, CHUBUT

Sala B (Raúl Adrián Vergara Aldo Luis De Cunto)

ASESORIA DE FAMILIA E INCAPACES c/ S., J. D. s/ Acción de impugnación de Filiación extramatrimonial y Acción de reclamación de filiación extramatrimonial

SENTENCIA, 02-F-10 del 8 DE MARZO DE 2010

Identificación SAIJ: U0013354

SUMARIO

DERECHO A LA IDENTIDAD-FILIACIÓN-NOMBRE

Resulta válido el mantenimiento y conservación del nombre cuando hay intereses superiores que hacen a la identidad de las personas, no obstante la rectificación filiatoria que se ordena asentar en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas. Esos intereses hacen al proceso de construcción de la identidad en el ámbito social.

Por ello, dos niñas que han transitado su infancia y adolescencia con un determinado nombre, tienen derecho a optar por continuar con el uso del apellido materno exclusivamente, independientemente que uno de los elementos integrantes de su identidad sufra cambios, como es en el caso, la identidad biológica.

DATOS DEL FALLO

CÁMARA DE APELACIONES CIVIL, COMERCIAL, MINAS PAZ Y TRIBUTARIO , MENDOZA, MENDOZA

Cámara Civil Segunda (VARELA DE ROURA MARSALA GIANELLA)

A.S.M. POR SUS HIJAS M.J.A. Y A.A. - EXPTE. Nº 22631 c/ I.D.E. s/ FILIACIÓN

SENTENCIA del 24 DE OCTUBRE DE 2006

Identificación SAIJ: 20005839

SUMARIO

DERECHO AL NOMBRE-EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD:ALCANCES

La elección del nombre -derecho y deber de los padres en ejercicio de la patria potestad (art. 264 y ss. del C.C.), supone como principio general la libertad, según lo consagran los arts. 2 y 3 de la Ley 18248. Es sabido que no existen derechos absolutos, sino que deben ejercerse de conformidad con las leyes que reglamentan su ejercicio y siempre bajo la impronta de la razonabilidad, y bajo tal óptica corresponde a los jueces interpretar el derecho.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 340 Art.264, Ley 18.248 Art.2 al 3

DATOS DEL FALLO

CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL , FORMOSA, FORMOSA

(Arminda del C. Colman-Emillio Lotto-Belkys D. de Cardona)

Scarpieri, Verónica Marta y Bonnet, Marcelo Hugo Osvaldo s/ Recurso de Apelación -art. 3- Ley 18248

INTERLOCUTORIO, 5858 del 27 DE MARZO DE 2000 FILIACIÓN

Identificación SAIJ: C0402886

SUMARIO

FILIACIÓN-ACCIONES DE FILIACIÓN-IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD-DERECHO A LA IDENTIDAD

1 Corresponde rechazar la acción iniciada con el objeto de que se declare la nulidad de reconocimiento de la paternidad de un niño si no se acreditó un error excusable, el que requiere por parte del progenitor un comportamiento normal, razonable, prudente y adecuado a las circunstancias. Este no acontece si el reclamante previo al reconocimiento tenía conocimiento de la conveniencia de someterse a una prueba de ADN y no la practicó por temor a que fuera motivo de ruptura del vínculo con la madre de su presunto hijo. 2 La circunstancia de que no prospere la demanda de nulidad del reconocimiento paterno no significa que al niño se lo condene en un estado de familia que pudiera no ser el verdadero y vulnerar su derecho a la identidad, pues éste tiene la facultad de impugnar la paternidad en cualquier tiempo (arts. 259 y 263 del Código Civil). (Sumario N 17818 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil - Boletín N 2/2008).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 340 Art.259, Ley 340 Art.263

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL , CAPITAL FEDERAL

Sala F (POSSE SAGUIER.)

F.H.E. c/ B.R.E. y otro s/ NULIDAD

SENTENCIA del 21 DE NOVIEMBRE DE 2007

I.III | Prueba de la filiación

Sumario: W0002160

SUMARIO

IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD-LEGITIMACIÓN ACTIVA-DERECHOS DE LA MUJER-DERECHO A LA IDENTIDAD

La madre posee legitimación para promover la impugnación de la paternidad matrimonial de su hija menor, pues el art. 259 del Código Civil no le niega tal acción, sino que sólo la omite. Considerar que el marido puede en todo tiempo impugnar la maternidad de su esposa, pero ella no podría impugnar la paternidad de él, implicaría un evidente trato discriminatorio y una vulneración al principio de igualdad entre el hombre y la mujer; ello sin perjuicio de que, por esa vía, se lesionaría el derecho a la identidad del hijo, amparado por el art. 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

REF. NORMATIVAS:

Código Civil Art. 259

Ley 25.043 Art. 8

Fuente : SAJ

DATOS DEL FALLO

TRIBUNAL DE FAMILIA. SAN SALVADOR DE JUJUY, JUJUY.

Sala 02 (Chagra - Gutierrez)

N., S. del V. c/ F., L. A. s/ impugnación de paternidad matrimonial

SENTENCIA del 7 de Diciembre de 2012

.....
Identificación SAJ: Q0016479

SUMARIO

FILIACIÓN-PRUEBA-VALORACIÓN DE LA PRUEBA

“Los nuevos métodos que permiten establecer una alta probabilidad de la existencia del nexo biológico, no significa descartar la información derivada de los otros elementos obrantes en el juicio tendientes a probar el vínculo materno o paterno. Es lo que hacen normalmente los jueces al dictar sentencias donde valoran el conjunto probatorio” ...”si lo que se privilegia es que la verdad sobre la identidad biológica coincida con el nexo jurídico, debe procurarse lo que la doctrina norteamericana denomina “un standard de prueba enteramente satisfactorio”. Esta expresión tiene similar significado al requerimiento de “prueba clara y convincente, más allá de una duda razonable”.

DATOS DEL FALLO

CÁMARA CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y MINERIA , COMODORO RIVADAVIA, CHUBUT

Sala CIVIL (Marta Reynoso de Roberts Susana Melero Graciela García Blanco)

H., S.E. c/ Sucesores Universales de A., H.H. s/ Ordinario -Filiación-

SENTENCIA, 0000000076 del 23 DE OCTUBRE DE 2003

.....
Identificación SAJ: C0402327

SUMARIO

FILIACIÓN-PRUEBA DE LA FILIACIÓN-MUERTE DEL PADRE-PRUEBA BIOLÓGICA-DERECHO A LA IDENTIDAD

El interés y el derecho personalísimo de los familiares a disponer de los restos mortales y a preservar la memoria del difunto no sufre mengua y avasallamiento en razón de que se determine obtener muestras del cadáver para posibilitar la realización de la prueba de tipificación del ADN. En todo caso, si padecen la limitación que impone la necesidad de exhumar el cadáver, ello es así porque el interés de la presunta hija en el juicio de reclamación de la filiación se basa en el derecho de preservar su identidad que es de jerarquía constitucional. De ahí que, la tutela del derecho de quienes velan por el

descanso de los restos mortales del presunto padre debe ceder ante el interés social comprometido en el juicio de filiación que involucra el orden público.

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL , CAPITAL FEDERAL

Sala F (GALMARINI, ZANNONI, POSSE SAGUIER.)

H., M.S. c/ M. de P., M.E. s/ FILIACIÓN.

SENTENCIA, 442606 del 14 DE NOVIEMBRE DE 2005

Identificación SAIJ: C0402333

SUMARIO

FILIACIÓN-PRUEBA DE LA FILIACIÓN-PRUEBA BIOLÓGICA-MUERTE DEL PADRE-DERECHO A LA IDENTIDAD

La prueba biológica y antropométrica ofrecida por la presunta hija sobre el cadáver del padre alegado resulta procedente en orden a la preeminencia del derecho constitucional a la identidad, al criterio de amplitud que debe regir en materia probatoria en función del derecho constitucional a su adecuada facilitación, a las características determinantes de la prueba biológica y a la importancia que la ley le asigna a este tipo de medidas. Máxime que, la demandada en su condición de heredera y con potestad sobre la custodia y veneración del cadáver de su esposo jamás formuló oposición a que se practicase la prueba de ADN sobre éste.

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL , CAPITAL FEDERAL

Sala F (GALMARINI, ZANNONI, POSSE SAGUIER.)

H., M.S. c/ M. de P., M.E. s/ FILIACIÓN.

SENTENCIA, 442606 del 14 DE NOVIEMBRE DE 2005

Identificación SAIJ: 50006739

SUMARIO

FILIACIÓN-PRUEBA DE ADN-DERECHO A LA IDENTIDAD

La presunción adversa al accionado que crea la Ley, cuando en un proceso sobre filiación éste se niega a la prueba de histocompatibilidad (H.L.A.), no vulnera garantías constitucionales, justamente, porque nadie está obligado a hacer lo que la Ley no manda, y porque representaría un acto de violencia física, es que no se ejerce compulsión sobre el litigante para obtener la muestra de sangre destinada a la prueba biológica.

Lo que la Ley 23.511 y la opinión pacífica de jueces y autores hacen, es interpretar, conforme a la lógica más elemental el significado, la razón de ser de una conducta procesal asumida por la parte. No es posible, seriamente, confundir una supuesta obligación de hacer lo que legalmente no se impone como deber, con la interpretación que corresponde dar a una actitud procesal, que injustamente impide dejar establecida con certeza la realidad en torno a un controvertido vínculo de filiación.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 23.511

DATOS DEL FALLO

CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL COMERCIAL Y MINERIA , SAN JUAN, SAN JUAN

Sala 03 (MOYA, MOISES CABALLERO, HUMBERTO CUNEO DE GARCIA, CATALINA CELIA)

N.N. c/ N.N. s/ FILIACIÓN

SENTENCIA, 7681 del 25 DE AGOSTO DE 2005

Identificación SAIJ: 50006740

SUMARIO

DERECHO A LA IDENTIDAD-PRUEBA BIOLÓGICA-IDENTIDAD DE LAS PERSONAS

Entre un posible conflicto entre el derecho a la identidad (art. 7, párr.1 de la Convención del Niño) y a no autoincriminarse (art.18 C.N.) corresponde inclinarse por conceder jerarquía al derecho de una persona a conocer su origen biológico.

Adviértase que con la negativa a someterse a las pruebas biológicas, amparado en el derecho de no estar obligado a declarar contra sí mismo —en el caso no ser obligado a prestar el propio cuerpo para realizar la prueba genética— podría incurrir el demandado en abuso de derecho al perjudicar, con su actitud obstruccionista, a un tercero quien padecería de la falta de precisión en su identidad.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art.18, Ley 23.849 Art.7

DATOS DEL FALLO

CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL COMERCIAL Y MINERIA , SAN JUAN, SAN JUAN

Sala 03 (MOYA, MOISES CABALLERO, HUMBERTO CUNEO DE GARCIA, CATALINA CELIA)

N.N. c/ N.N. s/ FILIACIÓN

SENTENCIA, 7681 del 25 DE AGOSTO DE 2005

Identificación SAIJ: 30007862

SUMARIO

PRUEBA DE ADN-CONSTITUCIÓN NACIONAL-SUSTRACCIÓN DE MENORES-PARENTESCO- DERECHO A LA IDENTIDAD

No existe norma alguna que le otorgue al consentimiento de la persona cuya filiación se cuestiona, la capacidad de impedir la realización de estudios genéticos o la investigación misma de la verdad genética ante requerimientos de terceros que ostentan un interés legítimo (art. 262 del Código Civil). Y es por demás evidente el interés de los familiares de las personas desaparecidas a indagar sobre estos aspectos de aquellas personas que fundadamente se sospeche que son sus nietos sustraídos, como así también la posibilidad de realizar de oficio o a pedido de parte las pruebas biológicas (arts. 251, 253 y 262 del Código Civil). Es que para poder limitar los derechos fundamentales de los ciudadanos, como es el derecho a la intimidad, no alcanza con la mera invocación de que se trata de una investigación penal de un delito grave ni tampoco con señalar que todos los derechos son relativos (Fallos: 312:496). En efecto, Carlos Santiago Nino ha enseñado que “La única consideración que admite una concepción liberal de la sociedad para limitar los derechos es la necesidad de preservar otros derechos. La frontera de los derechos individuales está dada no por otros valores sino por los conflictos de derechos. “ (“Fundamentos de derecho constitucional”, ed. Astrea, Buenos Aires, 2002, pág. 481). Es por este motivo que, más allá del interés público que reclama la determinación de la verdad en el juicio, resulta decisivo para la solución del conflicto tener en cuenta que, paralelamente a los derechos del recurrente, se encuentran en juego el derecho a la protección de la familia de los parientes que aún viven del niño apropiado. Este derecho, además de estar contemplado en el art. 19 de nuestra Constitución Nacional, se encuentra expresamente previsto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 17), en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 12 y 16.3), en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 23), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (art. 10.1) y en la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 8). Del voto del Dr. Cavallo al que adhirió el Dr. Freiler con fundamentos propios.), ni procesales. (Del voto

del Dr. Cavallo al que adhirió son sus propios fundamentos en Dr. Freiler)A la par del derecho a conocer -o no- su propia y genuina identidad que reside en cabeza de la posible víctima directa de un delito contra la familia, se halla el derecho de los presuntos familiares de esa persona de adquirir certidumbre en torno a los eventuales lazos sanguíneos que podrían unirlos. A ello se suma que los demás integrantes de ese núcleo familiar deben ser vistos también como víctimas de ese accionar criminal, en tanto su estatus jurídico intrafamiliar ha sido atacado por la conducta ilícita, de lo que se sigue su legitimación para dar impulso al proceso que, en alguna manera, restablezca los lazos quebrados. la negativa a conocer su verdadera identidad manifestada por el recurrente no sólo colisiona con el reclamo por parte de los presuntos familiares de conocer sobre sus lazos sanguíneos, sino también con el interés social de establecer de quién se trata en realidad esa persona. (De los fundamentos vertidos por el Dr. Freiler).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 340 Art.251, Ley 340 Art.253, Ley 340 Art.262, Constitución Nacional Art.19, Constitución Nacional Art.75

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. DE APELAC. EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL FEDERAL , CAPITAL FEDERAL
Sala I (Freiler (por sus fundamentos - Cavallo (por sus fundamentos). J. 1. S. 1.)

“ P.; G. G. s/ apelación “.

SENTENCIA, 1243 del 14 DE NOVIEMBRE DE 2006

.....
Identificación SAIJ: R0020327

SUMARIO

FILIACIÓN-PRUEBA HEMATOLOGICA-PRESUNCION DE PATERNIDAD

1- La incorporación en el art. 4 de la ley 23.511 de los términos “verosimilitud” y “razonabilidad” no es intrascendente.

En el plexo normativo actual y conforme los adelantos científicos producidos en materia de investigación genética estimo que la conducta obstruccionista del demandado en juicio de reclamación de la paternidad extramatrimonial constituye por sí mismo fundamento de suficiente peso para tener por “verosímil” la pretensión del accionante, ya que resulta razonable concluir que la negativa tiende a evitar que se produzca la prueba que lo señalará como padre.

Si el juez debe formar su juicio “de conformidad con las reglas de la sana crítica” entre las cuales se encuentran “las máximas de experiencia, es decir de los principios extraídos de la observación del corriente comportamiento humano” va de suyo que no puede apartarse de una realidad incontestable: sólo el afán de frustrar la prueba de su paternidad, puede inducir al demandado a negarse a la prueba biológica. No sería “razonable” suponer que quien de buena fe entiende no ser el padre del hijo que se le atribuye, se niegue a la demostración fehaciente de ese extremo.

Esa misma regla de experiencia, impide atribuir la negativa a motivos religioso o morales, desde que tal proceder no condice con las pautas éticas que son propias de nuestra realidad cultural, al menos mientras no se demuestre la pertenencia a credo o rito que repulse la prueba biológica, u otra circunstancia de excepción que, en el caso concreto, explique la conducta del demandado en función de razones distintas del afán de frustrar la prueba de una filiación que se sabe verdadera.

Ello así, la “verosimilitud de la pretensión” no puede ya significar la necesidad de aportar la prueba complementaria de las relaciones sexuales del presunto padre con la madre al tiempo legal de la concepción, sino que es suficiente la ausencia de prueba directa que excluya la posibilidad de tal relación íntima (enfermedad, impotencia sexual, viaje al exterior, privación de la libertad, etc.) pues entonces ya la pretensión no sería verosímil, como tampoco lo sería si se aportaran datos certeros que impidieran tener por establecida la filiación por la simple negativa del accionado (esterilidad, por ejemplo).

Se trata en definitiva de invertir los términos en que se postula la regla sobre “verosimilitud” de la filiación invocada. No ya requerir al accionante que demuestre que la filiación invocada es “verosímil”, mediante la demostración de extremos que tornen probable la existencia de relaciones sexuales al tiempo de la concepción, sino asumir, como regla de experiencia, que la negativa a la prueba biológica gesta esa verosimilitud, al menos mientras las circunstancias de hecho no tornen irrazonable la filiación pretendida.

2- Tanto la postura que sostiene que el art. 4 de la ley 23.511 ha establecido un cierto orden de prelación en las pruebas, como la que le resta operatividad al indicio por hallarse fundada la negativa del demandado en la inverosimilitud de la pretensión deducida, prescinden de una herramienta esencial para la determinación de la filiación -el examen genético-, pese a que “paradojalmente podría de por sí aparejar no sencillamente verosimilitud, sino ya certeza respecto de la filiación que se reclama o que se impugna”.

La interpretación que se ajusta a los principios esenciales que en materia de filiación receiptó la ley 23.264, cuales son: el principio de igualdad jurídica de todas las filiaciones (arts. 240 y 241 del Cód. Civil) y el de veracidad biológica (art. 253, que establece la amplitud probatoria en todas las acciones de estado, y la asignación del carácter “iuris tantum” a las presunciones de los arts. 76, 77, 243, 257 del Cód. Civil.

3- En el juicio de filiación que la madre promueve por su hijo menor, donde el interés del niño -se reitera- prevalece sobre el de quienes llevan adelante el litigio, por lo que no sería justo que la mayor o menor destreza procesal de éstos condicionara el resultado del pleito. El ordenamiento ha priorizado la búsqueda de la verdad, en términos que acentúan el deber de colaboración de los litigantes.

La interpretación del art. 4 de la ley 23.511 que se propicio, no conculca los derechos y garantías constitucionales consagradas en los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional. La prohibición de obligar a declarar contra sí mismo (art. 18), y de obligar a hacer lo que la ley no manda (art. 19) no puede confundirse con las consecuencias legales atribuidas a la conducta negativa del demandado, violatoria del deber de colaboración y cooperación que le exigen la realización de las actividades necesarias para la práctica de una prueba insustituible para lograr la determinación del vínculo filial de un menor.

4- No puede considerarse vulnerado el derecho a la intimidad del accionado, pues en todo caso la intromisión en la vida privada del individuo se encuentra plenamente justificada en la necesaria protección del derecho a la identidad del niño (art. 7 y 8 de la C.D.N., de jerarquía constitucional).

No puede ampararse tampoco el ejercicio abusivo de los derechos de la personalidad que no son absolutos, sino relativos. El derecho a conocer la identidad biológica del niño debe privar en este caso, por sobre el derecho a la intimidad que pretende ejercerse abusivamente contrariando los deberes de colaboración o cooperación vigentes en el moderno proceso civil (Voto del Dr. Ferrer).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 340 Art.76 al 77, Ley 340 Art.240 al 241, Ley 340 Art.243, Ley 340 Art.253, Ley 340 Art.257, Constitución Nacional Art.18 al 19, Ley 23.264, Ley 23.511 Art.4

DATOS DEL FALLO

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA , CORDOBA, CORDOBA
(Ferrer, Adan Luis-Sesín, Domingo Juan-Kaller Orchansky, Berta)
NN s/ Recurso Directo
SENTENCIA, 27 del 27 DE ABRIL DE 2000

II | Los derechos del niño en relación a su identidad

Sumario nro. F0085308

TEMA

IDENTIDAD DE GENERO-CAMBIO DE IDENTIDAD REGISTRAL-CAMBIO DE SEXO-INTERES SUPERIOR DEL NIÑO-AUTORIZACION JUDICIAL

TEXTO

La Ley 26.743 autoriza a toda persona a solicitar la rectificación registral del sexo, y el cambio de nombre de pila e imagen, cuando no coincidan con su identidad de género autopercebida (art. 3), permitiendo sobre la base de la identidad autopercebida el cambio de género ante el registro civil, sin necesidad de intervención quirúrgica ni tratamiento médico ni psicológico alguno. Además, el art. 5 prevé cómo accionar en caso de que los progenitores no presten su consentimiento o sea imposible, por alguna fundada razón, obtenerlo, recurriendo a la vía sumarísima para que los jueces resuelvan teniendo en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño/a de acuerdo con lo estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Ley 26.061 de protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: LEY 26.061, LEY 26.743 Art.3, LEY 26.743 Art.5, LEY 26.743

FALLOS

JUZGADO DE FAMILIA , CIPOLLETTI, RIO NEGRO

(Jorge A. Benatti)

XXX s/ autorización judicial

SENTENCIA del 8 DE FEBRERO DE 2022

Sumario nro. IF000023

TEMA

SUPRESION DEL ESTADO CIVIL-FALSIFICACION DE DOCUMENTO PUBLICO-FALSEDAD IDEOLOGICA-MADRE BIOLOGICA-SITUACION DE VULNERABILIDAD

TEXTO

Cabe condenar al imputado, en orden a los delitos de alteración de la identidad de una menor de 10 años y falsedad ideológica de documento público (arts. 139, inc. 2, y 293, segundo párrafo, del CP), pues si bien manifestó que su deseo o intención era adoptar legalmente una criatura porque no podía tener hijos con su entonces cónyuge, optó por transgredir la ley al abonar una suma a la madre biológica de una recién nacida, aprovechándose de su situación de vulnerabilidad y extrema pobreza, e inscribir falsamente a la menor a su nombre, a sabiendas de que no era su padre biológico y de que, con ello, alteraba su identidad.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 11.179 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 3992/84 Art.139, Ley 11.179 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 3992/84 Art.293

FALLOS

TRIBUNAL ORAL FEDERAL , PARANA, ENTRE RIOS

(Noemí Marta Berros)

Diego, Andrea Alejandra; Mancuso, Antonio Alejandro s/ supresión del estado civil de un menor (art. 139 inc. 2) en concurso ideal con falsedad ideológica

SENTENCIA del 22 DE DICIEMBRE DE 2021

Sumario nro. F0085307

TEMA

IDENTIDAD DE GENERO-CAMBIO DE IDENTIDAD REGISTRAL-CAMBIO DE SEXO-INTERES SUPERIOR DEL NIÑO

TEXTO

Corresponde autorizar a un adolescente a cambiar su identidad de género, a pesar de no contar con el consentimiento de su madre, puesto que de su escucha se aprecia y se destaca que el mismo pudo manifestarse en forma categórica y determinante, ratificando su interés y deseo de obtener el cambio registral solicitado, pudiendo observarse que su decisión es el resultado de un proceso meditado de construcción de su identidad autopercebida.

FALLOS

JUZGADO DE FAMILIA , CIPOLLETTI, RIO NEGRO

(Jorge A. Benatti)

XXX s/ autorización judicial

SENTENCIA del 8 DE FEBRERO DE 2022

Sumario nro. F0085310

TEMA

IDENTIDAD DE GENERO-CAMBIO DE IDENTIDAD REGISTRAL-CAMBIO DE SEXO-INTERES SUPERIOR DEL NIÑO-AUTORIZACION JUDICIAL

TEXTO

Si bien es cierto que la solicitud del trámite de rectificación registral del sexo, y el cambio de nombre de pila e imagen, es una de aquellas situaciones que de acontecer en la minoría de edad de la persona requieren la conformidad de sus progenitores o representantes legales, la última parte del art. 5 de la Ley 26.743 autoriza al juez a suplirla, entre otros supuestos, cuando mediare negativa de éstos para prestarla, o cuando su obtención resultare imposible, teniendo para ello en cuenta el interés superior del menor involucrado.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: LEY 26.743 Art.5

FALLOS

JUZGADO DE FAMILIA , CIPOLLETTI, RIO NEGRO

(Jorge A. Benatti)

XXX s/ autorización judicial

SENTENCIA del 8 DE FEBRERO DE 2022

Sumario nro. A0082716

TEMA

ADOPCION-ESTADO DE ADOPTABILIDAD-INTERES SUPERIOR DEL NIÑO-DERECHO A LA IDENTIDAD

TEXTO

La decisión adoptada en el caso de mantener la declaración de adoptabilidad decretada no importa soslayar la trascendencia que tienen los denominados "lazos de sangre" y el ineludible derecho fundamental de la niña a su identidad, ni asignar algún tipo de preeminencia material a la familia a la que se le ha otorgado la guarda con fines de adopción respecto de la biológica cuando, justamente, el derecho vigente postula como principio la solución opuesta; y mucho menos estigmatizar a la progenitora por conductas pasadas, pues por el contrario se trata lisa y llanamente de considerar y hacer prevalecer, por sobre todos los intereses en juego, el del sujeto más

vulnerable y necesitado de protección, a través del mantenimiento de situaciones de equilibrio que aparecen como más estables, evitando así nuevos conflictos.

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
(Rosatti - Rosenkrantz - Maqueda - Highton de Nolasco - Lorenzetti)
L., M. s/ abrigo
SENTENCIA del 7 DE OCTUBRE DE 2021

Sumario nro. C1007562

TEMA

RESOLUCIONES RECURRIBLES-MEDIDAS CAUTELARES-DERECHO A LA IDENTIDAD

TEXTO

La quejosa no demuestra por qué la medida cautelar dispuesta le ocasiona un gravamen irreparable toda vez que la medida cautelar dictada ha sido dictada en términos provisorios, a fin de salvaguardar derechos fundamentales de los niños involucrados y sus agravios no alcanzan para torcer la decisión impugnada por lucir genéricos y desconectados con las circunstancias de la situación planteada en autos. (Del voto en disidencia parcial de la jueza Alicia E. C. Ruiz).

FALLOS

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES , CIUDAD DE BUENOS AIRES,
CIUDAD DE BUENOS AIRES
(Inés M. Weinberg - Alicia E. C. Ruiz - Marcela De Langhe - Luis Francisco Lozano - Santiago Otamendi)
Ministerio Público - Asesoría General Tutelar de la CABA s/ Queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en/
Defensor del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y otros c/ GCBA y otros s/ amparo - otros
SENTENCIA del 7 DE OCTUBRE DE 2019

Sumario nro. C1007560

TEMA

RESOLUCIONES RECURRIBLES-MEDIDAS CAUTELARES-DERECHO A LA IDENTIDAD

TEXTO

Tanto la decisión que dispuso que la inscripción de los niños y niñas nacidos/as por técnicas de reproducción humana asistida denominada "gestación solidaria" tramitara ante el fuero local, como aquella que ordenó la medida precautoria de inscripción, constituyen sentencia equiparable a definitiva pues podría privar a esos niños de la eficacia tutelar que les es adeudada como parte esencial del proceso judicial, en el que corresponde considerar primordialmente su mejor interés. (Del voto en disidencia parcial de los jueces Inés M. Weinberg y Santiago Otamendi).

FALLOS

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES , CIUDAD DE BUENOS AIRES,
CIUDAD DE BUENOS AIRES
(Inés M. Weinberg - Alicia E. C. Ruiz - Marcela De Langhe - Luis Francisco Lozano - Santiago Otamendi)
Ministerio Público - Asesoría General Tutelar de la CABA s/ Queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en/
Defensor del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y otros c/ GCBA y otros s/ amparo - otros
SENTENCIA del 7 DE OCTUBRE DE 2019

Sumario nro. C1007561

TEMA

RESOLUCIONES RECURRIBLES-MEDIDAS CAUTELARES-DERECHO A LA IDENTIDAD

TEXTO

Los agravios de la parte recurrente contra la medida cautelar dictada en

autos -inscripción provisoria de los niños y niñas nacidos/as por técnicas de reproducción humana asistida denominada "gestación solidaria" - no están dirigidos contra la sentencia definitiva a que se refiere el artículo 26 de la ley n° 402 ni muestra razones para equipararla a una de esa especie. (Del voto del juez Luis Francisco Lozano).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: LEY 402 Art.26

FALLOS

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES , CIUDAD DE BUENOS AIRES, CIUDAD DE BUENOS AIRES
(Inés M. Weinberg - Alicia E. C. Ruiz - Marcela De Langhe - Luis Francisco Lozano - Santiago Otamendi)
Ministerio Público - Asesoría General Tutelar de la CABA s/ Queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en/
Defensor del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y otros c/ GCBA y otros s/ amparo - otros
SENTENCIA del 7 DE OCTUBRE DE 2019

Sumario nro. A0079578

TEMA

DERECHO A LA NACIONALIDAD-MENORES-CODIGO CIVIL Y COMERCIAL

TEXTO

De acuerdo con lo dispuesto explícitamente por el art. 2639 del Código Civil y Comercial de la Nación y en virtud de que se trata de un niño de nacionalidad polaca que se encuentra residiendo en Polonia, la incidencia por la cual el padre pretende obtener la nacionalización argentina debe ser decidida por el magistrado del lugar donde el menor de edad tiene su residencia habitual, o sea, por un juez polaco (Disidencia de los jueces Rosenkrantz y Lorenzetti).

REFERENCIAS

*Referencias Normativas: **0.CCN C 026994 2014 10 01***

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
(Rosenkrantz (en disidencia) - Highton de Nolasco (según su voto) - Maqueda - Lorenzetti (en disidencia) - Rosatti)
Recursos de hecho deducidos por la Defensora Pública de Menores y por L.N. en la causa N., L. (en representación de N.K.M.E.) s/ medida autosatisfactiva
SENTENCIA del 11 DE JULIO DE 2019

Sumario nro. A0079571

TEMA

NACIONALIDAD-DERECHO A LA NACIONALIDAD

TEXTO

Una consecuencia natural de la existencia física de un ser humano es el derecho a tener una nacionalidad, entendida como un vínculo de pertenencia entre una persona y un Estado, del que surgen derechos y obligaciones recíprocas. La nacionalidad expresa, sin perjuicio de otras ponderaciones de carácter histórico, espiritual, afectivo o cultural, la relación jurídica de una persona con "un" Estado ante quien hacer valer sus derechos.

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
(Rosenkrantz (en disidencia) - Highton de Nolasco (según su voto) - Maqueda - Lorenzetti (en disidencia) - Rosatti)
Recursos de hecho deducidos por la Defensora Pública de Menores y por L.N. en la causa N., L. (en representación de N.K.M.E.) s/ medida autosatisfactiva
SENTENCIA del 11 DE JULIO DE 2019

Sumario nro. A0079576

TEMA

DERECHO A LA NACIONALIDAD-MENORES

TEXTO

Los argumentos invocados por la cámara para rechazar la pretensión de obtener la nacionalización argentina por opción para un menor de edad nacido en Polonia importan una apreciación rigurosa del asunto y de la normativa que rige el caso, además de una sujeción a aspectos formales que no se condice con la entidad del derecho en juego ni con la conducta que deben adoptar los jueces llamados a entender en supuestos en que se encuentran involucrados los intereses de menores de edad, atinente a encauzar los trámites por vías expeditas y a evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con amparo constitucional.

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
(Rosenkrantz (en disidencia) - Highton de Nolasco (según su voto) - Maqueda - Lorenzetti (en disidencia) - Rosatti)
Recursos de hecho deducidos por la Defensora Pública de Menores y por L.N. en la causa N., L. (en representación de N.K.M.E.) s/ medida autosatisfactiva
SENTENCIA del 11 DE JULIO DE 2019

Sumario nro. A0079577

TEMA

MEDIDA CAUTELAR AUTOSATISFACTIVA-DERECHO A LA NACIONALIDAD-MENORES-INTERES SUPERIOR DEL NIÑO

TEXTO

Resulta descalificable la sentencia en cuanto rechazó la medida cautelar autosatisfactiva sobre la base de que el peticionante puede volver a iniciar el reclamo por el derecho a la nacionalidad del menor en el marco de un proceso donde intervengan ambos progenitores, ya que atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia que conllevan los reclamos vinculados con el interés superior del niño, para lo cual deben encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con tutela constitucional (Voto de la jueza Highton de Nolasco). -Del dictamen de la Procuración General al que el voto remite-.

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
(Rosenkrantz (en disidencia) - Highton de Nolasco (según su voto) - Maqueda - Lorenzetti (en disidencia) - Rosatti)
Recursos de hecho deducidos por la Defensora Pública de Menores y por L.N. en la causa N., L. (en representación de N.K.M.E.) s/ medida autosatisfactiva
SENTENCIA del 11 DE JULIO DE 2019

Identificación SAIJ : 33024197

TEMA

FUNDAMENTACION DE SENTENCIAS-DERECHO A LA IDENTIDAD-FILIACION-INTERES DEL MENOR-INEXISTENCIA DE DELITO-COMPETENCIA

El voto concurrente agregó que la decisión impugnada no implica la transgresión alegada por la querrela a la tutela del derecho a la identidad del menor ni del estándar internacional de resguardo del "interés superior del niño", pues se encuentran garantizados los derechos y las medidas de protección del menor en el ámbito de la justicia civil, donde tramita la solicitud de "triple afiliación" promovida por los demandados que originó la denuncia objeto del presente recurso, y en este aspecto el fuero penal se encuentra imposibilitado de intervenir ante la inexistencia de delito. (Dres. Riggi, Figueroa -voto concurrente-, Catucci).

FALLOS

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala 01 (Eduardo R. Riggi - Ana María Figueroa - Liliana E. Catucci)
Cabo, Maria Victoria s/ recurso de casación
SENTENCIA del 2 DE JUNIO DE 2017
Nro.Fallo: 17260304

Identificación SAIJ : C0410238

TEMA

DERECHO A LA IDENTIDAD-INTERES DEL MENOR

El "derecho a la identidad" es un derecho personalísimo y se encuentra regulado dentro de los no enumerados a que se refiere el art. 33 de nuestra Carta Magna y el art. 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, como así también en la ley 26.061 de Protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, que establece en su artículo 11 que los niños tienen derecho a conocer a sus padres biológicos, y a crecer y desarrollarse en su familia de origen, a mantener en forma regular y permanente el vínculo personal y directo con sus padres.

REFERENCIAS

*Referencias Normativas: Constitución Nacional Art.33, LEY 26.061 Art.11, **1.TRA C 023849 1990 09 2***

FALLOS

JUZGADO NACIONAL DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL Nro
83 , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
(Noya)
N.N.O. s/ Inscripción de nacimiento
SENTENCIA del 25 DE JUNIO DE 2015
Nro.Fallo: 15020008

Identificación SAIJ : A0076851

TEMA

PER SALTUM-INADMISIBILIDAD DEL RECURSO-RETARDO DE JUSTICIA-DENEGACION DE JUSTICIA-MENORES-DERECHO A LA IDENTIDAD-DERECHO A LA INTEGRIDAD FISICA
Si no se observan los requisitos que, con arreglo a lo dispuesto en el art. 257 bis del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, habilitan la procedencia de la instancia, corresponde declarar inadmisibile el recurso por salto de instancia pero -sin perjuicio de que las constancias de la causa no permiten aseverar que se encuentre configurado inequívocamente un supuesto de retardo o denegación de justicia que requiera la intervención de la Corte- y atento a los derechos en juego y al tiempo transcurrido, corresponde emplazar tanto a la magistrada como a los funcionarios intervinientes a imprimir celeridad al trámite del proceso y a adoptar las medidas pertinentes tendientes a salvaguardar la integridad psicofísica de la menor y su derecho a la identidad.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Código Procesal Civil y Comercial Art.25

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL

(LORENZETTI, HIGHTON, MAQUEDA)
P., S. s/ control de legalidad - ley 26.061
SENTENCIA del 29 DE ABRIL DE 2015
Nro.Fallo: 15000039

Identificación SAIJ : K0028857

TEMA

DONACION DE GAMETOS-DERECHO A LA IDENTIDAD

El art. 8° de la Convención sobre los Derechos de Niño, que constituye uno de los tratados internacionales a los que se refiere el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional establece que "los Estados parte se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidas la nacionalidad, el nombre, y las relaciones familiares de conformidad con la ley y sin injerencias ilícitas"; y ese texto interpretado concordante con el artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos, permite concluir que el derecho de niño a la identidad se refiere tanto a la identidad en el sentido legal como a la verdadera o genuina, es decir, a conocer su identidad biológica.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art.75, Ley 23.054 Art.19, Ley 23.849 Art.8

FALLOS

CAMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL ,
CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala 05 (Treacy - Alemany - Gallegos Frediani)
C.,E.M. y Otros c/ E.N. - Ministerio de Salud s/ Amparo ley 16.986
SENTENCIA del 29 DE ABRIL DE 2014
Nro.Fallo: 14100001

Identificación SAIJ : K0028855

TEMA

DONACION DE GAMETOS-DERECHO A LA IDENTIDAD

Debe admitirse parcialmente la acción de amparo interpuesta por los padres de una niña concebida por ovodonación y en consecuencia ordenar al Estado Nacional - Ministerio de Salud de la Nación- que arbitre los medios necesarios para garantizar que el centro médico y/o el banco de gametas involucrado en el caso preserve la información relativa a la identidad de la donante y la mantenga de forma reservada, para que, la menor pueda acceder a dicha información cuando alcance la mayoría de edad si lo desea, es que, una omisión estatal de obrar en tal sentido no se condice con la obligación de garantizar y respetar los derechos reconocidos en el artículo 8° de la Convención sobre los Derechos del Niño y en el artículo 11 de la Ley N° 26.061

REFERENCIAS

Referencias Normativas: LEY 26.061 Art.11, Ley 23.849 Art.8

FALLOS

CAMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL ,
CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala 05 (Treacy - Alemany - Gallegos Frediani)

C.,E.M. y Otros c/ E.N. - Ministerio de Salud s/ Amparo ley 16.986
SENTENCIA del 29 DE ABRIL DE 2014
Nro.Fallo: 14100001

Identificación SAIJ : R0021642

TEMA

DERECHO A LA IDENTIDAD-INSCRIPCION DE NACIMIENTOS

Dado que el derecho a la identidad es un derecho humano básico y fundamental que debe ser garantizado, corresponde ordenar al Registro del Estado Civil y Capacidad de las personas inscribir el nacimiento de un hombre de 44 años, en tanto de la prueba testimonial surge el nacimiento en la fecha denunciada en la demanda, como también la pericia médica indica que de acuerdo a su fisonomía el peticionante presenta la edad mencionada.

FALLOS

JUZGADO CIVIL Y COMERCIAL DE 42va NOMINACION , CORDOBA, CORDOBA
(Sueldo)

O., J.L.

SENTENCIA del 9 DE DICIEMBRE DE 2013

Nro.Fallo: 13160202

Identificación SAIJ : B0956783

TEMA

ADOPCION PLENA-PADRES BIOLOGICOS-INCONSTITUCIONALIDAD-INTERES DEL MENOR
Cabe otorgar a los guardadores de la menor, cuya madre biológica ha sido declarada insana, la adopción plena con un régimen comunicacional con su progenitora y declarar inconstitucional el art. 323 segunda frase del Código Civil en cuanto extingue el vínculo jurídico con su madre de origen, ello atendiendo a la primacía del interés de la menor, conjugándolo con el de su madre biológica y con la realidad vivencial que se evidencia en la familia que han constituido los guardadores con la menor sobre la base de la contención, amor y afecto, ocupándose con esmero de los problemas de salud de la niña.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 340 Art.323

FALLOS

CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL , AZUL, BUENOS AIRES
Sala 02 (Víctor Mario Peralta Reyes - María Inés Longobardi - Jorge Mario Galdós)

S., R. s/ Adopcion

SENTENCIA del 10 DE OCTUBRE DE 2013

Nro.Fallo: 13010239

.....

Identificación SAIJ: 30008322

SUMARIO

DERECHOS DEL NIÑO: ALCANCES-CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO-DERECHOS HUMANOS-DERECHO A LA IDENTIDAD-DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

“ la Convención sobre los Derechos del Niño consagra su derecho a la identidad (arts. 7 y 8) e impone el deber de protegerlo contra toda forma de abuso físico o mental (art. 19). Por otra parte, obliga a los Estados Parte a dar efectividad a todos los derechos reconocidos por el tratado (art. 4); y más específicamente, a los tribunales a atender el interés superior del niño en todas las medidas que los conciernen (art. 3.1), ofreciéndole la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial que lo afecte (art. 12.2)”. “Estas reglas particulares para las víctimas menores de edad realizan el principio de protección especial a la niñez establecido por el amplio corpus juris de protección de derechos humanos de la niñez integrado por la propia Convención de Derechos del Niño y otras normas de derechos humanos universales y regionales construido a partir de la idea de que los niños son considerados en todo el mundo como las personas más vulnerables de sufrir violaciones a sus derechos humanos, razón que justifica una protección específica y más intensa de esos derechos (en ese sentido, ver de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Villagrán Morales”, sentencia del 19/11/99; y OC n° 17

“Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”, del 28/8/02; ambas citadas en Res. PGN n° 8/09 del 24/2/09). Al respecto, cabe recordar que los tribunales locales tienen el deber de adoptar las medidas necesarias para evitar que el Estado incurra en responsabilidad internacional por incumplimiento de un tratado (ver de esta Sala, causa n° 22.821 “L.;Y.A.”, reg. n° 24.676 del 28/12/05, con cita de CSJN, Fallos 318:514 y causa E.224.XXXIX. “Espósito”, 23/12/04, voto del Dr. Antonio Boggiano)”. “El legislador nacional ha hecho eco de estas reglas. Ello puede extraerse con facilidad de la letra de la ley 26.061, cuya finalidad es la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes”. “Esas disposiciones aportan claras pautas hermenéuticas, dirimente para definir este debate. Cabe entonces concluir, en base a aquellas, que las previsiones de los artículos 178 y 242 del Código Procesal Penal de la Nación —que tienden a proteger valores sin dudas legítimos como la integridad y cohesión de los vínculos familiares (ver de esta Sala, causa n° 12.120 “Lavaysse”, reg. n° 13.074 del 30/4/96)—, ceden frente al supuesto del caso, donde debe darse preeminencia al interés superior del niño y a su derecho a ser oído, en consonancia con lo exigido por normas con jerarquía constitucional y de rango inferior sancionadas por el legislador nacional”. “Ello es así, pues no puede observarse inconsecuencia entre las regulaciones en juego, toda vez que las leyes deben interpretarse en forma conjunta y teniendo en cuenta la totalidad del ordenamiento jurídico, siempre evitando otorgarles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones destruyendo las unas por las otras, y adoptando como verdadero el sentido que las concilie y deje a todas con valor y efecto (CSJN, Fallos: 301:461; 315:38, entre muchos otros)”.

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. DE APELAC. EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL FEDERAL , CAPITAL FEDERAL
Sala 02 (Cattani- Irurzun - Farah. J. 8. S. 15)

“ L.R. s/ nulidad y sobreseimiento “.

SENTENCIA, 31862 del 2 DE SETIEMBRE DE 2010

Identificación SAIJ: A0070423

SUMARIO

DERECHOS DEL NIÑO-DERECHO A LA IDENTIDAD: ALCANCES

El concepto de identidad filiatoria no es necesariamente correlato del elemento puramente biológico determinado por aquélla; la “verdad biológica” no es un valor absoluto cuando se la relaciona con el

interés superior del niño, pues la identidad filiatoria que se gesta a través de los vínculos creados por la adopción es también un dato con contenido axiológico que debe ser alentado por el derecho como tutela del interés superior del niño, respetando el derecho del menor a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares, tal como los estados partes firmantes de la Convención sobre los Derechos del Niño se comprometen a asegurar. -Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema-

DATOS DEL FALLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL

(Mayoría: Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda, Zaffaroni. Abstencion: Petracchi, Argibay)

Guarino, Humberto José y Duarte de Guarino, María Eva s/ guarda preadoptiva.

SENTENCIA del 19 DE FEBRERO DE 2008

Identificación SAIJ: A0070422

SUMARIO

DERECHOS DEL NIÑO-DERECHO DEL MENOR A PERMANECER CON SU FAMILIA

Corresponde destacar el derecho que tiene todo niño de vivir, de ser posible, con su familia biológica constituida por sus progenitores; es axiológicamente deseable que la identidad filiatoria de una persona se sustente desde su presupuesto biológico en vínculos consolidados en relaciones parentales constituidas a partir de la procreación. —Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema—.

DATOS DEL FALLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL

(Mayoría: Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda, Zaffaroni. Abstencion: Petracchi, Argibay)

Guarino, Humberto José y Duarte de Guarino, María Eva s/ guarda preadoptiva.

SENTENCIA del 19 DE FEBRERO DE 2008

Identificación SAIJ: Q0024583

SUMARIO

DERECHOS DEL NIÑO-DERECHO A LA IDENTIDAD

La Corte Suprema de la Nación privilegió a la familia biológica, al sostener “el derecho que tiene todo niño de vivir, de ser posible, con su familia biológica constituida por sus progenitores y que es axiológicamente deseable que la identidad filiatoria de una persona se sustente desde su presupuesto biológico en vínculos consolidados en relaciones parentales constituidas a partir de la procreación”.

DATOS DEL FALLO

CÁMARA CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y MINERIA , TRELEW, CHUBUT

Sala B (Raúl Adrián Vergara Aldo Luis De Cunto)

ASESORIA DE FAMILIA E INCAPACES c/ S., J. D. s/ Acción de impugnación de Filiación extramatrimonial y Acción de reclamación de filiación extramatrimonial

SENTENCIA, 02-F-10 del 8 DE MARZO DE 2010

Identificación SAIJ: H0000636

SUMARIO

PROTECCIÓN INTEGRAL DEL NIÑO-DERECHOS DEL NIÑO-DERECHO A LA IDENTIDAD-DERECHO A LA CONVIVENCIA FAMILIAR-INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO-GARANTÍAS CONSTITUCIONALES-ESTADO

El programa provincial que alcanza a la situación de los menores M. y C. implementado por el Ministerio de Acción Social para cumplir la manda constitucional y legal, tiene como premisa el derecho de los niños a la identidad que se encuentra dentro de su seno familiar y de ello, que se impone la búsqueda de todas las instancias para recomponer las relaciones allí comprendidas de haberse comprobado peligro en la integridad física, psíquica y social de aquellos.

El objetivo de la atención al niño y a su familia es la de ayudar a ésta en la superación de las circunstancias que determinaron la separación inicial, y ello implica que los profesionales designados, luego de diseñar el diagnóstico de la situación, den cuenta de las carencias como así también de las potencialidades, aún incluyendo la familia ampliada, las redes de apoyo y el entramado institucional.

Cabe destacar que, mientras el cuidado del menor en un programa como el que nos ocupa permite que aquel reciba toda la atención durante la crisis temporal en su familia, ...] en el supuesto de comprobarse el fracaso del reintegro en un lapso prudencial, se presenta como ineludible impulsar la adopción de manera de garantizar la estabilidad indispensable para su desarrollo y el cuidado permanente en una familia, estableciendo una relación legal de padres e hijos.

DATOS DEL FALLO

CÁMARA DE APEL. EN LO CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y DE MINERÍA , NEUQUEN, NEUQUEN
Sala 03 (Marcelo J. Medori Fernando M. Ghisini)

H.V.N. y otros. s/ Situación.

INTERLOCUTORIO, 1312/1997 del 19 DE JUNIO DE 2008

Identificación SAJ: H0000637

SUMARIO

PROTECCIÓN INTEGRAL DEL NIÑO-DERECHOS DEL NIÑO-DERECHO A LA IDENTIDAD-DERECHO A LA CONVIVENCIA FAMILIAR-INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO-GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

La oportuna intervención del Estado en garantía de los derechos de los menores que se encontraban en riesgo, no obsta a indicar que no se debe perder de vista que la provisoriedad de la medida de exclusión en lo que hace al deber de velar por el interés superior de los niños, implica que la implementación de todos los recursos de los programas de apoyo resulten oportunos y controlados en su evolución, de tal forma de evitar que la familia inhabilitada en su función parental quede en riesgo de sucumbir ante las exigencias judiciales y administrativas, precipitando un abandono concreto de ese hijo, al cual dejó de cuidar hace tiempo.

Por ello, en lo que se refiere a los menores M. y C., infiero de las constancias de autos que estamos en presencia de un espacio de contención institucional que aún cuando debe considerarse limitado o provisorio desde el punto de vista temporal, la idea y meta primordial de revinculación con su familia biológica no se ha entendido agotada para avanzar en un proceso de adopción, al no resultar evaluación favorable en este último sentido.

DATOS DEL FALLO

CÁMARA DE APEL. EN LO CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y DE MINERÍA , NEUQUEN, NEUQUEN
Sala 03 (Marcelo J. Medori Fernando M. Ghisini)

H.V.N. y otros. s/ Situación.

INTERLOCUTORIO, 1312/1997 del 19 DE JUNIO DE 2008

.....

Identificación SAIJ: H0000638

SUMARIO

PROTECCIÓN INTEGRAL DEL NIÑO-DERECHOS DEL NIÑO-DERECHO A LA IDENTIDAD-DERECHO A LA CONVIVENCIA FAMILIAR-INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO-GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

La permanencia en el seno de la familia del hermano de la guardadora] , por ser uno de sus aspectos el conocimiento y la vinculación con la familia extensa de aquella, colocaría a los menores en una situación que se compadece mejor con un proceso de adopción, al incorporar nuevas relaciones de una entidad susceptible de alterar su sentido de pertenencia y que ...] no se ajusta al actual estado de este trámite.

Por ello, atendiendo el agravio introducido por el recurrente, le asiste razón a éste cuando cuestiona que el objeto del viaje a la República de Chile no se inscribe en el contexto y objetivo de revinculación parental establecido en orden al interés superior de los menores, proceso en el que, más allá de su prolongado trámite, no permitió se lo diera por concluido a partir de las valoraciones realizadas por los órganos jurisdiccionales y asistenciales intervinientes.

DATOS DEL FALLO

CÁMARA DE APEL. EN LO CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y DE MINERIA , NEUQUEN, NEUQUEN

Sala 03 (Marcelo J. Medori Fernando M. Ghisini)

H.V.N. y otros. s/ Situación.

INTERLOCUTORIO, 1312/1997 del 19 DE JUNIO DE 2008

.....

Identificación SAIJ: J0026360

SUMARIO

DERECHO DE FAMILIA-FILIACIÓN-DERECHOS DEL NIÑO-DERECHO A LA IDENTIDAD-DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES:INTERPRETACIÓN

En abono de los derechos referentes al emplazamiento de la filiación y a la propia identidad que de él deriva se ha dicho que si la ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo (artículos 5 y 17 del Pacto de San José de Costa Rica) el hijo extramatrimonial está facultado a emplazar su filiación completa, y su derecho no se satisface con gozar sólo de filiación materna o paterna; tiene derecho a ostentar ambas y tener el apellido que así resulte (artículo 18), pues ello está ligado al respeto por su personalidad jurídica, su dignidad y su integridad (artículos 3, 11 y 19 de la norma citada).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 23.054 Art.3, Ley 23.054 Art.5, Ley 23.054 Art.7, Ley 23.054 Art.11, Ley 23.054 Art.17 al 19

DATOS DEL FALLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA , SANTA FE, SANTA FE

(Falistocco - Gutiérrez - Spuler - Vigo)

T., S. L. c/ R., F. C. s/ Queja por denegación del Recurso de Inconstitucionalidad. Reclamación de filiación. Observaciones: se ataca la Constitucionalidad del fallo pleno de la Cámara de Apelación Civil y Comercial de Rosario, registrado como acuerdo N° 132 del 03-06- 1997 (Expte. CSJ N° 205-98)

SENTENCIA del 6 DE SETIEMBRE DE 2000

Identificación SAIJ: Z0108684

SUMARIO

DERECHOS DEL NIÑO-DERECHO A LA IDENTIDAD

La Convención sobre los Derechos del Niño contempla la identidad del menor como uno de sus derechos básicos de protección, haciéndolo a través de disposiciones específicas y de otras que, aún incidentales, muestran idéntica finalidad tutelar. Así el art. 8 de la Convención, consagra expresamente el derecho a la identidad minoril, mencionando como elementos a resguardar: la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares. Este acuerdo, en virtud de lo dispuesto en el actual inc. 22 del art. 75 de la Constitución Nacional, ha pasado a tener posibilidad reforzada.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art.75, Ley 23.849 Art.8

DATOS DEL FALLO

CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL , SANTIAGO DEL ESTERO, SANTIAGO DEL ESTERO

Cámara 02 (CONTATO-BRUCHMAN DE BELTRAN-NUÑEZ En minoría: NUNEZ Z108689 En mayoría: BRUCHMAN DE BELTRAN Z108690 al Z108692)

SANTILLAN, MARTA GRACIELA c/ ORIETA RAMON CIRO s/ RECONOCIMIENTO DE FILIACIÓN SENTENCIA, 11384 del 24 DE ABRIL DE 2002

Identificación SAIJ: Z0109268

SUMARIO

DERECHOS DEL NIÑO-DERECHO A LA IDENTIDAD

El derecho a la identidad tutelado por la Convención sobre los Derechos del Niño conforme al artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional se materializa en el derecho a establecer la filiación para que toda persona obtenga aquella que le corresponde en el orden biológico y la misma aparezca instrumentada en los registros correspondientes.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art.75

DATOS DEL FALLO

CÁMARA DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL , SANTIAGO DEL ESTERO, SANTIAGO DEL ESTERO

Cámara 04 (LUNA ROLDAN-TURK-SEILER)

MILAGROS BELEN AVILA c/ VILLALBA DE AVILA, OLGA M; AVILA MIGUEL ARMANDO Y GUZMAN, ANGEL ANTONIO s/ SUPRESION Y SUPOSICION DEL ESTADO CIVIL

SENTENCIA, 11570 del 20 DE MARZO DE 2003

Identificación SAIJ: F0016408

SUMARIO

ADOPCIÓN-DERECHO DE MENORES-DERECHO A LA SALUD-DERECHO DEL MENOR A PERMANECER CON SU FAMILIA-DERECHO A LA IDENTIDAD-CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

Otro dilema es, entre el derecho a la salud versus derechos a permanecer en la familia de origen. Al respecto, es innegable que el menor tiene derecho a la identidad, que generalmente en estos casos no aparece totalmente satisfecho, puesto que las madres biológicas de los menores no utilizan la opción que brinda el art. 255 del C.C. como está demostrado estadísticamente.

Otro derecho de raigambre constitucional luego de la reforma de 1994 es el derecho personalísimo consistente en permanecer en el seno de la familia biológica. Mas concretamente el art. 7 de la CDN reza que tiene derecho en la medida de lo posible a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos. Y la gran discusión en torno a tales postulados, como no podría ser de otra manera, consiste en determinar si los mismos son absolutos o relativos. Comparto con Santos Cifuentes el concepto de que ninguno de los derechos constitucionales son absolutos. Todos confrontan entre sí y se relativizan por concierto y respeto recíproco.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 340 Art.255

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA , VIEDMA, RIO NEGRO

Sala CIVIL (LUTZ-BALLADINI-SODERO NIEVAS (SEGUN SU FUNDAMENTO: LUTZ: F0016364, F0016365, F0016366, F0016367, F0016368 y F0016369) (EN DISIDENCIA: LUTZ: F0016370, F0016371, F0016372, F0016373, F0016374, F0016375 y F0016376) (SEGUN SU FUNDAMENTO: BALLADINI: F0016377, F0016378, F0016379, F0016380, F0016381, F0016382, F0016383, F0016384 y F0016385) (EN MAYORIA: BALLADINI y SODERO NIEVAS: F0016386, F0016387, F0016388, F0016389, F0016390, F0016391, F0016392, F0016393 y F0016394) (EN MAYORIA: SODERO NIEVAS y BALLADINI: F0016397, F0016398, F0016399, F0016400, F0016401, F0016402, F0016403, F0016404, F0016405, F0016406, F0016407, F0016408, F0016409, F0016410, F0016411, F0016412, F0016413, F0016414, F0016415, F0016416, F0016417, F0016418, F0016419, F0016420, F0016421, F0016422, F0016423, F0016424, F0016425, F0016426, F0016427, F0016428, F0016429 y F0016430))

O., A. B. y F., L. M. s/ GUARDA CON FINES DE ADOPCIÓN s/ CASACION

SENTENCIA, 0000000087 del 4 DE OCTUBRE DE 2004

.....

Identificación SAIJ: Q0016698

SUMARIO

INTERÉS DEL MENOR-DERECHO A LA IDENTIDAD

“Es mi afán de privilegiar el presente de niño por sobre todas las cosas y no un nuevo desprendimiento que en aras de dejar a salvo identidades y derechos de las personas a vivir e integrarse con los de su propia sangre, conlleve y cause un efecto absolutamente contrario al objetivo de esos mismos principios” Ello, claro está, sin perjuicio de alentar y recomendar que con el transcurso del tiempo quienes hoy son responsables de su suerte, lo preparen para conocer y asumir una realidad distinta, cual es la de su identidad biológica.

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA , RAWSON, CHUBUT

Sala CASACION (Fernando Royer José Luis Pasutti AC)

A., C. c/ D.C., M.A. y D., G.N. s/ Incidente de Restitución

SENTENCIA del 17 DE JUNIO DE 2005

.....

Identificación SAIJ: I0051019

SUMARIO

PRUEBA-FILIACIÓN-SENTENCIA-FUNDAMENTACION DE SENTENCIAS-MENORES-GUARDA DEL MENOR-INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

La extrema tensión en que han sido puestos sendos derechos esenciales de raigambre supranacional y linaje constitucional cuál lo son por un lado, el derecho a la paternidad derivada de la identidad biológica de la niña y por el otro, la preservación del remanido y tantas veces citado "Interés Superior del Niño" por todos aquellos que de una u otra manera intervinieran en el pleito sea en carácter de auxiliares técnicos periciales, jueces de ambas instancias, representantes patriales y de ambos Ministerios Públicos y jueces, en el concreto caso venido a consideración del tribunal, no cabe otra conclusión que preservar tal orientadora directriz general a la luz de los precisos y contestes dictámenes técnico periciales cuya singular contundencia ya fuera relacionada en cuanto respecta al irreparable perjuicio psicofísico que a la menor habría de ocasionar hoy la entrega a su padre biológico.

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA , PARANA, ENTRE RIOS

Sala 02 (Papetti-Moreni-Ardoy)

E. M. s/ Guarda Judicial

SENTENCIA, 3938 del 20 DE NOVIEMBRE DE 2003

II.I | Adopción

Identificación SAIJ: B0025839

SUMARIO

MENORES-DERECHO A LA IDENTIDAD-ADOPCIÓN:EFECTOS

No es válido entender que el respeto al derecho del niño a preservar su identidad, nacionalidad, nombre y relaciones familiares se limite a ampararlo frente a situaciones de sustracción, retención y ocultamiento; y que no existiendo un accionar ilegal la invocación de tales derechos resulte inadecuada.

DATOS DEL FALLO

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA, LA PLATA, BUENOS AIRES

(Pettigiani-de Lazzari-Hitters-Negri-San Martín-Ghione-Pisano-Salas -Laborde EN MINORIA: PETTIGIANI SUMARIO B24488 EN MAYORIA: NEGRI SUMARIO B25836 EN MAYORIA: NEGRI SUMARIO B25837 EN MAYORIA: NEGRI SUMARIO B25838 EN MAYORIA: NEGRI SUMARIO B25839 EN MAYORIA: NEGRI SUMARIO B25840 EN MAYORIA: NEGRI SUMARIO B25841 EN MAYORIA: NEGRI SUMARIO B25842 OPINION PERSONAL: NEGRI SUMARIO B25843 OPINION PERSONAL: NEGRI SUMARIO B25844 OPINION PERSONAL: NEGRI SUMARIO B25845 OPINION PERSONAL: NEGRI SUMARIO B25846 OPINION PERSONAL: NEGRI SUMARIO B25847 EN MINORIA: PETTIGIANI SUMARIO B25848 EN MINORIA: PETTIGIANI SUMARIO B25849 EN MINORIA: PETTIGIANI SUMARIO B25850 EN MINORIA: PETTIGIANI SUMARIO B25851 EN MINORIA: PETTIGIANI SUMARIO B25852 EN MINORIA: PETTIGIANI SUMARIO B25853 EN MINORIA: PETTIGIANI SUMARIO B25856 EN MINORIA: PETTIGIANI SUMARIO B25854)

Sauer, Clara s/ Adopción

SENTENCIA del 12 DE SETIEMBRE DE 2001

Identificación SAIJ: B0025845

SUMARIO

MENORES-DERECHO A LA IDENTIDAD-ADOPCIÓN:OBJETO

Resulta erróneo sostener que la identidad, que permite que alguien se reconozca a sí mismo, se preserva igualmente si un menor es separado de su familia. (MINORIA U OPINION PERSONAL)

DATOS DEL FALLO

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA, LA PLATA, BUENOS AIRES

(Pettigiani-de Lázari-Hitters-Negri-San Martín-Ghione-Pisano-Salas -Laborde EN MINORIA: PETTIGIANI SUMARIO B24488 EN MAYORIA: NEGRI SUMARIO B25836 EN MAYORIA: NEGRI SUMARIO B25837 EN MAYORIA: NEGRI SUMARIO B25838 EN MAYORIA: NEGRI SUMARIO B25839 EN MAYORIA: NEGRI SUMARIO B25840 EN MAYORIA: NEGRI SUMARIO B25841 EN MAYORIA: NEGRI SUMARIO B25842 OPINION PERSONAL: NEGRI SUMARIO B25843 OPINION PERSONAL: NEGRI SUMARIO B25844 OPINION PERSONAL: NEGRI SUMARIO B25845 OPINION PERSONAL: NEGRI SUMARIO B25846 OPINION PERSONAL: NEGRI SUMARIO B25847 EN MINORIA: PETTIGIANI SUMARIO B25848 EN MINORIA: PETTIGIANI SUMARIO B25849 EN MINORIA: PETTIGIANI SUMARIO B25850 EN MINORIA: PETTIGIANI SUMARIO B25851 EN MINORIA: PETTIGIANI SUMARIO B25852 EN MINORIA: PETTIGIANI SUMARIO B25853 EN MINORIA: PETTIGIANI SUMARIO B25856 EN MINORIA: PETTIGIANI SUMARIO B25854)

Sauer, Clara s/ Adopción

SENTENCIA del 12 DE SETIEMBRE DE 2001

.....

Identificación SAIJ: B0025846

SUMARIO

MENORES-DERECHO A LA IDENTIDAD-ADOPCIÓN:OBJETO

Convertir en doctrina legal la igualación entre la familia biológica y la adoptiva, (llevada al extremo en que la primera resulta prescindible para la configuración de la identidad personal), en una provincia y en un país desgarrado todavía por las secuelas de la pasada dictadura militar, donde las abuelas buscan aún a sus nietos nacidos en cautiverio, secuestrados y dados a otras personas, podría tener una proyección incontrolable, y no puede por ello constituirse en fuente de derechos en nuestra Provincia. (MINORIA U OPINION PERSONAL)

DATOS DEL FALLO

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA, LA PLATA, BUENOS AIRES

(Pettigiani-de Lázari-Hitters-Negri-San Martín-Ghione-Pisano-Salas -Laborde EN MINORIA: PETTIGIANI SUMARIO B24488 EN MAYORIA: NEGRI SUMARIO B25836 EN MAYORIA: NEGRI SUMARIO B25837 EN MAYORIA: NEGRI SUMARIO B25838 EN MAYORIA: NEGRI SUMARIO B25839 EN MAYORIA: NEGRI SUMARIO B25840 EN MAYORIA: NEGRI SUMARIO B25841 EN MAYORIA: NEGRI SUMARIO B25842 OPINION PERSONAL: NEGRI SUMARIO B25843 OPINION PERSONAL: NEGRI SUMARIO B25844 OPINION PERSONAL: NEGRI SUMARIO B25845 OPINION PERSONAL: NEGRI SUMARIO B25846 OPINION PERSONAL: NEGRI SUMARIO B25847 EN MINORIA: PETTIGIANI SUMARIO B25848 EN MINORIA: PETTIGIANI SUMARIO B25849 EN MINORIA: PETTIGIANI SUMARIO B25850 EN MINORIA: PETTIGIANI SUMARIO B25851 EN MINORIA: PETTIGIANI SUMARIO B25852 EN MINORIA: PETTIGIANI SUMARIO B25853 EN MINORIA: PETTIGIANI SUMARIO B25856 EN MINORIA: PETTIGIANI SUMARIO B25854)

Sauer, Clara s/ Adopción

SENTENCIA del 12 DE SETIEMBRE DE 2001

.....

Identificación SAIJ: B0025843

SUMARIO

MENORES-DERECHO A LA IDENTIDAD-ADOPCIÓN:EFECTOS

Referir la identidad del menor a su origen y a su familia biológica constituyen una remisión perfectamente válida. (MINORIA U OPINION PERSONAL)

DATOS DEL FALLO

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA, LA PLATA, BUENOS AIRES

(Pettigiani-de Lázzari-Hitters-Negri-San Martín-Ghione-Pisano-Salas -Laborde EN MINORIA: PETTIGIANI SUMARIO B24488 EN MAYORIA: NEGRI SUMARIO B25836 EN MAYORIA: NEGRI SUMARIO B25837 EN MAYORIA: NEGRI SUMARIO B25838 EN MAYORIA: NEGRI SUMARIO B25839 EN MAYORIA: NEGRI SUMARIO B25840 EN MAYORIA: NEGRI SUMARIO B25841 EN MAYORIA: NEGRI SUMARIO B25842 OPINION PERSONAL: NEGRI SUMARIO B25843 OPINION PERSONAL: NEGRI SUMARIO B25844 OPINION PERSONAL: NEGRI SUMARIO B25845 OPINION PERSONAL: NEGRI SUMARIO B25846 OPINION PERSONAL: NEGRI SUMARIO B25847 EN MINORIA: PETTIGIANI SUMARIO B25848 EN MINORIA: PETTIGIANI SUMARIO B25849 EN MINORIA: PETTIGIANI SUMARIO B25850 EN MINORIA: PETTIGIANI SUMARIO B25851 EN MINORIA: PETTIGIANI SUMARIO B25852 EN MINORIA: PETTIGIANI SUMARIO B25853 EN MINORIA: PETTIGIANI SUMARIO B25856 EN MINORIA: PETTIGIANI SUMARIO B25854)

Sauer, Clara s/ Adopción

SENTENCIA del 12 DE SETIEMBRE DE 2001

.....

Identificación SAIJ: B0025847

SUMARIO

MENORES-DERECHO A LA IDENTIDAD-ADOPCIÓN:OBJETO

El derecho del niño a su identidad personal; a la preservación de sus relaciones familiares; a ser cuidado por su madre; a no ser separado de ella contra su voluntad, y el derecho de la madre a no ser despojada de su hijo; a poder educarlo, a que lleve su nombre; a tenerlo con ella: previstas en los textos constitucionales y solemnemente proclamadas por numerosos documentos internacionales a los que nuestro país ha adherido, quedarían gravemente mutilados si se desplazara la maternidad biológica sin razón valedera. (MINORIA U OPINION PERSONAL)

DATOS DEL FALLO

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA, LA PLATA, BUENOS AIRES

(Pettigiani-de Lázzari-Hitters-Negri-San Martín-Ghione-Pisano-Salas -Laborde EN MINORIA: PETTIGIANI SUMARIO B24488 EN MAYORIA: NEGRI SUMARIO B25836 EN MAYORIA: NEGRI SUMARIO B25837 EN MAYORIA: NEGRI SUMARIO B25838 EN MAYORIA: NEGRI SUMARIO B25839 EN MAYORIA: NEGRI SUMARIO B25840 EN MAYORIA: NEGRI SUMARIO B25841 EN MAYORIA: NEGRI SUMARIO B25842 OPINION PERSONAL: NEGRI SUMARIO B25843 OPINION PERSONAL: NEGRI SUMARIO B25844 OPINION PERSONAL: NEGRI SUMARIO B25845 OPINION PERSONAL: NEGRI SUMARIO B25846 OPINION PERSONAL: NEGRI SUMARIO B25847 EN MINORIA: PETTIGIANI SUMARIO B25848 EN MINORIA: PETTIGIANI SUMARIO B25849 EN MINORIA: PETTIGIANI SUMARIO B25850 EN MINORIA: PETTIGIANI SUMARIO B25851 EN MINORIA: PETTIGIANI SUMARIO B25852 EN MINORIA: PETTIGIANI SUMARIO B25853 EN MINORIA: PETTIGIANI SUMARIO B25856 EN MINORIA: PETTIGIANI SUMARIO B25854)

Sauer, Clara s/ Adopción

SENTENCIA del 12 DE SETIEMBRE DE 2001

Identificación SAIJ: 10004353

SUMARIO

ADOPCIÓN-ADOPCIÓN SIMPLE-INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO-DERECHOS DEL NIÑO-
RESTITUCION DE MENORES-MENORES-APLICACIÓN DE LA LEY

En materia de adopción debe atenderse a las particularidades propias de cada causa, analizando las circunstancias excepcionales que habilitan la adopción simple, - como en el caso de autos, - luego de transcurridos nueve años desde el nacimiento de la menor, la sentencia que deba emitirse en esta instancia, solo puede estar dirigida y centrada en el interés de esa menor que no ha conocido otro ámbito familiar que el de los pretendidos adoptantes, que manifiesta su temor de alejarse de sus guardadores, su intención de vivir con ellos, conociendo a su madre biológica, bajo la óptica de lo más conveniente para la menor. Es por ello que la restitución a la madre biológica aparece en esta etapa de la menor, como inconveniente al desarrollo de la misma, preservándose su identidad biológica en orden a lo establecido en el Art. 3.1.de la Convención sobre los Derechos del Niño, Art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; inc. i) del Art. 321 del Código Civil.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 340 Art.321, Constitución Nacional Art.75

DATOS DEL FALLO

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA , RIO GALLEGOS, SANTA CRUZ

(Clara Salazar - Juan Carlos González - Laura Patricia Ballester)

Almonacid, Eugenia s/ Adopción

SENTENCIA, 7559 del 30 DE OCTUBRE DE 2000

II.II | Derecho a conocer la identidad de origen

Sumario nro. A0079572

TEMA

DERECHO A LA NACIONALIDAD-TRATADOS INTERNACIONALES

TEXTO

El derecho a tener una nacionalidad es un derecho humano fundamental y personalísimo del individuo que ha sido reconocido en distintos instrumentos internacionales que, a partir de la reforma de 1994, gozan de jerarquía constitucional (art. 75, incisos 12 y 22; conf. arts. 7.1 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño; art. 20 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Politicos).

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
(Rosenkrantz (en disidencia) - Highton de Nolasco (según su voto) - Maqueda - Lorenzetti (en disidencia) - Rosatti)
Recursos de hecho deducidos por la Defensora Pública de Menores y por L.N. en la causa N., L. (en representación de N.K.M.E.) s/ medida autosatisfactiva
SENTENCIA del 11 DE JULIO DE 2019

Sumario nro. A0079573

TEMA

NACIONALIDAD-DERECHO A LA NACIONALIDAD

TEXTO

La nacionalidad constituye un aspecto del derecho a la identidad del individuo, entendido este como un bien esencial y fundamental de la persona que destaca ciertos atributos que permiten el reconocimiento más complejo y completo de un sujeto y posibilitan diferenciarlo de los demás.

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
(Rosenkrantz (en disidencia) - Highton de Nolasco (según su voto) - Maqueda - Lorenzetti (en disidencia) - Rosatti)
Recursos de hecho deducidos por la Defensora Pública de Menores y por L.N. en la causa N., L. (en representación de N.K.M.E.) s/ medida autosatisfactiva
SENTENCIA del 11 DE JULIO DE 2019

Sumario nro. A0079574

TEMA

NACIONALIDAD-CIUDADANIA POR OPCION-CONSTITUCION NACIONAL-DERECHO A LA NACIONALIDAD

TEXTO

El derecho de opción a ser argentino es un derecho público subjetivo a la nacionalidad que en la actualidad encuentra expresa recepción constitucional en el citado art. 75, inciso 12, de la Ley Fundamental que, en lo pertinente, dispone entre las facultades que reconoce al Congreso dictar ".especialmente leyes generales para toda la Nación sobre naturalización y nacionalidad, con sujeción al principio de nacionalidad natural y por opción en beneficio de la argentina.". La incorporación de dicha facultad y su reconocimiento constitucional denota la importancia y la trascendencia que el atributo de la nacionalidad configura para una persona y que impone a los Estados la obligación de adoptar las medidas necesarias y adecuadas para garantizar no solo su reconocimiento y efectivo

goce, sino también su protección.

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
(Rosenkrantz (en disidencia) - Highton de Nolasco (según su voto) - Maqueda - Lorenzetti (en disidencia) - Rosatti)
Recursos de hecho deducidos por la Defensora Pública de Menores y por L.N. en la causa N., L. (en representación de N.K.M.E.) s/ medida autosatisfactiva
SENTENCIA del 11 DE JULIO DE 2019

Sumario nro. A0079579

TEMA

DERECHO A LA NACIONALIDAD-MENORES-CIUDADANIA POR OPCION-APATRIDAS-PERSONAS INDOCUMENTADAS

TEXTO

La pretensión de obtener la nacionalización argentina por opción de un menor -para que se supla el consentimiento negado por la madre- debe ser tramitada ante los tribunales del lugar donde el niño tiene su residencia habitual, sin que consten razones de vulnerabilidad o urgencia para admitirla pues el niño tiene una nacionalidad y no se está frente a una situación de apatridia, no se demostró una situación de privación ilegal de la identidad o de la nacionalidad y tampoco se probó la condición de "indocumentado" ni una negativa arbitraria de las autoridades polacas para renovar el pasaporte del niño (Disidencia de los jueces Rosenkrantz y Lorenzetti).

FALLOS

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
(Rosenkrantz (en disidencia) - Highton de Nolasco (según su voto) - Maqueda - Lorenzetti (en disidencia) - Rosatti)
Recursos de hecho deducidos por la Defensora Pública de Menores y por L.N. en la causa N., L. (en representación de N.K.M.E.) s/ medida autosatisfactiva
SENTENCIA del 11 DE JULIO DE 2019

Identificación SAIJ : I0080107

TEMA

DERECHO A LA IDENTIDAD-NEGACION DE LA PATERNIDAD
El objetivo fundamental de encontrar la verdad objetiva respecto a su identidad personal con las connotaciones y proyecciones que ello conlleva, no puede considerarse plenamente cumplido o satisfecho si la exclusión de la paternidad del demandado en aquella oportunidad se sustentó pura y exclusivamente en una prueba pericial cuyos resultados no pueden indicarse como terminantes o concluyentes considerando los avances científicos y la mayor precisión que al respecto arrojan los estudios de ADN.

FALLOS

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA , PARANA, ENTRE RIOS
(Castrillon - Pañeda - Smaldone)
DIAZ JUAN CRUZ c/ BEHERAN JUAN PABLO s/ ORDINARIO FILIACION
SENTENCIA del 28 DE DICIEMBRE DE 2017
Nro.Fallo: 17080088

Identificación SAIJ : I0080106

TEMA

DERECHO A LA IDENTIDAD-PRUEBA
La aludida relevancia de la identidad -integrada por la "verdad biológica"

como parte de la identidad en su faz estática- y el desarrollo de la ciencia, influyen en forma directa para que la prueba genética adquiera un rol preponderante a los efectos de dirimir las controversias como la de autos. Es decir, en la actualidad esta es la manera de determinar la inclusión o exclusión de un vínculo filiar puesto en crisis. En este orden de idea, de la lectura de las normas del ordenamiento de fondo dedicadas a las pruebas en los procesos de filiación (art. 579 del C.C.C.N.), puede observarse un orden de prelación dado por: a) la prueba genética de la parte; b) la prueba genética sobre parientes; c) la negativa a someterse a la prueba genética y d) otros medios de prueba.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 17.454 Art.579

FALLOS

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA , PARANA, ENTRE RIOS

(Castrillon - Pañeda - Smaldone)

DIAZ JUAN CRUZ c/ BEHERAN JUAN PABLO s/ ORDINARIO FILIACION

SENTENCIA del 28 DE DICIEMBRE DE 2017

Nro.Fallo: 17080088

Identificación SAIJ : I0080108

TEMA

DERECHO A LA IDENTIDAD-PRUEBA GENETICA

Dar preeminencia a una "filiación presunta" por sobre la "filiación verdadera" prescindiendo de una prueba pericial genética a la que voluntariamente -ahora- se ha sometido el demandado, conlleva a que en el caso se tenga por insatisfecho el deber de despejar la incertidumbre acerca de la paternidad discutida, que no resuelve el principal problema concerniente a la determinación de la verdadera identidad del actor.

FALLOS

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA , PARANA, ENTRE RIOS

(Castrillon - Pañeda - Smaldone)

DIAZ JUAN CRUZ c/ BEHERAN JUAN PABLO s/ ORDINARIO FILIACION

SENTENCIA del 28 DE DICIEMBRE DE 2017

Nro.Fallo: 17080088

Identificación SAIJ : 33023518

TEMA

ACREDITACION DE LA PRUEBA-DERECHO A CONOCER LA IDENTIDAD DE ORIGEN-DELITOS CONTRA LA HUMANIDAD

El plexo probatorio ha permitido acreditar los hechos por los que el matrimonio venía acusado y conectar sus acciones con el aparato mismo de represión, y del rol activo que desempeñó el encartado en él, sumado a las gestiones realizadas por ambos imputados con posterioridad a la entrega de la niña (falsificación del acta de nacimiento, haciendo constar que era hija biológica, y del DNI) y las conductas elusivas realizadas a fin de que no descubra la verdad de su origen, aún con posterioridad a que la víctima conociera su identidad biológica.

La conducta de retención y ocultamiento afecta el derecho a gozar de la vida familiar de los padres y aun de la familia extensa.

FALLOS

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala 02 (ángela E. Ledesma - Alejandro W. Slokar - Pedro R. David)
Rivero, Santiago Omar y otros s/ recurso de casación
SENTENCIA del 23 DE MARZO DE 2017
Nro.Fallo: 17260069

Identificación SAIJ : 33023519

TEMA

APLICACION DE LA LEY-DERECHO A CONOCER LA IDENTIDAD DE ORIGEN

Si, por definición, el delito permanente es aquel que presupone que el agente mantiene voluntariamente la ejecución de una acción iniciada antes, y de ese modo la continuación de la consumación es producto no del efecto permanente de un delito instantáneo, sino de la permanencia de la acción, entonces debe aplicarse la ley vigente al momento del cese de la conducta, en el caso, ello fue cuando la víctima conoció la verdad de su identidad a partir del resultado del examen de ADN que determinó su vínculo biológico.

FALLOS

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala 02 (ángela E. Ledesma - Alejandro W. Slokar - Pedro R. David)
Rivero, Santiago Omar y otros s/ recurso de casación
SENTENCIA del 23 DE MARZO DE 2017
Nro.Fallo: 17260069

Identificación SAIJ : C0410222

TEMA

ADOPCION-FAMILIA ADOPTIVA-MADRE BIOLOGICA-DERECHOS DEL NIÑO

Si bien es cierto que tanto la Convención sobre los Derechos del Niño como la ley 26.061 otorgan prioridad a la familia biológica como lugar donde los hijos deben criarse y desarrollarse, no lo es menos que ese principio cede cuando la permanencia de ellos en dicho medio familiar no se ajusta a su mejor interés.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 26.061

FALLOS

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL , CAPITAL FEDERAL,
CAPITAL FEDERAL
Sala B (MAURICIO LUIS MIZRAHI - CLAUDIO RAMOS FEIJOÓ - OMAR LUIS DIAZ SOLIMINE)
R. D. H. Y OTROS s/ CONTROL DE LEGALIDAD - LEY 26.061
SENTENCIA del 16 DE DICIEMBRE DE 2014
Nro.Fallo: 14020033

Identificación SAIJ : C0410224

TEMA

ADOPCIÓN-ESTADO DE ADOPTABILIDAD-FAMILIA ADOPTIVA-MADRE BIOLÓGICA-DERECHOS DEL NIÑO

Tratándose de niños en estado de adoptabilidad cuya madre biológica peticiona comunicación con los mismos, resulta propicio disponer la integración entre la familia biológica y futura adoptiva, dejando de lado el denominado principio de exclusividad, opuesto en esencia al triángulo adoptivo-afectivo (confluencia de la familia biológica y la futura adoptante), dado que lo que se impone en el caso es la flexibilidad en un marco que respete la identidad de los niños en un sentido integral; vale decir, en sus facetas estáticas y dinámicas.

FALLOS

**CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL , CAPITAL FEDERAL,
CAPITAL FEDERAL**

**Sala B (MAURICIO LUIS MIZRAHI - CLAUDIO RAMOS FEIJOÓ - OMAR LUIS DIAZ
SOLIMINE)**

R. D. H. Y OTROS s/ CONTROL DE LEGALIDAD - LEY 26.061

SENTENCIA del 16 DE DICIEMBRE DE 2014

Nro.Fallo: 14020033

Identificación SAIJ: J0032834

SUMARIO

DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES-INTERPRETACIÓN-JERARQUÍA-DERECHO A LA IDENTIDAD-DERECHO A CONOCER EL PARADERO DE FAMILIARES-ADOPCIÓN

El “saber quién soy”, que expresa el contenido esencial (Wesensgehalt) del derecho a la identidad, tiene alcances mucho más amplios que se derivan de la propia dignidad de la persona humana, abarcando —entre otros— el derecho “a reconstruir la propia historia” familiar, toda vez que —sin atisbo de duda— los vínculos jurídicos familiares, que determinan el estado de familia, integran la identidad de la persona, incluyendo el poder conocer lo sucedido a sus familiares.

Desde esta perspectiva, la identidad personal del actor, cuya jerarquía constitucional ha sido obviamente reconocida con base, entre otras normas, en el artículo 33 de la Carta Magna, fundamentaría específicamente el derecho que intenta hacer valer la recurrente- conocer el paradero de sus hermanos de sangre y en lo posible lograr mantener contacto familiar con ellos. (De los fundamentos del Dr. Spuler)

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución de la provincia de santa fe Art.33

DATOS DEL FALLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA , SANTA FE, SANTA FE

(FALISTOCCO - GUTIERREZ - SPULER - VIGO)

L., A. K. s/ RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD INTERPUESTO POR LA ASESORA DE MENORES -APELACION RESOLUCION (EXPTE.: C.S.J. NRO. 338 AÑO 2002)

SENTENCIA del 30 DE NOVIEMBRE DE 2004

Identificación SAIJ: J0032848

SUMARIO

MENORES-DERECHO A CONOCER EL PARADERO DE FAMILIARES-ADOPCIÓN-DERECHO A LA IDENTIDAD

Partiendo de la premisa de que el niño es un ser con necesidades propias que deben respetarse en su individualidad, se deduce que un examen "integral" del derecho a la identidad, no le da al juez un poder absoluto y discrecional a la hora de decidir el conflicto, sino que, por el contrario, lo obliga a analizar la situación en su globalidad adoptando una decisión que no se desentienda de los derechos instituidos en su beneficio. (De los fundamentos del Dr. Falistocco)

DATOS DEL FALLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA , SANTA FE, SANTA FE
(FALISTOCCO - GUTIERREZ - SPULER - VIGO)

L., A. K. s/ RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD INTERPUESTO POR LA ASESORA DE MENORES -APELACION RESOLUCION (EXPTE.: C.S.J. NRO. 338 AÑO 2002)

SENTENCIA del 30 DE NOVIEMBRE DE 2004

.....
Identificación SAJ: I0051551

SUMARIO

FILIACIÓN-DERECHO A CONOCER LA IDENTIDAD BIOLÓGICA-DAÑO MORAL

Se admite, dentro de la actualización que va requiriendo el derecho de familia, el reconocimiento del daño moral ante la privación que sufre una persona que desconoce su identidad biológica por haberle negado su progenitor el reconocimiento voluntario.

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA , PARANA, ENTRE RIOS

Sala 02 (ARDOY-PAÑEDA-CASTRILLON EN MAYORIA: ARDOY SUMARIO I51551)

Colazo, Daniel Enrique c/ Reynoso, Luis Roberto Ceferino s/ Filiación extramatrimonial y Daño moral
SENTENCIA, 5197 del 17 DE MARZO DE 2008

.....
Identificación SAJ: J0029216

SUMARIO

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: REQUISITOS PROPIOS-CUESTIÓN NO CONSTITUCIONAL-SENTENCIA SUFICIENTEMENTE FUNDADA-DERECHOS DEL NIÑO-DERECHO A LA IDENTIDAD-DERECHO A CONOCER EL PARADERO DE FAMILIARES

Si la queja interpuesta por la recurrente, en esencia, discrepa con el criterio adoptado por la Alzada en la solución dada al sub juez, intentando hacer prevalecer su propio enfoque asentado en su particular interpretación de la normativa aplicable (artículo 323 del Código Civil), al considerar que debió haberse hecho lugar a la petición de la recurrente de conocer el paradero de sus hermanos biológicos que fueron adoptados legalmente a fin de tener contactos familiares con ellos, dado que -a su entender- de no accederse a la misma, se estaría colocando dicha norma de derecho civil de familia sobre un derecho de raigambre constitucional: el derecho a la identidad; debe rechazarse dicho planteo por cuanto no surge de las constancias de la causa que el mismo, en cuanto derecho a conocer su identidad biológica, su propio origen, se haya afectado. (De la Disidencia de los Dres. Gutiérrez y Netri)

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 340 Art.323

DATOS DEL FALLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA , SANTA FE, SANTA FE

(Gutiérrez (En disidencia) - Falistocco - Gastaldi - Netri (En disidencia) - Spuler - Vigo)

L., A. K. s/ Queja por denegación del Recurso de inconstitucionalidad (Expte.: C.S.J. Nro. 239 Año 1999)

SENTENCIA del 4 DE SETIEMBRE DE 2002

Identificación SAIJ: J0029217

SUMARIO

DERECHOS DEL NIÑO-DERECHO A LA IDENTIDAD-DERECHO A CONOCER EL PARADERO DE FAMILIARES-MENORES-MAYOR INTERÉS DEL MENOR

No puede prosperar la queja interpuesta cuando la recurrente, en esencia, discrepa con el criterio adoptado por la Alzada en la solución dada al sub judice, intentando hacer prevalecer su propio enfoque asentado en su particular interpretación de la normativa aplicable, en cuanto debió haberse hecho lugar a la petición de la recurrente de conocer el paradero de sus hermanos que fueron adoptados legalmente. Ello por cuanto es dable destacar que la Convención Internacional del Niño — integrada a la Constitución Nacional conforme lo dispuesto en el art. 75 inc. 22—, en sus artículos 9 y 10 —al referirse a la obligación de los Estados partes de proporcionar información básica acerca del paradero del familiar ausente y de favorecer la reunión de la familia— establece que los mismos se cerciorarán y garantizarán que las peticiones en tal sentido no entrañen consecuencias desfavorables para las personas interesadas (el peticionario o sus familiares). Y de la simple lectura de las razones dadas por el Tribunal de grado en el pronunciamiento criticado —apoyadas básicamente en los arts. 323 y 328 del Código Civil— puede advertirse sin esfuerzo que, justamente, fue la conveniencia para sus hermanos adoptados lo que determinó el rechazo de la pretensión, sin que pueda sostenerse —en consecuencia— que dicha decisión vulnere los derechos constitucionales invocados que, precisamente se fundan en una normativa que prevé expresamente dicha posibilidad. Por ello, cabe concluir que la hermenéutica asignada por la Sala a las normas en juego no se contrapone con los preceptos de rango constitucional que consagran los derechos aludidos y que el impugnado art. 323 del Código Civil no aparece —en el caso— como violatorio de los arts. 7, 8, 9 y 10 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, hoy de rango constitucional (art. 75, inc. 22 C.N.). (De la Disidencia de los Dres. Gutiérrez y Netri)

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 340 Art.323, Ley 340 Art.328, Constitución Nacional Art.75, Ley 23.849 Art.7 al 10

DATOS DEL FALLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA , SANTA FE, SANTA FE

(Gutiérrez (En disidencia) - Falistocco - Gastaldi - Netri (En disidencia) - Spuler - Vigo)

L., A. K. s/ Queja por denegación del Recurso de inconstitucionalidad (Expte.: C.S.J. Nro. 239 Año 1999)

SENTENCIA del 4 DE SETIEMBRE DE 2002

Identificación SAIJ: J0032832

SUMARIO

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD:PROCEDENCIA-EXCESIVO RIGOR FORMAL-DERECHO A LA IDENTIDAD-DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES-INTERPRETACIÓN-DERECHO A CONOCER EL PARADERO DE FAMILIARES-ADOPCIÓN

Es procedente el recurso de inconstitucionalidad interpuesto desde que la solución de la Alzada demuestra un excesivo apego a la letra de la ley y omite efectuar una completa ponderación de los bienes o principios comprometidos en el sub lite, lo que importa un ritualismo que no se compadece con la "preocupación por la justicia de la decisión, propia del ejercicio de la función judicial".

En tal sentido, y en orden a un recto análisis del caso, es necesario reconocer ante todo la existencia de una inequívoca restricción al derecho a la identidad de la recurrente, hoy mayor de edad; y no hace falta una inteligencia muy elaborada para constatar que tal derecho no se limita a, ni se confunde con, "tener un nombre" y/o un emplazamiento filiatorio cierto, como en definitiva lo pretende la Alzada cuando dice que el derecho a la identidad de la recurrente "se encuentra preservado". (De los fundamentos del Dr. Spuler)

DATOS DEL FALLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA , SANTA FE, SANTA FE
(FALISTOCCO - GUTIERREZ - SPULER - VIGO)

L., A. K. s/ RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD INTERPUESTO POR LA ASESORA DE MENORE S -APELACION RESOLUCION (EXPTE.: C.S.J. NRO. 338 AÑO 2002)
SENTENCIA del 30 DE NOVIEMBRE DE 2004

.....
Identificación SAIJ: J0032836

SUMARIO

PODER LEGISLATIVO-FUNCION LEGISFERANTE-LEYES-DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES-INTERPRETACIÓN-DERECHO A CONOCER EL PARADERO DE FAMILIARES-ADOPCIÓN-DERECHO A LA IDENTIDAD

El legislador goza de un razonable margen de discrecionalidad para, en el ejercicio de su prudencia legislativa, disponer la composición de bienes que estime más adecuada a las finalidades que persigue, dentro de los parámetros que se derivan de los imperativos del bien común.

Si bien "una distinta composición de los valores en tensión podrá ser eventualmente consagrada por el Poder Legislativo de la Nación en ejercicio de su competencia propia (...)", el deber republicano primario de los jueces es respetar la ponderación vigente que ha realizado el legislador, en la medida que no transgreda los referidos parámetros; si dicha trasgresión (que se materializaría fundamentalmente por el arbitrario menoscabo a los derechos humanos) no se verifica, la labor de adjudicación judicial no puede sino concluir en un juicio de compatibilidad constitucional favorable a la norma legislativa, por plasmar una composición de bienes o, en palabras del fallo antes citado, "una reglamentación posible de los valores en tensión, en concordancia con los derechos y garantías de jerarquía constitucional".

El respeto que prima facie merecen las decisiones del legislador- no puede significar, sin embargo, que el derecho que invoca la recurrente- conocer el paradero de sus hermanos de sangre y en lo posible lograr mantener contacto familiar con ellos- deba ceder completamente al punto de pulverizarse o desaparecer, del mismo modo que ella tampoco puede pretender una precedencia absoluta de su derecho, pues aunque goce de fundamentos constitucionales, ningún derecho puede ser absoluto, existiendo "sacrificios que conforman la contraprestación de ventajas exigidas por el bien común". (De los fundamentos del Dr. Spuler)

DATOS DEL FALLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA , SANTA FE, SANTA FE
(FALISTOCCO - GUTIERREZ - SPULER - VIGO)

L., A. K. s/ RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD INTERPUESTO POR LA ASESORA DE MENORE S -APELACION RESOLUCION (EXPTE.: C.S.J. NRO. 338 AÑO 2002)

Identificación SAIJ: J0032839

SUMARIO

ADOPCIÓN-DERECHO A CONOCER EL PARADERO DE FAMILIARES-DERECHO A LA IDENTIDAD-MENORES-MAYOR INTERÉS DEL MENOR

Partiendo del espíritu que anima a las normas que aseguran el derecho del adoptado a conocer su realidad biológica (artículos 321 y 328 del Código Civil, y las normas de jerarquía superior que confieren base a tal derecho), correlacionándolo con las potestades que asisten a los padres adoptivos de tomar las decisiones por los hijos que tienen “bajo su cuidado” (arg. arts. 265 y 323 del Código Civil), parece prudente y razonable sostener que existiría en principio una restricción total al derecho a la identidad cuando los padres (representantes legales del menor) se niegan a acceder al pedido y el adoptado no tiene aún dieciocho años de edad, teniendo en cuenta, además, la necesidad de proteger integralmente a la familia adoptiva y, de manera fundamental, el imperativo de atender al “interés superior del niño” cuyo desarrollo y estabilidad emocional, merecedores de “cuidados especiales”, podrían correr riesgos ciertos de ser los mismos colocados ante situaciones que demandan un grado de madurez impropios de ellos. (De los fundamentos del Dr. Spuler)

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 340 Art.265, Ley 340 Art.321, Ley 340 Art.323, Ley 340 Art.328

DATOS DEL FALLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA , SANTA FE, SANTA FE

(FALISTOCCO - GUTIERREZ - SPULER - VIGO)

L., A. K. s/ RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD INTERPUESTO POR LA ASESORA DE MENORES -APELACION RESOLUCION (EXPTE.: C.S.J. NRO. 338 AÑO 2002)

SENTENCIA del 30 DE NOVIEMBRE DE 2004

Identificación SAIJ: J0032847

SUMARIO

DERECHO A CONOCER EL PARADERO DE FAMILIARES-ADOPCIÓN-DERECHO A LA IDENTIDAD-DERECOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES-INTERPRETACIÓN

Analizando si el resguardo del derecho a la identidad asiste solamente al adoptado, o si su reconocimiento puede ser reclamado por otras personas, más allá del grado de parentesco - biológico o legal- que ostente respecto del menor dado en adopción, se considera que, en razón de las características propias dentro del cual se enmarca la materia bajo análisis, el impedir a una persona averiguar el paradero de otro sujeto con quien mantuvo durante mucho tiempo un estrecho vínculo afectivo y familiar, no resulta acorde con lo que se desprende de una interpretación lógica e integral del “derecho a la identidad”.

Es que, tal como lo manifiesta Cifuentes, “resulta de mayor importancia para el individuo la cercanía e intensidad con el vínculo afectivo, más que la relación existente por el vínculo de sangre”.

En el caso, no puede pasar inadvertido que, si bien los menores a los que alcanza la pretensión esgrimida no tenían, al momento de disponerse la adopción, una estrecha relación con quienes fueran sus padres biológicos (por cuanto precisamente habían sido declarados en abandono), sí tenían una fluida relación con quien ahora viene pretendiendo saber su paradero , esto es, su hermana mayor, lo que permite concluir que en el caso existen circunstancias que no pueden llevar a desconocer el requerimiento de la recurrente con el argumento de que, en razón de lo normado en el artículo 323 del

Código Civil, ya no le asiste un derecho reconocido en la legislación vigente, sin que ello implique poner en tela de juicio la imposibilidad de restablecer el vínculo biológico, extinguido a partir del otorgamiento de los menores en adopción plena, puesto que la misma es “irrevocable”.

Pero, vale destacarlo, ello no formó parte de la pretensión esgrimida por la apelante. (De los fundamentos del Dr. Falistocco)

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 340 Art.323

DATOS DEL FALLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA , SANTA FE, SANTA FE

(FALISTOCCO - GUTIERREZ - SPULER - VIGO)

L., A. K. s/ RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD INTERPUESTO POR LA ASESORA DE MENORES -APELACION RESOLUCION (EXPTE.: C.S.J. NRO. 338 AÑO 2002)

SENTENCIA del 30 DE NOVIEMBRE DE 2004

.....
Identificación SAIJ: J0032841

SUMARIO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA NACIONAL-DERECHO A CONOCER EL PARADERO DE FAMILIARES-ADOPCIÓN-MENOR ADULTO-DERECHO A LA IDENTIDAD-DERECHO A LA INTIMIDAD-JUEZ: FUNCIONES; FINES-VALOR JUSTICIA

Conforme ha sido destacado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tomar en cuenta la opinión del niño siempre se halla supeditado a que haya alcanzado una edad y un grado de madurez apropiados.

Distinta es la situación, sin embargo, luego de alcanzados los 18 años, momento en el que también entra en juego el aludido derecho del adoptado “a conocer su realidad biológica” (artículo 328 del Código Civil) y se actualiza definitivamente el compromiso de los padres adoptivos (impuesto ministerio legis y sin posibilidad de reserva alguna) de “hacer conocer al adoptado” dicha realidad (vide artículo 321, inciso h, del Código Civil).

Si entonces aparece un planteo como el que efectúa la recurrente - conocer el paradero de sus hermanos de sangre y mantener contacto familiar con ellos -, la respuesta no podría (ni podrá) ser una negativa fundada meramente en la regla del artículo 323, que traduciría un legalismo superado en el panorama actual de la cultura jurídica, concretamente irreconciliable con el imperativo de arribar a una solución justa.

Por ello, y teniendo en cuenta que la función de los magistrados, lejos de ser meramente reproductiva de la ley, es la de orientarse a una interpretación creativa de las normas en juego tendente a asegurar el valor justicia, es forzoso concluir en reconocer la necesidad de, con audiencia de los padres adoptivos —cuando éstos todavía ejerzan la patria potestad— y del Ministerio Público de Menores (y siempre con la asistencia profesional que exijan o aconsejen las circunstancias)-, anotar fehacientemente al adoptado de la pretensión planteada, dejando en sus manos la decisión final sobre el punto, tan decisivamente vinculado con el inviolable derecho que le asiste al respeto de su esfera íntima y privada. (De los fundamentos del Dr. Spuler)

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 340 Art.321, Ley 340 Art.323, Ley 340 Art.328

DATOS DEL FALLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA , SANTA FE, SANTA FE

(FALISTOCCO - GUTIERREZ - SPULER - VIGO)

L., A. K. s/ RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD INTERPUESTO POR LA ASESORA DE MENORES -APELACION RESOLUCION (EXPTE.: C.S.J. NRO. 338 AÑO 2002)
SENTENCIA del 30 DE NOVIEMBRE DE 2004

Identificación SAIJ: J0032844

SUMARIO

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: PROCEDENCIA-EXCESIVO RIGOR FORMAL-DERECHO A CONOCER EL PARADERO DE FAMILIARES-ADOPCIÓN-DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES-INTERPRETACIÓN-DERECHO A LA IDENTIDAD-DERECHO A LA LIBERTAD-DERECHO A LA INTIMIDAD-APLICACIÓN DE LA LEY-EQUIDAD

Es procedente el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Asesora de Menores contra la resolución de la Alzada-confirmatoria de la del Juez de Menores- que no hizo lugar al pedido de su representada de conocer el paradero de sus hermanos de sangre y mantener contacto familiar con ellos, desde que la respuesta brindada por el Tribunal evidencia que la interpretación normativa efectuada, si bien aparece ajustada a la literalidad del texto legal, revela -en las concretas circunstancias del caso- un excesivo rigor formal que deja sin protección el derecho invocado por la recurrente.

En efecto, el A quo basó su posición, esencialmente, en la exégesis de los artículos del Código Civil que regulan el instituto de la adopción, pero no se aprecia que la pretensión esgrimida se aborde desde una óptica supra legal, con perspectiva constitucional tal como debía ser analizada en razón de los intereses en juego.

Es que un enfoque detenido y pormenorizado de lo perseguido por la accionante evidencia que la materia va mucho más allá de ponderar el alcance y las derivaciones que se desprenden del instituto de la adopción, para instalarse decididamente, en el campo de los derechos constitucionales. En el caso, específicamente, en la preservación del “derecho a la identidad”, prerrogativa con jerarquía constitucional que, en las especiales circunstancias del caso, puede aparecer en confrontación con otros derechos de idéntica raigambre, como son la preservación de los derechos “a la libertad” y “a la intimidad” que asisten a toda persona. (De los fundamentos del Dr. Falistocco)

DATOS DEL FALLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA , SANTA FE, SANTA FE
(FALISTOCCO - GUTIERREZ - SPULER - VIGO)

L., A. K. s/ RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD INTERPUESTO POR LA ASESORA DE MENORES -APELACION RESOLUCION (EXPTE.: C.S.J. NRO. 338 AÑO 2002)
SENTENCIA del 30 DE NOVIEMBRE DE 2004

Identificación SAIJ: J0032849

SUMARIO

DERECHO A LA IDENTIDAD-DERECHO A CONOCER EL PARADERO DE FAMILIARES-ADOPCIÓN-LEYES: FINALIDAD-MENORES-MAYOR INTERÉS DEL MENOR

El “derecho a la identidad” lleva ínsito que, por regla general, toda persona tiene el derecho a conocer sus orígenes, y si es su deseo, el conocimiento de sus padres, hermanos, abuelos de sangre, sin que - en principio- ninguna restricción se lo impida. La excepción, sin embargo, se configuraría en aquellos supuestos en donde la verdad puede ser tan cruel e innecesaria que aconseje no brindarse la información o, en todo caso, postergarse en el tiempo, siempre en franca atención al fin último y fundamental que persigue tanto la Convención sobre los Derechos del Niño como la ley de adopción, esto es, el de proteger el interés superior del niño. (De los fundamentos del Dr. Falistocco)

DATOS DEL FALLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA , SANTA FE, SANTA FE
(FALISTOCCO - GUTIERREZ - SPULER - VIGO)

L., A. K. s/ RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD INTERPUESTO POR LA ASESORA DE
MENORE S -APELACION RESOLUCION (EXPTE.: C.S.J. NRO. 338 AÑO 2002)
SENTENCIA del 30 DE NOVIEMBRE DE 2004

Identificación SAIJ: J0032855

SUMARIO

DERECHO A CONOCER EL PARADERO DE FAMILIARES-ADOPCIÓN-MENOR ADULTO-
DERECHO A LA IDENTIDAD-DEMANDA-PRETENSIÓN-HECHO SOBREVINIENTE

Atendiendo a los parámetros que surgen del Código Civil, una vez alcanzados los 18 años de edad, al menor adoptado le asiste la posibilidad de ejercer el derecho de conocer su realidad biológica, pudiendo acceder-si es su deseo- al expediente de adopción (art. 328), a lo que debe sumarse la carga que se impone a los padres adoptantes de hacer conocer al adoptado su verdadero origen (art. 321, inciso h).

En las especiales circunstancias de autos no puede pasar desapercibido que tal como lo refiriera esta Corte, en consonancia con el más Alto Tribunal de la Nación, al resolver el recurso extraordinario se deben tener en cuenta las circunstancias existentes al momento de dictar sentencia, aunque las mismas sobrevengan con posterioridad al escrito de articulación del remedio excepcional.

En ese contexto, si se repara en que al momento de dictarse esta resolución, los destinatarios de la acción intentada por la recurrente tendrían 19 y 23 años respectivamente, la pretensión deberá ser analizada confiriendo a los menores la intervención necesaria a los fines de expresar su decisión sobre la viabilidad de lo pretendido por la recurrente. (De los fundamentos del Dr. Falistocco)

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 340 Art.321, Ley 340 Art.328

DATOS DEL FALLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA , SANTA FE, SANTA FE
(FALISTOCCO - GUTIERREZ - SPULER - VIGO)

L., A. K. s/ RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD INTERPUESTO POR LA ASESORA DE
MENORE S -APELACION RESOLUCION (EXPTE.: C.S.J. NRO. 338 AÑO 2002)
SENTENCIA del 30 DE NOVIEMBRE DE 2004

II.III | Familia adoptiva

Identificación SAIJ : 33023692

TEMA

SUSTRACCION DE MENORES-DERECHO A LA IDENTIDAD-FAMILIA ADOPTIVA

Si lo que la querrela pretende es que se investigue la supuesta retención de la menor por sus padres adoptivos tras haber sido sustraída de su padre biológico (art. 146 CP) no se configura uno de los requisitos del doble juzgamiento prohibido: la identidad de la persona juzgada, ya que en jurisdicción provincial sólo se investigó la conducta de la madre biológica y de quien ofició como intermediario.

FALLOS

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala 01 (Ana María Figueroa - Mariano Hernán Borinsky - Gustavo M. Hornos)

Z. V. R. Y OTROS s/ LEGAJO DE CASACIÓN

SENTENCIA del 19 DE ABRIL DE 2017

Nro.Fallo: 17260121

Identificación SAIJ : 33023693

TEMA

DERECHO A LA IDENTIDAD-CONVENCION DE LOS DERECHOS DEL NIÑO-FAMILIA ADOPTIVA

Uno de los votos concurrentes recordó que el derecho a la identidad se encuentra expresamente reconocido dentro de la "Convención sobre los Derechos del Niño", como uno de los compromisos asumidos por sus Estados Partes, el desconocimiento al derecho a la identidad implica una violación al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, siendo éste un derecho convencional reconocido con jerarquía constitucional, conforme art. 75 inc. 22 CN, al adoptar la Convención sobre los Derechos del Niño, con dicho rango, incluyendo ésta en su art. 8 el derecho a la identidad, y el otro voto concurrente destacó que el delito de sustracción de menores tutela - además de la libertad individual y el derecho a la identidad del menor- el derecho a ser criado por ambos padres y el derecho de éstos a gozar del hijo que han traído al mundo. (Dres. Borinsky, Figueroa -voto concurrente-, Hornos -voto concurrente-).

FALLOS

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala 01 (Ana María Figueroa - Mariano Hernán Borinsky - Gustavo M. Hornos)

Z. V. R. Y OTROS s/ LEGAJO DE CASACIÓN

SENTENCIA del 19 DE ABRIL DE 2017

Nro.Fallo: 17260121

Identificación SAIJ : B0957008

TEMA

ESTADO DE ADOPTABILIDAD-PADRES BIOLOGICOS

Corresponde dejar sin efecto la declaración de estado de adoptabilidad de

los menores cuando no están dadas las condiciones para que los mismos rompan sus lazos de pertenencia con su familia de origen, ni tampoco están dadas ya las condiciones, luego de cuatro años de guarda institucional, para continuar con los niños institucionalizados y a la espera de que aparezca una familia que los quisiera adoptar.

FALLOS

CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL , AZUL, BUENOS AIRES
Sala 02 (Peralta Reyes - Longobardi - Galdós)
R. B. E., R. F. N. Y R. J. S. s/ ADOPCION ACCIONES VINCULADAS
SENTENCIA del 10 DE OCTUBRE DE 2013
Nro.Fallo: 13010316

Identificación SAIJ : B0956785

TEMA

ADOPCION PLENA-PADRES BIOLOGICOS-INCONSTITUCIONALIDAD
Corresponde declarar de oficio la inconstitucionalidad del artículo 323 segundo párrafo del Código Civil para el caso de adopción plena cuando la madre biológica es incapaz, por resultar lesivo al bloque constitucional - arts. 3, 9 y 12 Convención sobre los Derechos del Niño; arts. 1, 18, 31, 33, 75 inc.22 y concs. Constitución Nacional; 1, 11, 15, 36.2 y concs. Constitución de la Provincia de Buenos Aires; 4 y concs. Ley 13.298; Convención sobre los derechos del Niño arts. 2, 3, 4, 5, 7, 8, 9, 12, 18, 21; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, arts. 5, 6, 7 y 30; Declaración Universal de Derechos Humanos, arts. 1, 2, 6, 8, 16 inc.3° y 29; Convención Americana de los Derechos del Hombre, arts. 3, 8, 11, 17, 19, 24, 25 y 32; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 24 y 26- en cuanto extingue el parentesco del adoptado con su madre biológica.

FALLOS

CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL , AZUL, BUENOS AIRES
Sala 02 (Víctor Mario Peralta Reyes - María Inés Longobardi - Jorge Mario Galdós)
S., R. s/ Adopcion
SENTENCIA del 10 DE OCTUBRE DE 2013
Nro.Fallo: 13010239

Identificación SAIJ : B0956784

TEMA

ADOPCION PLENA-PADRES BIOLOGICOS-INTERES DEL MENOR-INCAPACIDAD
La concesión de la adopción plena con un régimen comunicacional con la madre biológica, que ha sido declarada incapaz, armoniza con lo prescripto por el Proyecto 2012 de Código Civil y Comercial -art. 621- que constituye un valioso antecedente interpretativo y argumental, en cuanto dispone que "cuando sea más conveniente para el niño, niña o adolescente, a pedido de parte y por motivos fundados, el juez puede mantener subsistente el vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia de origen en la adopción plena".

REFERENCIAS

Referencias Normativas: DECRETO NACIONAL 191/2011 Art.621

FALLOS

CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL , AZUL, BUENOS AIRES
Sala 02 (V́ctor Mario Peralta Reyes - Maŕa Inés Longobardi - Jorge Mario Galdós)
S., R. s/ Adopción
SENTENCIA del 10 DE OCTUBRE DE 2013
Nro.Fallo: 13010239

Identificación SAIJ : B0957045

TEMA

DERECHOS DEL NIÑO-PADRES BIOLÓGICOS-INTERES SUPERIOR DEL NIÑO
El derecho de los niños de permanencia y preservación de los vínculos familiares de origen si bien es uno de los principios rectores y básicos que derivan de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes no constituye un derecho absoluto, por lo que puede ceder cuando esa preservación no es la medida que más se condice con el principio rector del interés superior del niño -art. 9 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 23.849

FALLOS

CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL (MAR DEL PLATA) , MAR DEL PLATA, BUENOS AIRES
Sala 03 (NÉLIDA I. ZAMPINI, RUBEN D. GEREZ)
S., G. M. C. s/ GUARDA DE PERSONA
SENTENCIA del 8 DE OCTUBRE DE 2013
Nro.Fallo: 13010325

.....

Identificación SAIJ: B0026215

SUMARIO

MENORES-DERECHO A LA IDENTIDAD-GUARDA DEL MENOR

Lo que debe privilegiarse es el acceso a la realidad biológica, no siendo el concepto de identidad filiatoria de alguien correlato necesario del dato puramente biológico determinado por la procreación.
(MINORIA U OPINION PERSONAL)

DATOS DEL FALLO

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA, LA PLATA, BUENOS AIRES

(Pettigiani-Negri-Hitters-de Lázzari-San Martín-Salas-Pisano EN MAYORIA: HITTERS SUMARIO B6516 EN MAYORIA: NEGRI SUMARIO B26203 EN MAYORIA: NEGRI SUMARIO B26204 OPINION PERSONAL: HITTERS SUMARIO B26205 EN MAYORIA: HITTERS SUMARIO B26206 EN MINORIA: PETTIGIANI SUMARIO B26207 EN MINORIA: PETTIGIANI SUMARIO B26208 EN MINORIA: PETTIGIANI SUMARIO B26209 EN MINORIA: PETTIGIANI SUMARIO B26210 EN MINORIA: PETTIGIANI SUMARIO B26216 EN MINORIA: PETTIGIANI SUMARIO B26211 EN MINORIA: PETTIGIANI SUMARIO B26212 EN MINORIA: PETTIGIANI SUMARIO B26213 EN MINORIA: DE LAZZARI SUMARIO B26214 EN MINORIA: PETTIGIANI SUMARIO B26215)

Identificación SAIJ: B0026208

SUMARIO

MENORES-GUARDA DEL MENOR-DERECHO A LA IDENTIDAD

La mención que se hace en el Preámbulo de la Convención sobre los derechos del Niño a que éste debe crecer para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad “en el seno de la familia” está referido también a la familia adoptiva, que no es de ningún modo menos familia que la biológica o natural, sino que por el contrario participa en igualdad de consideración y bondades con ésta, dado que el verdadero sustrato de la familia estriba en el afecto que vincula a sus miembros, y no simplemente en la yuxtaposición de individuos provenientes del mismo tronco biológico. (MINORIA U OPINION PERSONAL)

DATOS DEL FALLO

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA, LA PLATA, BUENOS AIRES

(Pettigiani-Negri-Hitters-de Lázzari-San Martín-Salas-Pisano EN MAYORIA: HITTERS SUMARIO B6516 EN MAYORIA: NEGRI SUMARIO B26203 EN MAYORIA: NEGRI SUMARIO B26204 OPINION PERSONAL: HITTERS SUMARIO B26205 EN MAYORIA: HITTERS SUMARIO B26206 EN MINORIA: PETTIGIANI SUMARIO B26207 EN MINORIA: PETTIGIANI SUMARIO B26208 EN MINORIA: PETTIGIANI SUMARIO B26209 EN MINORIA: PETTIGIANI SUMARIO B26210 EN MINORIA: PETTIGIANI SUMARIO B26216 EN MINORIA: PETTIGIANI SUMARIO B26211 EN MINORIA: PETTIGIANI SUMARIO B26212 EN MINORIA: PETTIGIANI SUMARIO B26213 EN MINORIA: DE LAZZARI SUMARIO B26214 EN MINORIA: PETTIGIANI SUMARIO B26215)

Combes, Luis Emilio y Flores, Silvia Edith c/ Arcucci, Osvaldo Miguel y Re, Mariela s/ Reintegro de hija
SENTENCIA del 19 DE FEBRERO DE 2002

Identificación SAIJ: B0026211

SUMARIO

MENORES-GUARDA DEL MENOR-DERECHO A LA IDENTIDAD

Referir la identidad sólo al origen deja de lado la parte relativa a su adaptación al medio externo, es decir su forma de relacionarse con el mundo que lo rodea. (MINORIA U OPINION PERSONAL)

DATOS DEL FALLO

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA, LA PLATA, BUENOS AIRES

(Pettigiani-Negri-Hitters-de Lázzari-San Martín-Salas-Pisano EN MAYORIA: HITTERS SUMARIO B6516 EN MAYORIA: NEGRI SUMARIO B26203 EN MAYORIA: NEGRI SUMARIO B26204 OPINION PERSONAL: HITTERS SUMARIO B26205 EN MAYORIA: HITTERS SUMARIO B26206 EN MINORIA: PETTIGIANI SUMARIO B26207 EN MINORIA: PETTIGIANI SUMARIO B26208 EN MINORIA: PETTIGIANI SUMARIO B26209 EN MINORIA: PETTIGIANI SUMARIO B26210 EN MINORIA: PETTIGIANI SUMARIO B26216 EN MINORIA: PETTIGIANI SUMARIO B26211 EN MINORIA: PETTIGIANI SUMARIO B26212 EN MINORIA: PETTIGIANI SUMARIO B26213 EN MINORIA: DE LAZZARI SUMARIO B26214 EN MINORIA: PETTIGIANI SUMARIO B26215)

Combes, Luis Emilio y Flores, Silvia Edith c/ Arcucci, Osvaldo Miguel y Re, Mariela s/ Reintegro de hija
SENTENCIA del 19 DE FEBRERO DE 2002

.....

Identificación SAIJ: B0026212

SUMARIO

MENORES-GUARDA DEL MENOR-DERECHO A LA IDENTIDAD

Las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño no obstan para que la ley privilegie, según las circunstancias, una identidad filiatoria consolidada que puede ser incluso, no coincidente con la "verdad biológica" considerada apriorísticamente. O que, por el contrario, favorezca vínculos tendientes al fortalecimiento de una identidad filiatoria que suplan carencias comprobadas insuperables en el ámbito de la familia biológica. (MINORIA U OPINION PERSONAL)

DATOS DEL FALLO

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA, LA PLATA, BUENOS AIRES

(Pettigiani-Negri-Hitters-de Lazzari-San Martín-Salas-Pisano EN MAYORIA: HITTERS SUMARIO B6516 EN MAYORIA: NEGRI SUMARIO B26203 EN MAYORIA: NEGRI SUMARIO B26204 OPINION PERSONAL: HITTERS SUMARIO B26205 EN MAYORIA: HITTERS SUMARIO B26206 EN MINORIA: PETTIGIANI SUMARIO B26207 EN MINORIA: PETTIGIANI SUMARIO B26208 EN MINORIA: PETTIGIANI SUMARIO B26209 EN MINORIA: PETTIGIANI SUMARIO B26210 EN MINORIA: PETTIGIANI SUMARIO B26216 EN MINORIA: PETTIGIANI SUMARIO B26211 EN MINORIA: PETTIGIANI SUMARIO B26212 EN MINORIA: PETTIGIANI SUMARIO B26213 EN MINORIA: DE LAZZARI SUMARIO B26214 EN MINORIA: PETTIGIANI SUMARIO B26215)

Combes, Luis Emilio y Flores, Silvia Edith c/ Arcucci, Osvaldo Miguel y Re, Mariela s/ Reintegro de hija
SENTENCIA del 19 DE FEBRERO DE 2002

.....

Identificación SAIJ: B0026213

SUMARIO

MENORES-GUARDA DEL MENOR-DERECHO A LA IDENTIDAD

La maternidad no es una potestad biológica que confiere impunidad para incursionar en experiencias abandonicas o desarraigantes que dejan secuelas irreparables a los hijos durante el resto de su vida. (MINORIA U OPINION PERSONAL)

DATOS DEL FALLO

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA, LA PLATA, BUENOS AIRES

(Pettigiani-Negri-Hitters-de Lazzari-San Martín-Salas-Pisano EN MAYORIA: HITTERS SUMARIO B6516 EN MAYORIA: NEGRI SUMARIO B26203 EN MAYORIA: NEGRI SUMARIO B26204 OPINION PERSONAL: HITTERS SUMARIO B26205 EN MAYORIA: HITTERS SUMARIO B26206 EN MINORIA: PETTIGIANI SUMARIO B26207 EN MINORIA: PETTIGIANI SUMARIO B26208 EN MINORIA: PETTIGIANI SUMARIO B26209 EN MINORIA: PETTIGIANI SUMARIO B26210 EN MINORIA: PETTIGIANI SUMARIO B26216 EN MINORIA: PETTIGIANI SUMARIO B26211 EN MINORIA: PETTIGIANI SUMARIO B26212 EN MINORIA: PETTIGIANI SUMARIO B26213 EN MINORIA: DE LAZZARI SUMARIO B26214 EN MINORIA: PETTIGIANI SUMARIO B26215)

Combes, Luis Emilio y Flores, Silvia Edith c/ Arcucci, Osvaldo Miguel y Re, Mariela s/ Reintegro de hija
SENTENCIA del 19 DE FEBRERO DE 2002

.....

Identificación SAIJ: I0051021

SUMARIO

SENTENCIA-DERECHO A LA IDENTIDAD-MENORES-GUARDA DEL MENOR

El status constitucional del derecho a la identidad como todo derecho cabe relativizarlo cuando se lo debe conjugar con otros de similar raigambre fundacional cual lo son para el caso, el derecho a la integridad psicofísica y a la posibilidad de concretar un proyecto de vida en un entorno familiar que lo sustente y contenga con reales visos de seriedad.

DATOS DEL FALLO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA , PARANA, ENTRE RIOS

Sala 02 (Papetti-Moreni-Ardoy)

E. M. s/ Guarda Judicial

SENTENCIA, 3938 del 20 DE NOVIEMBRE DE 2003

III | Desaparecidos

Identificación SAIJ : 33022927

TEMA

PRUEBA INSUFICIENTE-DELITOS CONTRA LA HUMANIDAD-DECLARACION DE LA VICTIMA-FUNDAMENTACION DE SENTENCIAS-DERECHO A CONOCER LA IDENTIDAD DE ORIGEN
Los cuestionamientos de la defensa con relación a las inconsistencias probatorias en torno a las circunstancias del secuestro y desaparición forzada de los padres biológicos del menor, así como de la sustracción del bebé, representan un mero disenso con la valoración efectuada por los sentenciantes y el impugnante no logra demostrar el vicio de arbitrariedad alegado. Lo declarado por la víctima se corrobora con el informe pericial elaborado por el Banco Nacional de Datos Genéticos con el resultado del análisis de ADN, por el cual se determinó su filiación biológica con un índice de probabilidad del 99,99999%. Está debidamente fundada la condena si el tribunal tuvo por probado que los encartados actuaron conjunta y sucesivamente, por un lado, uno declaró el nacimiento del niño, suscribió la partida de nacimiento y, luego, la inscribió en el registro, haciendo insertar, declaraciones falsas en ese instrumento público y, por su parte, la imputada consintió que se anotara al niño como hijo biológico, nacido de parto natural, como fruto del matrimonio con su consorte de causa, reconociendo que no nunca había estado embarazada. Asimismo, se tuvo por probado que la alteración del estado civil de la víctima no podría haberse concretado sin el aporte necesario del coimputado, cuya contribución consistió en entregar el niño al matrimonio y arbitrar los aportes necesarios para que se lo inscribiera falsamente, generando el contacto con el médico, con quien compartía destino en Campo de Mayo en esa oportunidad, además del conocimiento previo que adujo haber tenido. La conducta típica prevista en el art. 146 CP constituye un delito de carácter permanente, de modo que quienes ingresan en el hecho o hacen un aporte en forma posterior, mientras siga sucediendo, responderán al mismo título que el autor inicial por todo el lapso temporal en que se prolongó el ocultamiento y retención del menor. Tratándose de un delito permanente que, por definición, es aquél que presupone que el agente mantiene voluntariamente la ejecución de la acción iniciada antes, y de ese modo la continuación de la consumación es producto no del efecto permanente de un delito instantáneo, sino de la permanencia en la acción, entonces debe aplicarse la ley vigente al momento del cese de la conducta, en el caso, ello fue, cuando la víctima conoció su verdadera identidad. En el estado actual de la cuestión existe consenso en cuanto que para ser calificados como delitos de lesa humanidad, el o los hechos atribuidos deben formar parte de un ataque generalizado y/o sistemático dirigido contra una población civil.

FALLOS

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL , CAPITAL FEDERAL, CAPITAL FEDERAL
Sala 02 (LEDESMA - DAVID - SLOKAR)
Girbone, Néstor Salvador y otros s/ Recurso de casación
SENTENCIA del 22 DE SETIEMBRE DE 2016
Nro.Fallo: 16260466

.....
Identificación SAIJ: A0071416

SUMARIO

DESAPARECIDOS-DERECHO A LA IDENTIDAD

El respeto al derecho a la verdad de la presunta familia biológica no requiere necesariamente que la otra víctima (secuestrada) cargue con todas las consecuencias emocionales y jurídicas del establecimiento de una nueva identidad formal o jurídica, sino que bastará con que la familia biológica sea informada de la identidad y de ese modo se ponga fin a la búsqueda de décadas y termine la comisión del delito, pues en caso que la prueba resultase indicadora del vínculo, la verdadera identidad se hallará materialmente establecida y la supresión habrá cesado, sin que para ello tenga relevancia alguna que la otra víctima la haga o no valer en derecho.

DATOS DEL FALLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION , CAPITAL FEDERAL

(Mayoría: Lorenzetti, Zaffaroni Voto: Petracchi, Argibay, Fayt Disidencia: Highton de Nolasco, Maqueda Abstencion:)

Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Elidia y otros s/ sustracción de menores de 10 años -causa nº 46/85 A-

SENTENCIA del 11 DE AGOSTO DE 2009

.....

Identificación SAIJ: 30008167

SUMARIO

HIJOS DE DESAPARECIDOS-ALLANAMIENTO DOMICILIARIO: PROCEDENCIA-INTERPRETACIÓN DE LA LEY-DERECHO A LA IDENTIDAD-DERECHO A LA PROTECCIÓN INTEGRAL DE LA FAMILIA-DERECHO A LA INTIMIDAD

En el precedente “Prieto” se descartó que el allanamiento domiciliario implicase un avance sobre la esfera exclusiva del derecho a la intimidad, y por tanto, frente a ello, se explicó que aparecía como preeminente el derecho a la protección de la familia de los parientes de los desaparecidos para la solución del conflicto y para analizar la proporción de la medida. Según lo indicado, “el plexo normativo ..., en consecuencia, no sólo debe analizarse como orientado a velar por los intereses —en sentido lato— de la posible víctima directa de algún tipo de acción que atente contra su propia situación jurídica, sino que resulta mucho más abarcativo, contemplando también los intereses de aquellos que, siendo familiares —o pudiendo serlo—, requieren de la intervención estatal en aras de obtener certezas en torno precisamente, a esa hipotética situación jurídica” -del voto del Dr. Freiler-. Pues, como se refirió “... a la par del derecho a conocer - o no- su propia y genuina identidad que reside en cabeza de la posible víctima directa de un delito contra la familia, se halla el derecho de los presuntos familiares de esa persona de adquirir certidumbre en torno a los eventuales lazos sanguíneos que podrían unirlos” —del voto del Dr. Freiler—. (Del voto de los Dres. Freiler y Farah).

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. DE APELAC. EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL FEDERAL , CAPITAL FEDERAL

Sala 01 (Freiler - Ballester - Farah)

Incid. de nulidad de Hidalgo Garzón, Carlos del Señor y O. s/ sustr. de menores de 10 años (art. 146)

SENTENCIA, 42169 del 6 DE MARZO DE 2009

.....

Identificación SAIJ: 30008168

SUMARIO

HIJOS DE DESAPARECIDOS-DERECHO A LA IDENTIDAD-PRUEBA BIOLÓGICA-PRUEBA DE HISTOCOMPATIBILIDAD

En el precedente "Prieto", se determinó que en modo alguno podía otorgársele un alcance tal al derecho de la supuesta víctima que implicase la anulación de los derechos de otros a conocer el destino de sus familiares sustraídos. Sobre estos presupuestos se concluyó que de acuerdo a las circunstancias del caso, no existía norma alguna que le otorgase al consentimiento de la persona cuya filiación se cuestionaba un alcance tal capaz de impedir la realización de estudios genéticos o la investigación misma de la verdad genética ante requerimientos de terceros que ostentan un interés legítimo (art. 262 del Código Civil). Junto con ello se consignó que resultaba por demás evidente el interés de los familiares de las personas desaparecidas a indagar sobre estos aspectos de personas que se sospeche que son sus familiares sustraídos, como así también, la posibilidad de realizar de oficio o a pedido de parte las pruebas biológicas (cfr. arts. 252, 253 y 262 del Código Civil). (Del voto de los Dres. Freiler y Farah).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 340 Art.252 al 253, Ley 340 Art.262

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. DE APELAC. EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL FEDERAL , CAPITAL FEDERAL

Sala 01 (Freiler - Ballesterero - Farah)

Incid. de nulidad de Hidalgo Garzón, Carlos del Señor y O. s/ sustr. de menores de 10 años (art. 146)

SENTENCIA, 42169 del 6 DE MARZO DE 2009

IV | Derecho a la identidad y medios de comunicación

SUMARIO

DAÑOS Y PERJUICIOS-DERECHO A LA INTIMIDAD-MENORES DE EDAD-IDENTIDAD DE LAS PERSONAS-PUBLICACIÓN DE LA SENTENCIA-PUBLICACIÓN PERIODÍSTICA

El periódico demandado debe responder en los términos del art. 1071 del Código Civil por publicar una sentencia con la identidad y la descripción de la grave enfermedad del hijo de los actores, pues no es cierto que sus padres hayan hecho pública la situación de su hijo en otras publicaciones, ya que en ninguna de ellas se hizo referencia a la enfermedad de aquel, máxime cuando de todos modos el derecho a la intimidad de los niños es indisponible y la eventual decisión de sus padres no le era oponible al menor.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 340 Art.1071

DATOS DEL FALLO

CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL, MERCEDES, BUENOS AIRES

Sala 02 (Etchegaray- Nolfi - Ibarlucía)

S.E.D y otros c/ I.H.R.R s/ Daños y perjuicios

SENTENCIA, 27520 del 28 DE JUNIO DE 2012

Nro.Fallo: 12010064

Identificación SAIJ: B2960808

SUMARIO

PUBLICACIÓN PERIODÍSTICA-DAÑOS Y PERJUICIOS-DERECHO A LA INTIMIDAD-MENORES IDENTIDAD DE LAS PERSONAS-PERIODISTA PROFESIONAL-LIBERTAD DE PRENSA-INTERÉS PÚBLICO

Es ilegítima la publicación que hizo el periódico demandado de la medida cautelar interpuesta contra una obra social, con el nombre y la descripción de la grave enfermedad del hijo de los actores, pues no configura ninguno de los supuestos que habilitan a los periodistas profesionales a tener libre acceso a los expedientes judiciales, esto es, cuando se trate de información de interés público art. 13 inciso "b" de la ley 12.908) o cuando acrediten interés legítimo en el examen de una causa (art. 113 inciso "b" de la ley 5177), ya que, el interés general es una expresión de la voluntad general y al mismo tiempo es un concepto permisivo —en el sentido que facilita en lugar de otorgar directamente— pero al mismo tiempo constrictivo, en la medida que pone límites a la libertad individual en aras del bien común y la cohesión social, mientras que tampoco existía motivación que podía anclarse la idea de interés legítimo, en la aprehensión y difusión de una situación de salud de gravedad del niño.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 12.908 Art.13

LEY 5.177 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 2.885/01

DATOS DEL FALLO

CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL, MERCEDES, BUENOS AIRES

Sala 02 (Etchegaray- Nolfi - Ibarlucía)

S.E.D y otros c/ I.H.R.R s/ Daños y perjuicios

SENTENCIA, 27520 del 28 DE JUNIO DE 2012

Nro.Fallo: 12010064

Identificación SAIJ: B2960811

SUMARIO

DAÑOS Y PERJUICIOS-DERECHO A LA INTIMIDAD-MENORES-IDENTIDAD DE LAS PERSONAS
PUBLICACIÓN PERIODÍSTICA-DAÑO MORAL-DERECHOS DEL NIÑO

Si bien el medio gráfico demandado incurrió en una conducta ilícita al publicar el nombre de los menores involucrados en una actuación judicial, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 75 de la ley 12.607 de la Provincia de Buenos Aires, debe rechazarse la pretendida indemnización del daño moral que alegó sufrir el menor, pues no se advierte que haya existido por parte del reclamante una clara argumentación ni descripción de cuáles fueron los menoscabos espirituales sufridos mas aun si la publicación no significaba para ella ningún desdoro, ofensa a su buen nombre, a su moral, ya que acogía la pretensión que en su nombre se había articulado. (Del voto en disidencia del Dr. Etchegaray)

DATOS DEL FALLO

CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL , MERCEDES, BUENOS AIRES

Sala 02 (Etchegaray- Nolfi - Ibarlucía)

S.E.D y otros c/ I.H.R.R s/ Daños y perjuicios

SENTENCIA, 27520 del 28 DE JUNIO DE 2012

Nro.Fallo: 12010064

Identificación SAIJ : B2960810

SUMARIO

DAÑOS Y PERJUICIOS-PUBLICACIÓN PERIODÍSTICA-DERECHO A LA INTIMIDAD-MENORES DE
EDAD-IDENTIDAD DE LAS PERSONAS-INTERES PÚBLICO

El medio gráfico que publicó el texto de una medida cautelar de la cual surgía la grave enfermedad que tenía el hijo de los actores, no resultó violatoria del derecho a la intimidad, toda vez que los propios actores hicieron pública esa información al volcarla innecesariamente en el texto de la demanda, ya que ésta había sido incoada en representación de otro hijo contra una obra social, mas aun si la sentencia publicada pudo ser considerada de interés público, en la medida que contenía una manda judicial por la que se privilegio el derecho a la vida invocado por un particular como consumidor de prestaciones de seguros sociales o sanitarios que la prestaría había denegado. (Del voto en disidencia del Dr. Etchegaray)

DATOS DEL FALLO

CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL , MERCEDES, BUENOS AIRES

Sala 02 (Etchegaray- Nolfi - Ibarlucía)

S.E.D y otros c/ I.H.R.R s/ Daños y perjuicios

SENTENCIA, 27520 del 28 DE JUNIO DE 2012

Nro.Fallo: 12010064

V | Delitos relacionados con la identidad de las personas

Identificación SAIJ : C0410439

TEMA

FILIACION-SAN MARTIN-DERECHO A LA IDENTIDAD-VIOLACION DE DERECHOS HUMANOS
El derecho a la verdad alegado es manifiestamente inconsistente, en especial si se advierte que el mencionado derecho se presenta especialmente en casos de violaciones masivas y graves de derechos humanos, lo que no se verifica en el caso.

FALLOS

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL , CAPITAL FEDERAL,
CAPITAL FEDERAL

Sala 01 (Castro - Guisado - Ubiedo)

De Alvear, Emilio José y Otro s/ Filiación

SENTENCIA del 11 DE JULIO DE 2017

Nro.Fallo: 17020017

Identificación SAIJ: 30007910

SUMARIO

MENORES-ALTERACION DEL ESTADO CIVIL: TIPICIDAD

Si bien la jurisprudencia de este Tribunal consideraba que el art. 139, inc. 2º del Código Penal contenía el propósito de causar perjuicio como un especial elemento subjetivo (LAVALLEN" del 18.4.89, Reg. 6440; "RUFFO" del 16.2.93 y "MIARA" del 19.12.95) tal interpretación necesariamente debió variar a partir de la reforma introducida por la Ley 24.410 que, entre otras cosas, ha suprimido dicho elemento del art. 138 del Código Penal, en el que se encontraba descripto el tipo básico de la figura agravada contenida en el art. 139 del mismo cuerpo legal.

Dicha variación legislativa ha significado que "...situaciones que antes eran consideradas impunes resultan ahora típicas, con lo cual la alegación de motivos "benévolos" por parte de los autores carecen de relevancia. Por ello, constituye el delito previsto y penado por el art. 139, inc. 2º y 293 del Código Penal la inscripción como hijo sin que existiera vínculo biológico con el autor ("D.F. y otras" art. 139 inc. 2º y 293 del Código Penal") del 20.12.2000.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 11.179 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 3992/84 Art.138 al 139,
Ley 11.179 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 3992/84 Art.293

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. DE APELAC. EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL FEDERAL , CAPITAL FEDERAL

Sala 02 (Irurzun - Luraschi. J. 8. S. 15.)

" S. G; A. s/ .

SENTENCIA, 26481 del 2 DE MARZO DE 2007

Identificación SAIJ: 30007909

SUMARIO

DELITOS RELACIONADOS CON LA IDENTIDAD DE LAS PERSONAS-SUSTRACCIÓN DE MENORES-ELEMENTO OBJETIVO

No es necesario que se retenga u oculte al menor para tener por configurado el tipo objetivo del delito de alteración de su identidad, siendo que este tipo penal puede ser consumado “por un acto cualquiera” (art. 139, segundo párrafo del Código Penal según ley 24.410).

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 11.179 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 3992/84 Art.139

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. DE APELAC. EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL FEDERAL , CAPITAL FEDERAL

Sala 02 (Irurzun - Luraschi. J. 8. S. 15.)

“ S. G; A. s/ .

SENTENCIA, 26481 del 2 DE MARZO DE 2007

Identificación SAIJ: 30007863

SUMARIO

MENORES-PRUEBA DE ADN-SUSTRACCIÓN DE MENORES-DERECHO A LA INTIMIDAD-SUPRESION DEL ESTADO CIVIL

La negativa a conocer su verdadera identidad de una persona cuya identidad a sido suprimida, colisiona con el reclamo por parte de los presuntos familiares de conocer sobre sus lazos sanguíneos, y también con el interés social de establecer de quién se trata en realidad esa persona. (Del. voto del Dr. Freiler).

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. DE APELAC. EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL FEDERAL , CAPITAL FEDERAL

Sala I (Freiler (por sus fundamentos - Cavallo (por sus fundamentos). J. 1. S. 1.)

“ P.; G. G. s/ apelación “.

SENTENCIA, 1243 del 14 DE NOVIEMBRE DE 2006

Identificación SAIJ: 30007860

SUMARIO

SUSTRACCIÓN DE MENORES-SUPRESIÓN DEL ESTADO CIVIL-IDENTIDAD DE LAS PERSONAS

Para analizar cuál es el objeto de protección jurídica tenido en consideración por el ordenamiento normativo cuando se refiere a la identidad personal de los sujetos resulta pertinente reparar en las palabras de Carlos Fernández Sessarego, quien sostiene “... que lo que es digno de tutela no es la imagen que cada sujeto tiene de sí mismo. No se trata de aceptar, sin más, la pretensión psicológica o mental del sujeto que sustenta su identidad en una exclusiva visión de raíz subjetiva. Por el contrario, lo que resulta del todo inobjetable es que la identidad personal debe apoyarse, fundamentalmente, en

elementos objetivos, en comportamientos y situaciones explícitas, en manifestaciones exteriores de la personalidad. Se trata de proteger una 'verdad históricamente comprobada' ... " (Derecho a la identidad personal, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 215).Y agrega que "... en materia de identidad personal suelen existir dos verdades, la subjetiva y la objetiva, las que pueden coincidir o diferir. Cuando ocurre esta segunda hipótesis, surge el problema relativo a cuál de las dos 'verdades' debe ser materia de tutela jurídica. Como se ha señalado en su oportunidad, la verdad subjetiva puede ser aparente, simulada o ficticia. Es decir, la proyección social de la personalidad que el sujeto pretende difundir no coincide con la 'verdad histórica'. La verdad objetiva, que es la que jurídicamente se tutela, es la que se forja a través de hechos ciertos, históricamente comprobables ... En la hipótesis de confrontación entre dos 'verdades', la subjetiva y la objetiva, a pesar de algunas pocas voces dubitativas, la opinión que prevalece es aquella que considera que la 'verdad' tutelable es la objetiva, la histórica, la real y no aquella de raíz subjetiva ... " (cit., p. 244).Asimismo, explica el autor al referirse concretamente a la problemática inherente a la tutela de la identidad personal que tal protección "... representa la defensa de la 'mismidad' de la persona frente a toda acción tendiente a desfigurarla. La tutela de la identidad personal equivale a la protección de mi específica 'manera de ser', de lo que real y verdaderamente 'soy yo'. No es imaginable dejar indefensa a la persona frente a una agresión de la magnitud que adquiere aquella que niega o desnaturaliza su 'verdad histórica' (...)" (cit., pág. 269), concluyendo que "... las desnaturalizaciones en lo que concierne a la 'verdad personal' deben incidir en aspectos sustanciales o definitorios de la personalidad. El falseamiento de la verdad debe ser de una magnitud tal que distorsione la identidad del sujeto. Y ello sólo es posible si los atentados contra este interés existencial tienen una real importancia, capaz de proyectar una imagen social del sujeto diferente de lo que constituye su personalidad ... " (cit., p. 272).En el caso que nos ocupa, existen serios indicios de estar frente a un supuesto de extrema tergiversación de la genuina identidad de una persona, donde la verdad histórica habría sido suprimida por completo, desnaturalizada en su máxima expresión, cambiada y sustituida por otra ficticia. En consecuencia, reside en manos del Estado el deber de arbitrar los medios necesarios tendientes a, cuanto menos, obtener certeza en relación a esa verdad objetiva. (del voto del Dr. Freiler)

DATOS DEL FALLO

CÁMARA NAC. DE APELAC. EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL FEDERAL , CAPITAL FEDERAL

Sala I (Freiler (por sus fundamentos - Cavallo (por sus fundamentos). J. 1. S. 1.)

" P.; G. G. s/ apelación ".

SENTENCIA, 1243 del 14 DE NOVIEMBRE DE 2006

DOCTRINA

La CUIT y la diversidad de género: la transparencia de la desigualdad en la ley modelo interamericana de acceso a la información 2.0 (OEA)

O'DONNELL, AGUSTINA | RASUK MARAÑÓN, MARIO

Publicación: www.saij.gob.ar, 10 DE DICIEMBRE DE 2020

TEMA

SISTEMA DE IDENTIFICACION NACIONAL TRIBUTARIO Y SOCIAL-CUIT-CONTRIBUYENTES-GRUPOS VULNERABLES-LGTBIQ-DIVERSIDAD SEXUAL-IDENTIDAD DE GENERO

TEXTO

En este breve trabajo nos proponemos analizar el caso de la Clave única de Identificación Tributaria o, por sus siglas CUIT, que tiene ya más de 30 años de vigencia y que hoy presenta ciertas particularidades si se lo analiza desde una perspectiva de género.

En primer lugar, analizaremos el origen de este sistema y como se compone esta clave única, luego haremos una breve reseña del método "Módulo 11" para entender el algoritmo de la CUIT y, por último, indicaremos por qué consideramos que debe ser actualizada bajo la óptica de género.

Antes de la CUIT, la DGI poseía un régimen de facturación y registración que obligaba a los que realizaban operaciones de compraventa de cosas muebles, locaciones, prestaciones de servicios, independientemente de su posición frente al IVA. Luego, la ley 23.495 dispuso un reempadronamiento de contribuyentes y con ella se reemplazaron aquellas distintas numeraciones preexistentes.

Desde entonces hasta hoy, la CUIT ha tomado un rol cada vez más importante en la vida económica, al punto tal que recientemente, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (Sala IV) sostuvo que "... no es un elemento meramente accesorio o secundario, sino que constituye un requisito sustancial para que los contribuyentes o responsables puedan ejercer sus actividades y obligaciones tributarias en el marco de la legalidad.

Su importancia ha trascendido el ámbito fiscal, pues es un requisito que se exige para realizar las más diversas actividades comerciales e incluso la ley 25.326 la califica como dato personal y regula su tratamiento (art. 2° y 5°)" (conf. "Inversiones Virasol SA c/ AFIP- DGI s/amparo ley 16.986", sentencia del 10/03/2020).

La CUIT consta de once (11) cifras que se componen de la siguiente forma: dos dígitos iniciales que indican "el tipo global", seguido por ocho dígitos que corresponden, en el caso de personas físicas, al número de Documento Nacional de Identidad, y en el caso de empresas a un número de sociedad asignado por la AFIP; y finalmente, un dígito verificador.

El dígito verificador sirve para efectuar un cálculo, denominado módulo 11, que detecta errores en un solo dígito e intercambios simples o dobles. Se basa en aplicar un factor de chequeo ponderado a cada dígito del número original. En el caso de la CUIT, el dígito verificador controla los diez números anteriores, es decir, los dos del tipo global más los ocho del DNI.

El denominado "tipo global", en el caso de las personas físicas, distingue el sexo del contribuyente. En general, en los varones empiezan con los prefijos 20 o 23, mientras que el de las mujeres con 27 o 24; aunque excepcionalmente,

cuando el dígito verificador arroja error, se asigna el tipo global del otro sexo al contribuyente. La regla general, entonces, tiene sus excepciones.

A más de 30 años de la implementación de este sistema de identificación tributaria es necesario cuestionarse si hoy no debe ser actualizado y reconocer a otras disidencias que el propio Estado, en su normativa, promueve como sujetos laborales y económicos susceptibles de tener capacidad contributiva. Nos referimos más específicamente al decreto 721/2020 que estatuye el cupo laboral para travestis y transexuales como así también otras normas que amparan a estos colectivos minoritarios (ley de identidad de género, ley de matrimonio igualitario y tratados internacionales de derechos humanos en materia de género).

Es que en el momento en que se creó la CUIT pudo ser útil conocer de qué manera desarrollaban sus actividades económicas hombres y mujeres, pues el binarismo sexual o la heteronorma sentaban las bases sobre la cual se definía la educación de las personas y de sus comportamientos.

Sin embargo, con el tiempo y tras varias luchas y conquistas de los colectivos feministas y LGBT en el camino, hoy es el Estado el que propicia con medidas positivas la inclusión y el respeto a la diversidad en las actividades económicas.

La sociedad moderna y el propio mercado reconocen la libertad de género, exigiendo con ello la actualización del sistema tributario hacia una visión más plural del tejido social, que contemple a todas las personas que lo componen.

El denominado "tipo global" de la CUIT puede ser considerado, entonces, como un sesgo de aquella visión binaria de las personas humanas y puede entrar en conflicto con otras normas más modernas como la ley 26.743 de Identidad de Género, sancionada en el año 2012, y que en su artículo 1, inc. c) establece que: "Toda persona tiene derecho: A ser tratada de acuerdo con su identidad de género y, en particular, a ser identificada de ese modo en los instrumentos que acreditan su identidad respecto de el/los nombre/s de pila, imagen y sexo con los que allí es registrada".

A la luz de este desafío, consideramos importante que las Administraciones Tributarias puedan conocer la identidad de género de los contribuyentes, pues ello constituye una herramienta eficaz para recabar datos de toda la población en su diversidad y formular a partir de las mismas políticas públicas que los incluyan, entre ellas las que buscan sistemas tributarios más inclusivos o amigables a las cuestiones de género. Y en este sentido, afirmamos la necesidad de contar también con estadísticas de los colectivos LGBT, por lo que es importante que desde el punto de vista tributario también se adopte esta visión más amplia e inclusiva contribuyendo a la identificación de problemas de estos sectores vulnerables. Solamente así luego puede conocerse qué tributos los alcanzan, qué exenciones tributarias utilizan, qué deducciones practican, entre otros aspectos relevantes desde el punto de vista de la capacidad contributiva que es lo que determina la obligación de pagar o no un impuesto.

Es que no podemos obviar que el artículo 75, inc. 23 de la Carta Magna, establece que el Congreso debe "Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad".

Los colectivos LGBT integran esos grupos vulnerables y son sujetos de los diferentes impuestos, por lo que parece razonable pensar en mecanismos de adaptación de las leyes sustantivas pero también de las adjetivas en las que se contemple, como en el caso de las mujeres, su situación particular frente a las obligaciones fiscales.

La importancia de contar con información desagregada surge de la Ley Modelo Interamericana de Acceso a la Información Pública 2.0. recientemente aprobada

en el seno de la OEA que en el art. 6º, ap. e), punto a), recomienda a los Estados incorporar a sus legislaciones normas que propicien la transparencia proactiva de "Información relevante y necesaria para promover una mayor equidad de género, como por ejemplo, el cálculo de la brecha salarial, la Información sobre programas existentes que benefician a las mujeres, estadísticas o indicadores con relación a la inclusión laboral, la salud, entre otros", obligación que debe hacerse extensiva a todos los colectivos como forma de evitar las brechas y con ellas más desigualdad de derechos.

Fuentes:

www.oas.org.

www.biblioteca.afip.gob.ar.

www.infoleg.gob.ar

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.saij.gob.ar

Fecha: 10 DE DICIEMBRE DE 2020

:

Editorial:

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución de la Nación Argentina Art.75, LEY 23.495, LEY 25326, LEY 26.743, DECRETO NACIONAL 721/2020

"Nuevos aires se acercan a los justiciables que por mucho tiempo fueron olvidados (Luego del fallo Sacayán)"

VILLALBA, GISELA PAOLA

Publicación: www.saij.gob.ar, 28 DE ENERO DE 2020

TEMA

DELITOS-DERECHO A LA IDENTIDAD DE GENERO-VIOLENCIA DE GENERO-ORIENTACION SEXUAL-DISCRIMINACION POR RAZONES DE SEXO O INCLINACION SEXUAL-GRUPOS VULNERABLES-LGTBIQ

TEXTO

El fallo anotado

Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional n° 6, Secretaría n° 118. Rta. 18/09/2018, "ELDJT s/....", Causa n° 69543/2017.

El 18 de septiembre de 2018, se resolvió decretar el procesamiento, sin prisión preventiva de ELDJT, por considerarlo "prima facie" autor penalmente responsable de los delitos de lesiones leves, lesiones agravadas por haber sido cometidas contra una mujer y en un contexto de violencia de género, robo simple y privación ilegal de la libertad agravada por el uso de violencia, los cuales concurren en forma ideal (arts. 45, 54, 89 en función del art. 92 y en función del art. 80 inc. 11°, 142 inc. 1° y 164 del CP) y se dispuso la prohibición de acercamiento a un radio no menor de 300 metros respecto al domicilio y de mantener todo tipo de contacto con la denunciante VJ.

Hecho:

Se iniciaron las presentes actuaciones a raíz del acta rubricada por la Oficial Principal Flavia Díaz de la División Protección Familiar C.C. 15 de la Policía de la Ciudad, en la que dejó constancia que el 19 de noviembre de 2017, a las 02:45 horas, se había presentado en la dependencia ELDJT en compañía de AC, manifestando que momentos antes, mientras se hallaba en su domicilio sito en XXXX de esta ciudad, junto a su ex pareja, VJ -que según se lee del acta de fojas 1 se trata de una persona transgenero-, se originó una pelea por cuestiones de dinero, lo cual cada vez se tornó más violento entre ellos, llegándose a golpear, amenazar con un cuchillo. Según dicha constancia además en un momento ELDJT se retiró del lugar, cerrando la puerta con la única llave, dejando a VJ encerrada. Ante ello, personal policial se presentó en el inmueble en compañía de la amiga de ELDJT -AC-, quien poseía las llaves del domicilio, a los fines de establecer el estado de salud de VJ, quien tras su declaración testimonial de fs. 2 instó la acción penal contra ELDJT en orden a los hechos que la damnificaran.

Antes de comenzar a analizar el fallo objeto de análisis, es necesario, realizar una mención especial al fallo conocido públicamente como "Sacayán", que marcó un antes y un después en el derecho penal. El fallo "Sacayán", caratulada "Marino, Gabriel David y otro s/ homicidio a una mujer perpetrado por un hombre y mediante violencia de género, damnificada: Sacayán, Amancay...". El Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n° 4, el 18 de junio de 2018, condenó a Marino a cadena perpetua como coautor del delito de homicidio calificado por odio a la identidad de género y por haber mediado violencia de género, tratándose de un momento bisagra para el derecho penal, analizándose por primera vez como un "travestecidio", explicando con claridad, los miembros del tribunal, principalmente en sus votos el Dr. Julio Báez, las nociones medulares de la violencia de género y de la identidad de género.

Si bien la figura en cuestión en la actualidad aparece vinculada, también, hacia una situación de "género" u "orientación sexual", su base se remonta al decreto ley 4778/63, ratificado por la ley 17.567, con los aditamentos introducidos por la ley 23.592, interpretando la doctrina que el odio es la aversión que el agente siente por una persona o grupo de personas, siendo por ella que el autor se decide a actuar(1).

El devenir de los tiempos y las reformas legislativas, ampliaron las hipótesis relacionadas con el concepto de odio; la ley 26.743, nos aportó una

definición según la cual se entiende por identidad de género a 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.

La ley incorporó elementos como: la vivencia interna e individual de cada persona (puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento), la vivencia personal del cuerpo, pudiendo implicar la modificación de la apariencia o función corporal, siempre que sea un acto libremente escogido, incluyendo expresiones de género, como vestimenta, modo de hablar y los modales(2).

Es decir que la ley permite la elección sexual; reivindica los dos mundos que podrían definirse por oposición: el sexo asignado y el autopercebido; los destinatarios son las transexuales, travestis o inter sexos pues el derecho a la identidad de género y orientación sexual, involucran una serie de derechos fundamentales como son el derecho a la identidad personal, a la libertad, a la personalidad, a la no discriminación, a la vida privada, a la salud, a trabajar, al proyecto de vida, y a una adecuada calidad.

Todas estas prerrogativas se encuentran en los artículos 14, 16, 18, 19 y 33 de la Constitución Nacional y en los tratados internacionales con jerarquía constitucional en los artículos 3, 5, 11, 18, 24, 25, y concordantes de la CADH; 2, 3, 7 y 8 de la DUDH; 2 de la DADH; 2, 3, 12, 1 inc. d, 20, 23, 24 y 26 del PIDCP y la ley 23.592(3).

El derecho a la identidad de género y sexual se encuentra ligado al concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme sus propias opciones y convicciones.

Previo a adentrarme en el análisis del hecho, cabe hacer una breve introducción sobre el marco legal que se tendrá en cuenta para el presente caso, encomendado a los delitos denominados de "violencia contra las personas LGBTIQ", esto es, supuestos en que se ejerce violencia sobre grupos especialmente victimizados por cuestiones de género y orientación sexual, como las lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, travestis, tránsgeños e intersexuales.

En nuestro país resulta de importancia la Ley 26.791, aprobada el 14 de noviembre de 2012, la cual introdujo modificaciones a distintos incisos del art. 80 del CP, para criminalizar de modo agravado ciertos homicidios especialmente relacionados con el fenómeno de violencia de género. Entre éstos, encontramos el inciso 4° que incorpora como agravante de los homicidios el odio a la orientación sexual de las personas, la identidad de género y/o su expresión.

Respecto a esta reforma introducida, el agravante tenía por objeto sancionar delitos que expresen discriminación extrema. La doctrina le ha dado distintos significados al odio, por supuesto igual suerte siguió a los Crímenes de Odio, se han dado distintas definiciones que giran en torno a la motivación interna del agresor del odio: aversión, prejuicio, repulsión, intolerancia, resentimiento, hostilidad, antipatía, rechazo, desprecio, aborrecimiento, abominación, repudio, desagrado o simplemente discriminación.

Ese mismo año 2012 fue sancionada la Ley de Identidad de Género (Ley 26.743) reglamentada por Decreto 1007/2012.

La sanción de dicha norma implicó la desjudicialización de la identidad de género y tuvo como fin establecer un procedimiento que permita a las personas ejercer su derecho a la identidad, bastando su decisión personal y autónoma, limitándose el Estado a garantizar el derecho a ejercer la libertad de escoger y vivir acorde a como se autopercibe sin que sea necesario requerir control judicial o administrativo previo. La ley contiene también la definición de identidad de género incorporando elementos como: la vivencia interna e individual de cada persona (puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento), la vivencia personal del cuerpo, pudiendo implicar la modificación de la apariencia o función corporal, siempre que sea un acto

libremente escogido, incluyendo expresiones de género, como vestimenta, modo de hablar y los modales (Yuba, Gabriela Sobre la ley de derecho a la identidad de género, LA LEY 2012-C, 1071).

Es decir que la ley permite la elección sexual; reivindica los dos mundos que podrían definirse por oposición: el sexo asignado y el autopercebido; los destinatarios son las transexuales, travestis o intersexos pues el derecho a la identidad de género y orientación sexual, involucran una serie de derechos fundamentales como son el derecho a la identidad personal, a la libertad, a la personalidad, a la no discriminación, a la vida privada, a la salud, a trabajar, al proyecto de vida, a una adecuada calidad; todas estas prerrogativas se encuentran relacionadas a los artículos 14, 16, 18, 19 y 33 de la Carta Federal y en los tratados internacionales con jerarquía constitucional en los artículos 3, 5, 11, 18, 24, 25, y concordantes de la CADH; 2, 3, 7 y 8 de la DUDH; 2 de la DADH; 2, 3, 12, 1 inc. d, 20, 23, 24 y 26 del PIDCP y la ley 23.592 (Zulita, Felina-Morales Deganut "Violencia contra las mujeres", Hammurabi, Bs. As., 2018 págs. 117/119).

En el ámbito internacional, existen muchos instrumentos de derechos humanos que establecen las obligaciones de los Estados de proteger y garantizar los derechos de las personas lesbianas, gay, bisexuales y trans (travestis, transexuales y transgéneros). Entre ellos, encontramos: arts. 2 y 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 3 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador"; art. 1, 5.1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José"; art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Derecho a la Igualdad y art. 2 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Para el caso específico de la comunidad LGBTIQ, reviste particular importancia la garantía del derecho a la igualdad, del cual se deriva el derecho a la no discriminación, y que tiene como objetivo evitar toda distinción de hecho y de derecho que produzca diferencias de trato que afecte a las personas en sus derechos y especialmente en su dignidad. La igualdad procura la promoción y protección de aquellos grupos desfavorecidos y discriminados(4).

En este sentido, el Comité de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas (ONU) -órgano encargado de velar por el cumplimiento de las obligaciones de los Estados Partes del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos-, en el párrafo 7 de su Observación general N° 18 señaló que: "El Comité considera que el término "discriminación", tal como se emplea en el Pacto, debe entenderse referido a toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición política o de otra índole, el origen nacional o social y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas"(5).

En el marco de los World Outgames(6), el 29 de julio de 2006, en Montreal, Canadá se llevó a cabo la Conferencia Internacional de los Derechos Humanos LGBT. En este contexto surge la Declaración de Montreal(7) que contempla todos los aspectos de la vida de las personas del LGBT y que se divide en cinco secciones. La primera de ella, y de importancia para esta resolución es la que se titula "Derechos Fundamentales", exige salvaguardar y proteger los derechos más básicos de las personas del LGBT. Para ello, en esa sección se enuncia y detalla la forma en la que se violan estos derechos y se resalta la enorme preocupación que la situación genera. Esta Declaración resulta relevante para garantizar el reconocimiento de los derechos del colectivo LGBT pronunciados a nivel internacional.

También contamos con los "Principios de Yogyakarta. Principios sobre la Aplicación de la legislación Internacional de Derechos Humanos en Relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género"(8), los cuales fueron elaborados en noviembre del año 2006, en la ciudad indonesia de Yogyakarta, a raíz de la solicitud efectuada por Louise Arbour, ex Alta Comisionada de las

Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2004-2008). En estos principios se destaca la regulación del derecho a la igualdad y a la no discriminación, el derecho a la vida, el derecho a la seguridad personal, social y a otras medidas de protección, con independencia de la orientación sexual o identidad de género de las personas. Estos instrumentos constituyen el marco legal internacional para la protección de los derechos de la población LGBT contra los crímenes de odio, en los cuales es posible apoyar la defensa y la protección de los derechos de esta comunidad, ya que, si bien algunos países los han reconocido en sus legislaciones, otros carecen de regulaciones y en algunos existen normas que protegen prácticas discriminatorias y anticonstitucionales.

Teniendo en cuenta el marco teórico desarrollado, es posible afirmar que los actos de agresión y violencia son crímenes de odio contra el colectivo LGBT, ya que:

1. Han sido cometidos en contra de una persona de la diversidad sexual, con conocimiento previo por parte del agresor de la orientación sexual o identidad de género de su víctima.
2. Han implicado el ejercicio de agresión o violencia con la intención de lesionar derechos, causar daño físico o psíquico y/o castigar.
3. La motivación de la persona perpetradora ha sido el rechazo, el desprecio o el odio hacia la orientación o identidad de género asumida de la persona lesionada.

La motivación del victimario, no siempre es fácil de determinar y en muchos casos los crímenes de odio son tratados -tanto en los medios de comunicación como por las entidades estatales- como delitos comunes de asalto, robo, intimidación, entre otros, o como "crímenes pasionales"; si bien este último tratamiento de los crímenes es cada vez menos común, aún quedan resabios de esta práctica de invisibilización. Los estereotipos, prejuicios y desconocimientos de los/as funcionarios/as encargados/as de investigar adecuadamente y garantizar justicia, a menudo, generan que la noción del "odio" como motivación del delito pocas veces figure en la forma de concebir, recibir y procesar los crímenes de las personas de la comunidad LGBT.

Por otra parte, las Naciones Unidas (ONU) o la Organización de los Estados Americanos (OEA), ante la ausencia de una normativa precisa, han iniciado esfuerzos para desarrollar una cultura de cumplimiento de los derechos humanos, con el fin de evitar el prejuicio basado en la orientación sexual(9).

Sin embargo: "el núcleo sigue siendo el mismo: el rechazo por ser lo que se es, por manifestar de alguna forma una sexualidad no hegemónica y tradicional"(10).

Las similitudes en la terminología revisada, muestran al menos tres elementos indispensables para considerar determinado acto, como un crimen de odio:

- a) Agresión o conjunto de agresiones dirigidas a lesionar los derechos de una persona.

En relación a las características de la conducta o agresión de los derechos de la población LGBT, es importante señalar que "la conducta violenta en los delitos de odio varía dependiendo del contexto y de los prejuicios que tenga una sociedad específica, pero está presente en todas las sociedades"(11).

Estas agresiones implican violaciones a distintos derechos fundamentales de las personas, tales como: a la dignidad, a la integridad personal, a la seguridad, a la no discriminación, a la igualdad, y hasta en algunos casos estas violencias privan a las personas de un derecho tan básico e inalienable, como lo es el derecho a la vida.

- b) La pertenencia (o la asociación) de la persona agredida a un colectivo históricamente vulnerado y/o discriminado. En los crímenes de odio la agresión mencionada anteriormente recae sobre una persona perteneciente o asociada a un colectivo históricamente vulnerado. Los colectivos históricamente vulnerados son aquellos grupos de personas cuyos derechos son menoscabados por una relación asimétrica de poder que es determinada por un contexto sociopolítico.

El principal efecto es que se considere que la agresión contra una persona LGBTIQ o persona judía, por ejemplo, es tan disvaliosa como la agresión a una

persona que, sin pertenecer al colectivo, se la creyó LGBTIQ o judía o bien se la atacó para lesionar a ese colectivo(12). Esto se debe a que, como bien se mencionó, el crimen de odio lesiona a todo el grupo o colectividad, a través de la agresión a una persona determinada. Por ello, la víctima nunca es una sola. Simplemente, es el individuo que da en el estereotipo y, a través de su lesión, lo que se quiere es mandar un mensaje a todo el grupo o colectividad, a todas las personas que presentan las mismas características del sujeto agredido, por lo que excede el marco de la lesión individual.

c) Motivación que impulsa a una persona (o varias) a actuar contra los derechos de otra. La motivación está básicamente fundamentada en el odio, el prejuicio, el rechazo, el desprecio, o la discriminación hacia alguna persona miembro, real o así percibida, a algún colectivo históricamente vulnerado y/o discriminado.

En este sentido Eugenio Zaffaroni, en el artículo "Los delitos de odio en el Código Penal argentino" expresa: "En el delito por odio, el odio a la víctima está motivado por el odio a un grupo de pertenencia, que está fundado en un prejuicio. Se ha caracterizado el crimen por odio como un acto ilegal que importa una selección intencional de una víctima a partir del prejuicio del infractor contra el estatus actual o percepción de ésta. Así es como la doctrina lo ha definido. No se pena el prejuicio, que es una mera actitud, sino la conducta que, además de lesionar el correspondiente bien jurídico, resulta más reprochable por ser discriminatoria y por implicar un mensaje para todos los que se ven afectados por el prejuicio"(13).

Debe considerarse además el rol que cabe a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el año 2015 ha elaborado el informe "Violencia contra las personas LGTBIQ" que da cuenta de la gravísima situación en la que se encuentra este grupo a nivel regional, de las formas y los contextos de violencia a los que está expuesto. El informe se enfoca de manera particular en actos de violencia física contra las personas con orientaciones sexuales, identidades y expresiones de género diversas o no normativas, o cuyos cuerpos varían del estándar corporal femenino y masculino en América. En relación con los actos de violencia contra personas LGBTIQ, la CIDH destaca que éstos suelen demostrar altos niveles de ensañamiento y crueldad.

En ese informe, la Comisión dijo textualmente que: 'se encuentra preocupada por los altos índices de violencia que se registran en contra de personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex, o aquellas personas percibidas como tales, en el continente americano, y la ausencia de una respuesta estatal eficiente frente a dicha problemática. Esto se evidencia en la falta de adopción de medidas efectivas para prevenir, investigar, sancionar y reparar actos de violencia cometidos contra personas LGTBIQ, de acuerdo al estándar de debida diligencia. Mientras que la CIDH reconoce que se registran avances en algunos Estados Americanos, la violencia contra las personas LGTBIQ continúa ocurriendo de manera generalizada en todo el continente americano'.

Ese contexto social de discriminación y violencia generalizada fue también reconocido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el año 2006 -en un caso en el cual la Asociación de Lucha por la Identidad Travesti-Transexual (ALITT) solicitó el reconocimiento de su personería jurídica ante la Inspección General de Justicia(14)-.

Allí la Corte advirtió que las personas LGBTIQ "no sólo sufren discriminación social, sino que también han sido victimizadas de modo gravísimo, a través de malos tratos, apremios, violaciones y agresiones, e inclusive con homicidios. Como resultado de los prejuicios y la discriminación que les priva de fuentes de trabajo, tales personas se encuentran prácticamente condenadas a condiciones de marginación, que se agravan en los numerosos casos de pertenencia a los sectores más desfavorecidos de la población, con consecuencias nefastas para su salud, registrando altas tasas de mortalidad".

En lo atinente a la respuesta estatal frente a la violencia y el acceso a la justicia, capítulo n° 6, párrafo n° 385, se desprende que "Los Estados tienen el deber de actuar con debida diligencia para prevenir, investigar, juzgar, sancionar y reparar violaciones de derechos humanos, incluyendo asesinatos y otros actos de violencia(15). Según el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, esta obligación incluye adoptar medidas legislativas y de otro carácter para prohibir, investigar y sancionar

todos los actos de violencia e incitación a la violencia motivados por prejuicio y dirigidos contra las personas LGBTI; proporcionar reparación a las víctimas y protección contra represalias; condenar públicamente esos actos; y registrar estadísticas sobre dichos crímenes y sobre el resultado de las investigaciones, las actuaciones judiciales y las medidas de reparación(16).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos también ha afirmado que la obligación de prevenir la "violencia motivada por el odio" proveniente de personas particulares así como de investigar la existencia de un posible vínculo entre el acto de violencia y el motivo discriminatorio puede estar amparada por la obligación de prohibir la tortura (Artículo 3), y también puede ser vista como parte de las obligaciones positivas del Estado derivadas de la prohibición de discriminación (Artículo 14) (17).

El informe afirma que existen varios obstáculos para el acceso a la justicia para personas LGBTIQ y sus familiares, que incluyen, entre otros, miedo a denunciar, su registro del problema, abordaje inadecuado por parte de agentes estatales y falencias en las investigaciones. La ineffectividad por parte de los estados de aplicar la debida diligencia para prevenir, investigar, sancionar y reparar los asesinatos y otros crímenes violentos contra las personas LGBTIQ guarda estrecha relación con los prejuicios y estereotipos que los agentes del Estado tienen sobre las víctimas. Cuando los Estados no realizan investigaciones exhaustivas e imparciales respecto de la violencia contra las personas LGBTIQ, como ocurre en la mayoría de los casos, se genera una impunidad frente a estos delitos que envía un fuerte mensaje social de que la violencia es condonada y tolerada, lo que genera aún más violencia y conduce a las víctimas a desconfiar en el sistema de justicia.

Nótese que resulta de interés, para este artículo tomar con referencia la actualización que lanzó la Asociación Internacional de Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex (ILGA World), el 10 de diciembre de 2019, en Ginebra, con motivo del Día de los Derechos Humanos, relacionado a la Homofobia de Estado(18).

Dicha actualización de la sección Panorama Global de la Legislación del Informe proporciona datos sobre las leyes que afectan a las personas en función de su orientación sexual. Junto con el mapa de Leyes sobre Orientación Sexual en el Mundo, los cuales refleja los últimos desarrollos, muestran una imagen vivida del progreso y los retrocesos que ocurrieron en todo el mundo en 2019.

Se puede observar que 70 estados continúan criminalizando la actividad consensual entre personas del mismo sexo. Hay 6 Estados miembros de la ONU que realmente imponen la pena de muerte por actos consensuales entre personas del mismo sexo, y otros 6 donde tal castigo es técnicamente posible. Informes no confirmados indican que cinco hombres pudieron haber sido ejecutados en abril de este año en Arabia Saudita. En Irán, un hombre podría ser ejecutado si se confirman los cargos en su contra.

Como fue mencionado en los párrafos que anteceden, algunos Estados han introducido dos caminos legales para abordar la violencia motivada por la orientación sexual.

El primero es una figura básica del delito independientemente que tipifique como delito la violencia o daño a una víctima motivada por su orientación sexual (real o percibida) y el segundo, es una disposición legal que agrava la pena del delito cuando éste haya sido motivado por la orientación sexual de la víctima, conocidos como "agravantes" y suele tener alcance a determinados delitos en particular como al homicidio o las lesiones.

El Comité de Derechos Humanos de la ONU ha recomendado a los Estados que criminalicen específicamente los actos de violencia basados en la orientación sexual o la identidad de género, por ejemplo: promulgando leyes sobre crímenes de odio basados en la orientación sexual e identidad de género. En nuestro país el art. 80, inc. 4 del CP establece como circunstancia agravante del homicidio la motivación por el odio hacia la orientación sexual de la víctima y el art. 90 agrava el delito de lesiones bajo idénticas características.

El Ministerio Público Fiscal desde hace varios años que realiza una política

activa, en la elaboración de instrumentos, resoluciones y recomendaciones para fortalecer los derechos de quienes han sido damnificadas o damnificados por la comisión de delitos, entre los que se destacan las resoluciones PGN n° 174/08 y n° 58/09 mediante las que se adhiere a las prácticas de la Guía de Santiago sobre Protección de Víctimas y Testigos, y las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, respectivamente.

Se observa claramente, que la Jueza, a cargo del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional n° 6, en el fallo mencionado lo analizó teniendo en cuenta entre otras cosas, los lineamientos previstos en la ley 26.743 de identidad de género y amplitud probatoria en el marco del art. 31 de la Ley de Protección Integral de la Mujer n° 26.485.

La calificación legal que aquí se postula está estrechamente ligada a la perspectiva de género que se le imprimió a la presente investigación; en tal sentido se procesó a ELDJT, como autor penalmente responsable de los delitos de lesiones agravadas por haber sido cometidas contra una mujer y en un contexto de violencia de género, robo simple y privación ilegal de la libertad agravada por el uso de violencia, los cuales concurren en forma ideal (arts. 45, 54, 89 inciso 11°, 142 inciso 1° y 164 del CP).

Así las cosas, corresponde destacar que el presente caso también fue valorado bajo las pautas que establecen la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y la ley 26.485 de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, a los efectos de garantizar una interpretación correcta. En esa línea, se impone tanto el respeto de la garantía de las víctimas a la amplitud probatoria para acreditar los hechos como la obligación de que en las resoluciones que se adopten se ponderen las presunciones que contribuyan a la demostración de los sucesos, siempre que sean indicios graves, precisos y concordantes (artículos 16, inciso "i", y 31 de la citada ley).

Debe considerarse además el rol que cabe a la "Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer", en lo atinente a la actividad probatoria y, en esa dirección, no ha de soslayarse que la mayoría de los casos se verifican en la esfera de la intimidad de las partes, más precisamente dentro del hogar, extremo que arrastra la imposibilidad, en la generalidad de los supuestos, de contar con testigos presenciales de los hechos.

Éstos, en los aislados casos de existir, suelen formar parte del mismo núcleo familiar, con las restricciones que entorpecen a ellos, en virtud de esos vínculos, prevé el Código Procesal Penal de la Nación y las parcialidades propias de esas relaciones. Entonces, como los hechos analizados son de aquéllos propios de la "violencia de género", que suelen darse en ámbitos privados, resultan relevantes las manifestaciones de la víctima.

No puede pasar desapercibida al momento de evaluarse las pruebas obrantes en las causas que se investigan este tipo de delitos.

Es por eso que considero acertado que la prueba, en atención a las particularidades expuestas y la difícil tarea de recolección que se presenta en la generalidad de los supuestos, no sea fragmentada, sino evaluada en su conjunto.

Este análisis, debe efectuarse en un todo acorde con la plataforma jurídica que conforman, entre otras cosas, las leyes 26.791, 26.743 y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

La redacción del tipo penal amplía el catálogo de sujetos pasivos susceptibles de discriminación -y por ende de protección especial- como lo son el género, la orientación sexual, la identidad de género o su expresión. La orientación sexual de una persona es independiente del sexo que le asignaron al nacer, e independiente de su identidad de género(19).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene dicho que la orientación

sexual de una persona se encuentra ligada al concepto de libertad y la posibilidad de toda persona de auto-determinarse y escoger libremente las circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones.

En los Principios de Yogyakarta la orientación sexual se encuentra definida como la capacidad de la persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con esas personas(20).

Si bien, nuestra legislación avanza cada vez más en la protección de los derechos, aún falta un largo camino por recorrer, en el informe elevado el año pasado, por la Asociación Internacional de Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex, algunos Estados tienen tipificado como delito incitar al odio, la violencia o la discriminación sobre la base de la orientación sexual se encuentra tipificado como delito. La redacción y el alcance de estas leyes varían mucho. Algunos estatutos pretenden prohibir el "discurso de odio" o el discurso con la capacidad de incitar directamente a cometer "violencia", mientras que otros incluyen una amplia gama de términos como odio, acoso, discriminación, intolerancia o segregación. Unos pocos Estados tienen leyes que prohíben humillar o insultar a un grupo específico, ya sea en normas generales o en leyes que regulan los servicios de radiodifusión. Las interpretaciones judiciales pueden haber ampliado los grupos protegidos enumerados, especialmente cuando tienen una cláusula abierta. Sin embargo, hay otros Estados con leyes que incluyen explícitamente la orientación sexual entre las características protegidas. En nuestro país aunque el art. 212 del CP prevé el delito de incitación a la violencia sin hacer referencia explícita a la orientación sexual, el art. 70 de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual (ley n° 26.522) establece que se deberán evitar los contenidos que promuevan o inciten tratos discriminatorios basados en la orientación sexual (entre otras razones). Esta última disposición no es de carácter penal.

Notas al pie:

1) Creus, Carlos y Buompadre, Jorge Eduardo, en "Derecho Penal. Parte Especial", tomo 1, 7ª edición actualizada y ampliada, Editorial Astrea, Bs. As., 2007, p. 30; y Aboso, Gustavo Eduardo en "Código Penal de la República Argentina. Comentado y concordado con jurisprudencia", B de f editores, 2012, p. 465 y ss. 38.

2) Yuba, Gabriela Sobre la ley de derecho a la identidad de género, LA LEY 2012-C, 1071.

3) Zulita, Felina-Morales Deganut "Violencia contra las mujeres", Hammurabi, Bs. As 2018 pags. 117/119.

4) Huerta, C. (2006). La estructura jurídica del derecho a la no discriminación. En C. De la Torre, El derecho a la no discriminación (págs. 185-204). México: Universidad Nacional Autónoma de México. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2312/13.pdf>.

5) Organización de las Naciones (ONU), Unidas Comité de Derechos Humanos. Observación General N° 18: No discriminación (Septiembre de 1989). Disponible en:

<http://www.villaverde.com.ar/es/assets/investigacion/Discriminacion/og-18-cdhdiscriminacion.pdf>.

6) Los World Outgames se trata de un evento deportivo y cultural organizado por la comunidad LGTB.

7) <http://declarationofmontreal.org/declaraciondemontrealES.pdf>.

8) Principios de Yogyakarta. Disponibles en:

[Http://www.refworld.org/cgi-bin/tehis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=48244e9f2](http://www.refworld.org/cgi-bin/tehis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=48244e9f2).

9) CEJIL. Diagnóstico sobre los crímenes de odio motivados por la orientación sexual e identidad de género: Costa Rica, Honduras y Nicaragua (2013). Disponible en:

<https://cejil.org/es/diagnosticocrimenes-odio-motivados-orientacion-sexual-e-identidad-genero-costa-rica-honduras-y>.

10) Olivera, C. (2008). Crímenes de odio por orientación sexual o identidad de género en el Perú. En El Derecho como campo de lucha: orientación sexual e identidad de género (1er ed., págs. 47-71).

Lima: DEMUS - Estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer.

Disponible en: <http://www.demus.org>.

[pe/publicacion/f42_libro_derecho_como_campo_de_lucha.pdf](http://publicacion/f42_libro_derecho_como_campo_de_lucha.pdf).

11) Guerrero, G., & Lara, I. (2009). Venezuela. Crímenes o delitos de odio y el por qué de su necesaria inclusión en la tipificación de nuestra legislación. Insurrectas y Punto. Disponible en: http://insurrectasy punto.org/index.php?option=com_content&view.

12) Siguiendo el ejemplo dado, si tomamos el trágico atentado a la AMIA, se califica como un crimen de odio, aún cuando no hubiera muerto ninguna persona judía e incluso cuando las personas autoras supieran que las víctimas no sean personas judías.

13) Disponible en:

<http://www.lagaceta.com.ar/nota/231632/tribunales/delitos-odio-segunzaffaroni.html>.

14) Fallo: Asociación Lucha por la Identidad Travesti - Transexual c/ Inspección General de Justicia. 22 de noviembre de 2006.

15) Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género, A/HRC/29/23, 4 de mayo de 2015, párr. 11. Sobre violencia contra las mujeres, ver también: CIDH, Informe de Fondo No. 54/01 Caso 12.051 María da Penha Maia Fernandes. Brasil. 16 de abril de 2001, párrs. 43-44 y 55-57; Corte IDH. Caso González y otras. ("Campo Algodonero") Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párrs. 252 y siguientes.

16) Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género, A/HRC/29/23, 4 de mayo de 2015, párr. 11.

17) TEDH, Caso Identoba y otros, (Aplicación no. 73235/12) vs. Georgia, 12 de mayo de 2015, párr. 63.

18) <https://ilga.org/es/Homofobia-de-Estado-informe-ILGA-World-actualizacion-diciembre-2019-decada>.

19) Informe sobre violencias de personas LGTBI de la CIDH, parr. 19 (OAS/ser.L/V/II.rev.1) disponible en

<https://www.oas.org/es/cidh/multimedia/2015/violencia-lgtbi/violencia-lgtbi.html>.

20) Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de Derechos Humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género "Principios de Yogyakarta", Marzo de 2007.

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.saij.gob.ar

Fecha: 28 DE ENERO DE 2020

:

Editorial:

REFERENCIAS

*Referencias Normativas: Constitución de la Nación Argentina Art.14, Constitución de la Nación Argentina Art.16, Constitución de la Nación Argentina Art.18 al 19, Constitución de la Nación Argentina Art.33, Ley 11.179 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 3992/84 Art.212, Ley 11.179 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 3992/84 Art.45, Ley 11.179 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 3992/84 Art.54, Ley 11.179 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 3992/84 Art.80, Ley 11.179 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 3992/84 Art.89, Ley 11.179 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 3992/84 Art.90, Ley 11.179 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 3992/84 Art.92, Ley 11.179 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 3992/84 Art.142, Ley 11.179 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 3992/84 Art.164, Ley 17.567, Ley 23.592, LEY 26.485 Art.16, LEY 26.485 Art.31, LEY 26.485, LEY 26.522 Art.70, LEY 26.743, LEY 26.791, Ley 23.054, Ley 23.313, **128.TRA I 000000 1948 04 30**, **128.TRA I 000000 1948 12 10***

La objeción de conciencia sanitaria como barrera para acceder al aborto legal

POSTIGLIONE GARCÍA, MARÍA LAURA

Publicación: www.saij.gob.ar, 14 DE SETIEMBRE DE 2020

TEMA

DERECHOS HUMANOS-DERECHOS SEXUALES-ABORTO-ABORTO NO PUNIBLE-OBJECION DE CONCIENCIA-SALTA

TEXTO

1. Introducción.

Dentro de la materia de derechos sexuales y reproductivos, el derecho al aborto es sin dudas uno de los más polémicos y que mayores complicaciones presenta en cuanto a su efectivización. De hecho, en los últimos años, en la Argentina hemos asistido a un profundo debate social vinculado a la legalización de la interrupción voluntaria del embarazo. En ocho oportunidades el proyecto de ley sobre el asunto ha sido presentado en el Congreso de la Nación, aun sin resultado favorable.

Sin embargo, lo que sí está legislado desde el año 1921 y se encuentra vigente en el artículo 86 del Código Penal es la figura del aborto legal (no punible) en tres causales. Es decir, en el Código se establecen tres situaciones en las cuales se podrá practicar el aborto sin sanción alguna. Ellas son: 1° Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios. 2° Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente (sic).

Los alcances de esta norma, durante años, dieron lugar a todo tipo de interpretaciones desde las más restrictivas hasta las menos, produciéndose, en muchos casos la judicialización. Es decir, se acudía a la justicia o bien para solicitar la autorización para la realización de esta práctica, o bien para solicitar que se impida la misma. Fue por ello que en el año 2012, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció sobre esta norma, procurando echar luz con respecto a las dudas sobre la constitucionalidad, y evitar la constante judicialización de casos así como la existencia de sentencias contradictorias. En la sentencia "FAL s/medida autosatisfactiva" (del 13/03/12) el alto tribunal precisó los requisitos para el acceso al aborto no punible y afirmó su constitucionalidad.

Este fallo dio lugar a la sanción de protocolos en varias provincias argentinas. En el caso de Salta, el Decreto N°1170/12(1) estipuló el mecanismo para acceder al mismo, pero contrariando los mandatos de la CSJN, estableció requisitos que tornaron restrictivo ese acceso. Allí se reglamentó la objeción de conciencia, permitiendo la objeción personal pero impidiendo la objeción institucional. Luego fue modificado por el Decreto N° 584/18(2) mediante el cual se adhirió al Protocolo para la atención integral de las personas con derecho a la interrupción legal del embarazo, elaborado por el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable del Ministerio de Salud de Nación, en donde también se plantea que la objeción podrá ser siempre personal pero no institucional.

La objeción de conciencia es un derecho esgrimido por quienes se oponen a la realización del aborto, con fundamento en sus propias convicciones morales o religiosas. Es un derecho que, en principio, está previsto respecto de las personas físicas, pues se entiende que son éstas quienes tienen convicciones. No obstante, suele ser invocado por instituciones o empresas tales como clínicas privadas.

En el presente trabajo me propongo analizar la objeción de conciencia como barrera para el acceso al aborto legal, entendiendo que el derecho al aborto legal es una problemática enmarcada en los derechos humanos y salud integral

de las mujeres. Responderé a las siguientes preguntas (Es posible restringir la contratación para objetores de conciencia para la práctica del aborto en los servicios de salud públicos? En una provincia donde el sistema de salud privado se compone en buena medida de una afiliación forzosa (no optativo) respecto de las trabajadoras del estado. (Las clínicas privadas tienen derecho a la objeción de conciencia? (Qué elementos debería tener un esquema institucional de control -y eventualmente sanción- ante la existencia de prácticas obstructoras al derecho al aborto no punible?.

2. Los derechos sexuales y reproductivos como derechos humanos de las mujeres.

Si bien se puede situar al origen del concepto de derechos sexuales y reproductivos en la década del 80(3) (Casas, 2008), su conceptualización como derechos humanos tomó consistencia internacional a partir de la IV conferencia de ONU sobre Población y Desarrollo (El Cairo, 1994). Este hecho no es menor, pues el encuadramiento dentro del paradigma de los derechos humanos les imprime cualidades específicas como la obligación de su garantía por parte de los estados.

En esa conferencia se define a la salud reproductiva como el estado general de bienestar físico, mental y social, no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia.

Otro hito vinculado con este grupo de derechos es la Recomendación General 24 del Comité CEDAW (1999) vinculada al acceso a la salud de las mujeres, donde se expresa que negar servicios que solamente son requeridos por mujeres constituye un acto de discriminación. Debe tenerse presente que la discriminación que se encuentra tipificada en el art. 1° de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación hacia la mujer conocida por sus siglas en inglés, CEDAW, (ONU, 1979(4)) como "toda distinción, exclusión a restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, (...) de los derechos humanos (...)". Y la misma norma en su artículo 12 contiene la obligación de los Estados parte de adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación de la esfera de la atención médica.

2.1. El derecho al aborto legal dentro de los derechos sexuales y reproductivos.

Uno de los derechos sexuales y reproductivos es el derecho al aborto legal el que puede definirse como el derecho de las mujeres y de las personas con capacidad gestante de decidir interrumpir un embarazo. Se fundamenta e involucra el derecho a la vida, a la salud, a la integridad física, psicológica a la vida privada y a la autonomía reproductiva de las mujeres.

A pesar de que la realidad demuestra que el aborto clandestino constituye una de las principales causales de mortalidad materna (13% global, según Organización Mundial de la Salud), aún existen muchos países donde está criminalizada su práctica. En la Argentina, sólo está permitido en tres causales: 1° Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios. 2° Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente (Art. 86 del Código Penal).

Es decir, en esos tres casos, está permitido. Pero, como se expresó en la introducción, la interpretación de este derecho fue disímil, dando lugar a múltiples situaciones en donde se obstruyó o simplemente negó el acceso al derecho. De hecho, se ha reconocido que en nuestro continente las excepciones a la ley, sin embargo, no garantizan que aquellas mujeres que cumplen con esos requisitos puedan acceder a un aborto seguro y legal en los servicios públicos de salud. El acceso a un aborto seguro y sin riesgos depende de varios factores: uno de ellos es la diversidad de opiniones o interpretaciones de la

comunidad médica frente a la ley, y la calificación de riesgo que da un equipo médico. En definitiva, la decisión no estará sujeta a lo que la mujer determine; queda en manos de un grupo de profesionales cuyas convicciones religiosas o éticas pueden permear su decisión (Casas, 2008, p. 425-426).

Uno de los principales obstáculos frente a este derecho es el denominado "derecho a la objeción de conciencia", esgrimido generalmente por efectores de salud. Este derecho en el último año empezó a ser invocado por organismos privados también, generando confusión e inseguridad jurídica.

Como se dijo antes, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo "FAL s/medida autosatisfactiva" (2012) estableció los alcances del Artículo 86, emitiendo una sentencia que ha marcado un antes y un después en la jurisprudencia nacional con respecto a este asunto. Resumidamente, apuntaló la constitucionalidad del aborto no punible, aseguró que se trata de un derecho, estableció que debido a que la ley no lo manda no pueden ponerse otros requisitos para acceder a este derecho que los establecidos en este artículo. Además, precisó que estos casos no deben judicializarse, que no se debe requerir una denuncia a la víctima de violación para acceder al derecho, y exhortó a las autoridades nacionales y provinciales a hacer garantizar este derecho dictando protocolos de atención con las previsiones antes mencionadas. Por último, debe destacarse que con relación a la objeción de conciencia estableció ciertas limitaciones al ejercicio de este derecho: que no entorpezca el servicio, que sea invocado de forma previa y que esto permita al establecimiento prever la suplencia en caso de ser necesario(5).

3. La objeción de conciencia como barrera de acceso al aborto legal.

La objeción de conciencia ha sido definida por Díez Fernández (2010) como la negativa a cumplir una norma cuando el contenido o los deberes que impone se oponen a las convicciones de una persona. Dice el mismo autor que se diferencia de la desobediencia civil en tanto que en la objeción de conciencia la persona que la invoca quiere que se le exima de su cumplimiento, mientras que en la desobediencia lo que se busca es que se revoque la norma.

El origen de la objeción de conciencia se sitúa en el fallo Roe Vs. Wade (Harris, 2012) que dio como resultado la Enmienda Church de 1973 en Estados Unidos que estableció que no se puede obligar a ningún profesional de la salud a realizar o participar en la prestación del aborto (o de esterilización) si esto contradice "sus sic] creencias religiosas o convicciones morales", y prohíbe la discriminación de los profesionales que se nieguen a hacerlo, aduciendo convicciones morales (en op. cit, pág. 1).

Esto se presenta como una continua y falsa dicotomía (Harris, op. cit), pues parecería que quienes sí practican abortos seguros, con fundamento en la salud de las mujeres a las cuales están atendiendo, no tuvieran convicciones, no tuvieran moral o carecieran de valores.

Ramón Michel y Ariza Navarrete (2015) en un estudio donde se realizó una revisión de 28 artículos sobre el tema publicados en América Latina y el Caribe en el período enero 2009 a marzo 2015 señalaron que a nivel regional, la objeción de conciencia se ha constituido en una de las barreras más manifiestas para el acceso al aborto no punible.

3.1. (Qué dicen las normas jurídicas al respecto?).

La Convención Americana de Derechos Humanos(6), en su artículo 12.3 dice que la libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás.

Es decir, que se encuentra en consonancia con lo que se acaba de exponer respecto de la jurisprudencia de la Corte Suprema. Se reconoce y protege el derecho a la libertad de culto pero con ciertas limitaciones.

En nuestra legislación este derecho aparece previsto en varias normas. Así,

la Ley N° 25.673 (2002) que crea el programa nacional de salud sexual y procreación responsable lo prevé respecto de las instituciones privadas de carácter confesional respecto del suministro de métodos anticonceptivos. Por su parte, la ley N° 26.130 (2006) de contracepción quirúrgica establece que es un derecho de toda persona que trabaja en el sistema de salud, respecto de las prácticas que se enuncian en su artículo 1°, o sea, la ligadura tubaria y vasectomía.

Más adelante en el tiempo, y con respecto al aborto, recobró vigencia el debate sobre la objeción de conciencia. El Protocolo para la atención integral de las personas con derecho a la interrupción legal del embarazo, elaborado por el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable del Ministerio de Salud de Nación dice al respecto que "la objeción de conciencia es siempre individual y no institucional" (2015, pág. 19).

Resulta incuestionable que ha habido un desarrollo histórico normativo en los últimos años que si bien prevé el derecho a la objeción de conciencia, se han ido instrumentando los límites a su ejercicio, en concordancia con el paradigma de derechos humanos.

En el Proyecto de ley ingresado en 2019 en la Cámara de Diputados de la Nación mediante el que se propone la legalización de la interrupción voluntaria del embarazo, fue omitido el derecho a la objeción de conciencia(7).

4. Cómo evitar que la objeción de conciencia se constituya como barrera para acceder al aborto legal.

Lo expresado hasta aquí indica que si bien las normas no permiten que la objeción de conciencia obstaculice derechos, en la realidad existen situaciones en las que opera como barrera. Al iniciar este trabajo, nos preguntábamos (Es posible restringir la contratación para objetores de conciencia para la práctica del aborto en los servicios de salud públicos? En una provincia donde el sistema de salud privado se compone en buena medida de una afiliación forzosa (no optativo) respecto de las trabajadoras del estado. (Las clínicas privadas tienen derecho a la objeción de conciencia? (Qué elementos debería tener un esquema institucional de control -y eventualmente sanción- ante la existencia de prácticas obstructoras al derecho al aborto no punible?.

Sobre la primera pregunta, de si es posible restringir la contratación de objetores de conciencia en servicios de salud pública, la respuesta es positiva. Como se expresó, el Estado tiene la obligación de garantizar la prestación del aborto no punible en las causales previstas en la ley. Según las normas citadas, si bien las personas tienen derecho a oponerse a la realización de dichas prácticas, este derecho no puede obstaculizar por ejemplo el derecho a la salud u otros derechos humanos de las mujeres. Pero además el Estado está obligado por la CEDAW a erradicar toda práctica discriminatoria de los servicios de salud y en este caso, estamos hablando de una práctica que solo afecta a las mujeres y personas gestantes, por lo tanto, su obstrucción resulta un hecho discriminatorio.

Con respecto a la segunda cuestión, de si es posible la objeción de conciencia institucional, en el contexto de una provincia donde el sistema de salud privado alcanza a una gran mayoría de la población, y en relación a una enorme cantidad de ciudadanía, es forzoso(8), entiendo que no. En primer lugar, es discutible el hecho de que las instituciones tengan conciencia, creencias, o moral. En segundo lugar, las normas vigentes no lo permiten para el caso del aborto, y como se dijo estamos frente a un sistema privado donde el universo es limitado. Supongamos que en nuestra provincia todas las clínicas privadas se declararan objetoras de conciencia, (serían estas empresas privadas, objetoras, responsables económicamente de solventar los gastos de la práctica en el sistema público? Entiendo que sería una posible solución(9).

En relación a qué elementos debería tener un esquema institucional de control -y eventualmente sanción- ante la existencia de prácticas obstructoras al

derecho al aborto no punible, es necesario en primera instancia reglamentar un registro de obstructores de conciencia de modo tal que pueda ser invocado de forma previa, y el servicio pueda cubrir la posible vacancia.

Partiendo de la base de que en nuestra provincia ya se encuentra vigente un Protocolo sanitario de aborto no punible, en los casos en que las personas no declaradas objetoras obstruyan u obstaculicen el acceso, deberá promoverse acción sancionatoria por incumplimiento de deberes de funcionario público. Paralelamente, dar una amplia difusión a las personas usuarias del servicio de salud sobre sus derechos, en qué situaciones tienen garantía de acceso y qué deben hacer frente a una obstrucción de modo tal que a través de ellas también se pueda ejercer un control.

5. Conclusión.

Lo expresado en este trabajo intenta realizar un aporte al debate sobre el aborto y la objeción de conciencia en el ámbito de la salud. La realidad indica que aún persisten situaciones en las que se ponen en pugna ambos derechos, generándose en la enorme cantidad de las veces un obstáculo para las mujeres usuarias debido a que aquí se manifiestan una multiplicidad de desigualdades y vulnerabilidades donde prevalece la parte más fuerte.

Resulta fundamental el encuadramiento de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres en general, y del derecho al aborto legal, en particular, en el paradigma de los derechos humanos. Se trata de derechos indisponibles, irrenunciables, imprescriptibles, que los Estados están obligados a garantizar y cuyo incumplimiento acarrea responsabilidad.

Establecer reglas claras, previas y conocidas para todas las partes puede prevenir situaciones de inequidad o de vulneración de derechos. Evitar que frente a un caso determinado se construyan criterios sesgados o parciales que es lo que, en definitiva, perjudica a quien invoca el derecho.

Normas.

-Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (ONU, 1979).

-Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres (OEA, 1994).

-Convención Americana sobre Derechos Humanos, (OEA, 1969).

-Ley N° 25.673 Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable, en el ámbito del Ministerio de Salud. Sancionada: Octubre 30 de 2002.

-Ley N° 26.130 Régimen para las intervenciones de contracepción quirúrgica. Sancionada: Agosto 9 de 2006.

Sentencias.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, (2012), "F., A. L. s/ Medida autosatisfactiva", 13 de Marzo de 2012.

Notas al pie:

1) Boletín Oficial de Salta N° 18797 de fecha 26 de marzo de 2012.

2) Boletín Oficial de Salta N° 20269 de fecha 28 de mayo de 2018.

3) Plantea esta autora que significó un verdadero cambio de paradigma, en el cual el eje de atención deja de estar basado en la sanidad, para pasar a centrarse más en una cuestión de decisión, derechos sobre la propia sexualidad y la autonomía reproductiva.

4) En la Argentina la Convención sobre todas las formas de discriminación hacia la mujer tiene jerarquía constitucional por haber sido incorporada a la Constitución Nacional, art. 72 inc. 22.

5) Considerando 29. "(...). Por otra parte, deberá disponerse un adecuado sistema que permita al personal sanitario ejercer su derecho de objeción de conciencia sin que ello se traduzca en derivaciones o demoras que comprometan la atención de la requirente del servicio. A tales efectos, deberá exigirse que la objeción sea manifestada en el momento de la implementación del protocolo o al inicio de las actividades en el establecimiento de salud correspondiente, de forma tal que toda institución que atienda a las situaciones aquí examinadas cuente con recursos humanos suficientes para garantizar, en forma permanente, el ejercicio de los derechos que la ley le confiere a las víctimas de violencia sexual. " CSJN in re "F., A. L. s/

Medida autosatisfactiva.", 13 de Marzo de 2012.

6) En nuestro ordenamiento jurídico goza de jerarquía constitucional (Art. 75, inc. 22 Constitución Nacional).

7) En el artículo 6 del proyecto "Acceso a la información. En la primera consulta el/la profesional o personal de salud interviniente debe suministrar información sobre los distintos métodos de interrupción del embarazo, los alcances y consecuencias de la práctica y los riesgos de su postergación, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 5 de la presente ley. La información provista debe ser objetiva, pertinente, precisa, confiable, accesible, científica, actualizada y laica de manera tal que garantice la plena comprensión de la persona. El sistema de salud debe garantizar un/a intérprete de la lengua o idioma en la que se comunica la persona que requiere la práctica. En el caso de las personas con discapacidad, se debe proporcionar en formatos y medios accesibles y adecuados a sus necesidades. En ningún caso puede contener consideraciones personales, religiosas o axiológicas de los/las profesionales o personal de salud ni de terceros/as. " Expediente Diputados: 2810-D-2019, ver en <https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=2810-D-2019&tipo=LEY>.

8) Respecto de los/as agentes del estado, la afiliación es forzosa (es decir, no optativa) al Instituto Provincial de Seguros de Salta.

9) En concordancia con la solución que brinda el segundo párrafo del art. 6 de la ley N° 26130 "La existencia de objetores de conciencia no exime de responsabilidad, respecto de la realización de las prácticas requeridas, a las autoridades del establecimiento asistencial que corresponda, quienes están obligados a disponer los reemplazos necesarios de manera inmediata".

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.saij.gob.ar
Fecha: 14 DE SETIEMBRE DE 2020
:
Editorial:

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 11.179 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 3992/84 Art.86, LEY 25.673, LEY 26.130, Ley 23.054, Ley 23.179, Ley 24.632, Decreto 584/2018 de Salta, Decreto 1.170/2012 de Salta
Ref. Jurisprudenciales: "F., A. L. s/ Medida autosatisfactiva", CSJN, 13/03/2012

REF. BIBLIOGRAFICAS

-CASAS, L. (2008), en MOTTA, C. y SAEZ M. (comp.) (2008) La mirada de los jueces. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, American University Washington College of Law, Center for Reproductive Rights.
-COMITÉ PARA LA ELIMINACION DE LA DISCRIMINACION CONTRA LA MUJER (1999) La mujer y la salud: 02/02/99 Recomendación General N° 24, recuperado de <http://prigepp.org>.
-DIEZ FERNANDEZ, J. A. (2010), "Marco jurídico actual de la objeción de conciencia sanitaria", Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época. Vol. 11. 2010 (79-104).
-FULDA, I. (2019), Acceso a la justicia en Derechos Sexuales y Reproductivos Hipertexto] Recuperado del Programa Regional de Formación en Género y Políticas Públicas (PRIGEPP). <http://prigepp.org>.
-HARRIS, L. (2012) "Reconocer las motivaciones de conciencia en la prestación del aborto" N Engl J Med 2012; 367:981-983, Recuperado de https://www.dropbox.com/s/1dqxt2gt4r3mc7h/Harris_Reconocer%20motivaciones.pdf?dl=0.
-NACIONES UNIDAS (1995), Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, El Cairo, 5 a 13 de septiembre de 1994. Nueva York. Recuperado de <http://prigepp.org>.
-RAMÓN MICHEL, A. y ARIZA NAVARRETE, S. (2015), "Objeción de conciencia y aborto. La libertad consciente", recuperado de <http://www.clacaidigital.info/handle/123456789/676>.

Adopción y derecho a la identidad

GUADAGNOLI, ROMINA SOLEDAD

Publicación: Revista de actualidad Derecho de Familia en el Código Civil y Comercial N° 8 ., NOVIEMBRE DE 2018

TEMA

ADOPCION-DERECHO A LA IDENTIDAD

TEXTO

I.- INTRODUCCIÓN:.

En el presente artículo se analizará en particular el derecho a la identidad del niño que es adoptado. No se entrará a indagar en la historia del instituto de la adopción en nuestro país,, los procesos legales de adopción, ni en los tipos de adopción, sino simplemente en la importancia de preservar ante todo el derecho del niño a conocer su identidad.

Para ello se hará un recorrido por lo normado en el Código Civil y Comercial, la Convención Internacional de los Derechos del Niño y la Ley 26.061 de Protección Integral de los Niños, Niñas y Adolescentes.

Seguidamente se analizarán dos fallos para plasmar como ha sido abordada la temática planteada por la jurisprudencia, antes y después de la reforma del Código Civil y Comercial.

Y por último se esbozarán algunas reflexiones finales sobre el tema, el que no pretende ser agotado en estas líneas, sino simplemente abrir el espacio para seguir pensado y planteándonos nuevos interrogante.

II.- SOBRE EL DERECHO A LA IDENTIDAD.

a) Conceptualizaciones:.

La Real Academia española trae las siguientes definiciones para el vocablo identidad:.

1. f. Cualidad de idéntico.
2. f. Conjunto de rasgos propios de un individuo o de una colectividad que los caracterizan frente a los demás.
3. f. Conciencia que una persona tiene de ser ella misma y distinta a las demás.
4. f. Hecho de ser alguien o algo el mismo que se supone o se busca (2).

Las definiciones son claras, y considero que a los fines del presente trabajo la numero 2, 3 y 4 son las que resultan de mayor interés.

Hemos entonces comprendido qué es la identidad, pero nos resta ahora entender qué es el derecho a la identidad.

Para comprender el derecho a la identidad considero más que comprensible la siguiente afirmación:.

"Derechos fundamentales como la libertad, la alimentación, la vivienda digna, el trabajo, la salud, la educación, son fáciles de comprender y apreciar, no requieren de grandes explicaciones para que se entienda su razón. Sin embargo, hay un derecho fundamental que no se ve a simple vista, tal vez porque es tan obvio que pareciera no tener que explicitarse. Es el Derecho a la Identidad: el derecho de cada uno a ser uno mismo, a saber quién es" (3).

De lo antes expuesto surge que la identidad es mucho más que un atributo de la persona que permite su individualización frente a otros, como lo son el nombre, el estado o el domicilio. El derecho a la identidad es un derecho personalísimo. Cabe preguntarnos entonces qué son los derechos personalismos.

Los derechos personalísimos o de la personalidad "constituyen una inconfundible categoría de derechos subjetivos esenciales, que pertenecen a la persona por su sola condición humana y que se encuentran respecto de ella en una relación de íntima conexión, casi orgánica e integral".

Se los ha definido como "derechos subjetivos privados, innatos y vitalicios que tienen por objeto manifestaciones interiores de la persona y que, por ser inherentes, extrapatrimoniales y necesarios, no pueden transmitirse ni disponerse en forma absoluta y radical. Se dijo también de ellos que eran

plurales derechos subjetivos privados, que constituían una especie de los derechos humanos, clasificados y enunciados no de un modo cerrado y taxativo, sino como manifestaciones de las personas que dan cabida a otras, a medida que se van presentando las condiciones para su reconocimiento (4).

La importancia de los derechos personalísimos, en el caso que nos ocupa el derecho a la identidad, ha sido reconocida en tratados internacionales de Derechos Humanos, como lo es la Convención Internacional de los Derechos de los Niños, a la que haremos referencia más adelante.

Y desde la vigencia del nuevo Código Civil y Comercial algunos de los derechos personalismos han sido codificados, reafirmando su importancia y aplicación en la órbita del derecho civil. Así, el artículo 51 de dicho cuerpo normativo expresa: "Inviolabilidad de la persona humana. La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad"(5).

De lo expuesto surge que el derecho a la identidad es un derecho fundamental, un derecho personalísimo y por ello su respeto hace la dignidad de la persona, de modo que en definitiva estamos ante un derecho humano.

Entonces el derecho a la identidad, en tanto derecho humano fundamental debe ser respetado y protegido por todo el ordenamiento normativo.

b) Sobre el carácter dinámico de la identidad:.

No puede negarse que la identidad de la persona, ese derecho a ser uno mismo, se construye a lo largo de toda la vida, y en la relación con los otros, y por eso se dice que la misma tiene un carácter dinámico.

La identidad aparece entonces como un proceso vital que parte desde los orígenes del ser humano, de saber de dónde se viene, del contacto con los más tempranos afectos, se cruza luego con las amistades, los niveles educativos, personas a las que admiramos, temas que nos interesan, lugares, experiencias, entre una diversidad de aspectos.

El párrafo que a continuación transcribo explica el carácter dinámico de la identidad con claridad y solvencia.

"Decimos que la identidad es un proceso porque se reafirma y reestructura a lo largo de toda la vida. Las experiencias de la niñez, los afectos, las relaciones cercanas, las dificultades y las oportunidades forman parte de la construcción de nuestra propia forma de ser. La identidad se va armando a partir de las múltiples identificaciones que tenemos con los otros. Seguramente tenemos rasgos que hemos tomado de otros, pero cuando se incorporan en nosotros, se modifican, se entrelazan con otras características que nos hacen diferentes de los demás. La identidad, no es algo fijo e inmutable sino que se va modificando y entretejiendo a partir de la relación con los otros, se construye dentro de una familia, una comunidad, una nación, e incluye características como la filiación (ser hijo de), el género, la etnia, las opciones culturales, religiosas y políticas, entre otras"(6).

Hay autores que en lugar de referirse a la identidad como un proceso y por ende con un carácter dinámico intrínseco a ella, prefieren hablar de una faz estática y una faz dinámica de la misma, separando y limitando el contenido de ambas faces, los que en definitiva se entrecruzan y fusionan.

"La identidad estática es la que presenta relación con la identidad biológica, el nombre, la nacionalidad, los rasgos físicos y aquellos elementos inalterables de la naturaleza. En tanto, la dinámica es un conjunto de atributos y calificaciones de la persona. Tiene que ver con el desarrollo vital de la misma, con su proyección social; relacionándose con el derecho subjetivo, derecho a la vida, con el derecho personal (Fernández Sessarego, 1992). Toda persona va constituyendo su propia identidad, su completa personalidad, a partir de la fusión e interrelación de ambas, unión que hace que cada sujeto sea uno mismo, configurando su autenticidad e individualidad"(7).

Personalmente prefiero el concepto de identidad como un proceso dinámico, en lugar de hablar de la separación de aspectos estáticos y dinámicos de la identidad. Considero que al hablar de una identidad estática y una identidad dinámica se corre el riesgo de suponer la existencia de dos identidades, cuando la identidad es una sola que se construye desde el inicio y durante toda la vida.

III.- EL DERECHO A LA IDENTIDAD Y LA NIÑEZ EN LA NORMA INTERNACIONAL Y NACIONAL.

Cuando hablamos de derecho a la identidad resulta imposible no hacer aunque sea una breve mención a nuestra historia argentina reciente, ya que "durante el período del Terrorismo de Estado, fue el propio Estado el que violó este derecho a través de un Plan sistemático de sustracción de la identidad de los niños. Este hecho histórico puso en evidencia que el Derecho a la Identidad debía ser explicitado para que fuera considerado un derecho humano fundamental, y por lo tanto, como tal, una responsabilidad de los Estados garantizarlo. Destacamos especialmente entre estos mojones en la tarea de Abuelas por la construcción del derecho a la identidad la incorporación en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, aprobada en 1989 por las Naciones Unidas, de tres artículos llamados los "artículos argentinos", incluidos a instancias de Abuelas. Art 7, 8, y 9 Convención derechos del niño (8).

Demás esta aclarar que cuando el párrafo citado se refiere a las abuelas, hace alusión a las "Abuelas de Plaza de Mayo" quienes lucharon y continúan luchando por la recuperación de sus nietos apropiados durante la última dictadura cívico militar en Argentina, la que tuvo lugar entre 1976 hasta 1983, cuando volvió a instituirse un gobierno democrático. Y el reconocimiento de esa lucha a nivel internacional, sumado a sus incansables esfuerzos por proteger el derecho a la identidad que a tantos niños el propio Estado les había negado, fue el que permitió la existencia en la norma internacional de los artículos que a continuación se analizan.

La Convención sobre los Derechos del Niño surgida de la órbita del sistema internacional de los derechos humanos, data de noviembre de 1989, y es ratificada por nuestro país y por ende incorporada a nuestro orden normativo interno, mediante la Ley 23.849 en septiembre 1990 (9).

Y es necesario recordar aquí que desde el año 1994 con la reforma de nuestra Carta Magna, la Convención de los Derechos del Niño tiene jerarquía constitucional conforme lo normado con el artículo 75 inciso 22 de nuestro texto constitucional.

El artículo 7 de la Convención de los Derechos del Niño dispone que "El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos".

Luego el artículo 8 en su inciso 1 establece: "Los Estados Partes se comprometen a respetar, el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas".

Surge entonces en cabeza de los Estados partes de dicha Convención el compromiso y deber de velar por el respeto al derecho a la identidad de los niños, lo que incluye conocer a sus padres y ser criados por ellos, claro que 'en la medida de lo posible' según indica el artículo 7, lo que supone la existencia de circunstancias excepcionales en las que el niño no permanecerá junto a sus progenitores, lo que ocurre por ejemplo en los procesos de adopción.

Por último el artículo 9, que integra junto a los otros dos antes transcriptos los conocidos como "artículos argentinos" de la Convención, expresa:

1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.

3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona

esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.

Si bien la norma transcrita es clara realizaré algunas consideraciones a los fines de puntualizar algunos aspectos del tema que nos ocupa.

El inciso 1 indica que el niño solo podrá ser separado de sus padres cuando la autoridad competente así lo determine en aras del interés superior del niño, concepto éste sobre el que volveremos más adelante.

Situaciones de maltrato o descuido de los progenitores al niño habilitarán que éste pueda de ser separado de aquellos, y la adopción aparecerá entonces como una posibilidad.

El inciso 2 refiere a la necesaria participación y manifestación de la opinión de los interesados, esto será en el caso de la adopción por ejemplo los progenitores y familiares biológicos del niño, los pretendidos adoptantes, pero también y sobre todo, del niño que de acuerdo a lo establecido por la misma Convención tiene el derecho a ser oído.

El inciso 3 hace mención a asegurar el contacto y vínculo del niño con el progenitor no conviviente. Y por último el inciso 4 refiere a situaciones donde es el mismo Estado quien es el único responsable en la separación del niño de uno o ambos de sus progenitores y la consecuente obligación de proporcionar información sobre el paradero de los mismos al niño y/o a sus familiares.

No obstante la plena vigencia en nuestro derecho interno de la normativa internacional antes citada desde su ratificación por nuestro país en 1990 y posterior jerarquización constitucional en el año 1994, en el año 2005 y a los fines de adaptar todo el orden normativo nacional a la manda internacional, se sanciona la Ley 26.061 de Protección Integral de la Niñez. Comenzaba entonces un lento proceso de cambio de paradigma para dejar de considerar al niño como un objeto de protección y tutela, para inscribirlo en la norma como un sujeto de derechos.

El artículo 11 de la Ley 26.061 se ocupa específicamente del derecho a la identidad y en un sentido similar a lo expresado en los artículos 7, 8 y 9 de la Convención de los Derechos del Niño, expresa: "Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a un nombre, a una nacionalidad, a su lengua de origen, al conocimiento de quiénes son sus padres, a la preservación de sus relaciones familiares de conformidad con la ley, a la cultura de su lugar de origen y a preservar su identidad e idiosincrasia, salvo la excepción prevista en los artículos 327 y 328 del Código Civil"(10).

A los fines de la comprensión de la norma antes transcrita recordemos que los artículos 327 y 328 del Código Civil que nos rigió hasta agosto de 2015, había sido incorporado al mismo por la Ley 24.779 en el año 1997. El artículo 327 planteaba que luego de la adopción plena resultaba inadmisibles el reconocimiento del adoptado por sus padres biológicos y el ejercicio del adoptado de la acción de filiación respecto de aquellos. Por su parte, el artículo 328 establecía que solo a partir de sus dieciocho años de edad el adoptado tenía derecho a conocer su realidad biológica y a acceder a esos fines al expediente judicial de adopción (11).

De forma tal que el pleno respeto del derecho a la identidad reconocido por la Convención de los Derechos del Niño, solo le era reconocido al niño adoptado al cumplir éste sus dieciocho años, es decir cuando en los términos de la misma Convención dejaba de ser niño. Y si se trataba de una adopción plena las dificultades para acceder a su identidad eran aún mayores. Por ello resultará interesante el análisis de un fallo judicial de este momento normativo, el que se realiza más adelante en este trabajo.

El párrafo segundo y tercero del artículo 11 refieren a la necesaria colaboración de los organismos correspondientes del Estado en la búsqueda de información a los fines de facilitar "el encuentro y el reencuentro familiar" de los niños. A su vez destaca el derecho del niño a conocer a sus padres biológicos y a desarrollarse en su familia de origen, y mantener contacto con el progenitor no conviviente.

Y el último párrafo de dicho artículo es el que alude a circunstancias que

hacen imposible la permanencia del niño con su familia de origen y por ende a que aparezca una familia adoptiva: "Sólo en los casos en que ello sea imposible y en forma excepcional tendrán derecho a vivir, ser criados y desarrollarse en un grupo familiar alternativo o a tener una familia adoptiva, de conformidad con la ley".

Excede a los fines del presente trabajo analizar los procedimientos que los organismos administrativos creados en el marco de dicha norma pueden disponer para proteger el interés superior del niño, pero sí es necesario tener en cuenta que solo en el marco de medidas excepcionales de protección se habilita la separación del niño de su familia biológica.

IV.- SOBRE LA FINALIDAD DEL INSTITUTO DE ADOPCIÓN Y EL ESTADO DE ADOPTABILIDAD:.

Previo a adentrarnos en el análisis de las normas del Código Civil y Comercial que refieren al derecho a la identidad y el proceso de adopción, es necesario conocer cuál es la finalidad del instituto de la adopción. Es necesario saber cuáles son los motivos que habilitan que un niño no sea criado por su familia de origen, aquella que inicia el proceso dinámico de construcción de su identidad, y sea dado en adopción por decisión de la justicia.

Y el artículo 594 del Código Civil y Comercial al definir la institución indica cuál es la finalidad de la misma.

"La adopción 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 éstos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen.

La adopción se otorga sólo por sentencia judicial y emplaza al adoptado en el estado de hijo, conforme con las disposiciones de este Código" (12).

De la simple lectura del artículo transcrito surge que la finalidad de la adopción es que el niño viva y se desarrolle en una familia que cubra sus cuidados atinentes a las necesidades afectivas y materiales, cuando por alguna razón los mismos no le puedan ser dados por su familia de origen.

Las circunstancias por las que la familia de origen del niño no le puede proporcionar sus cuidados son diversas, pero el hecho de que el niño sea declarado en estado de adoptabilidad, más allá de esas circunstancias diversas, siempre obedece al interés superior del niño.

Profundizando en la finalidad de la adopción es interesante considerar que según surge del mismo artículo 594 del Código Civil y Comercial "este instituto se regula para garantizar el derecho a vivir en familia de aquellos niños, niñas y adolescentes que no tienen garantizado su desarrollo en condiciones favorables en su núcleo familiar de origen. Se abandona así desde la letra de la ley la arraigada concepción de que la adopción es un medio para proveer de hijos a personas o parejas que carecen de descendencia, y de ese modo se coloca en el centro de la escena a aquellos a quienes el derecho habrá de proteger en sus derechos"(13).

Y hablamos de estado de adoptabilidad porque justamente su declaración es el punto de partida para que un niño sea adoptado.

Así el artículo 597 al identificar las personas que pueden ser adoptadas indica en su primer párrafo: "Pueden ser adoptadas las personas menores de edad no emancipadas declaradas en situación de adoptabilidad o cuyos padres han sido privados de la responsabilidad parental"(14).

Más adelante en el articulado se mencionan los supuestos en los cuales procede la declaración del estado de adoptabilidad, y se habla de declaración judicial, con lo cual no queda lugar a dudas de que la misma es consecuencia de un proceso y decisión de la justicia.

Los supuestos normados contemplan las circunstancias diversas por las que un niño no puede ser procurado de sus cuidados por la familia de origen. El artículo 607 dispone:.

La declaración judicial de la situación de adoptabilidad se dicta si:.

a) un niño, niña o adolescente no tiene filiación establecida o sus padres han fallecido, y se ha agotado la búsqueda de familiares de origen por parte del organismo administrativo competente en un plazo máximo de treinta días, prorrogables por un plazo igual sólo por razón fundada;.

b) los padres tomaron la decisión libre e informada de que el niño o niña sea adoptado. Esta manifestación es válida sólo si se produce después de los cuarenta y cinco días de producido el nacimiento;.

c) las medidas excepcionales tendientes a que el niño, niña o adolescente permanezca en su familia de origen o ampliada, no han dado resultado en un plazo máximo de ciento ochenta días. Vencido el plazo máximo sin revertirse las causas que motivaron la medida, el organismo administrativo de protección de derechos del niño, niña o adolescente que tomó la decisión debe dictaminar inmediatamente sobre la situación de adoptabilidad. Dicho dictamen se debe comunicar al juez interviniente dentro del plazo de veinticuatro horas.

La declaración judicial de la situación de adoptabilidad no puede ser dictada si algún familiar o referente afectivo del niño, niña o adolescente ofrece asumir su guarda o tutela y tal pedido es considerado adecuado al interés de éste.

El juez debe resolver sobre la situación de adoptabilidad en el plazo máximo de noventa días (15).

El inciso a) se refiere a un niño que no tiene filiación conocida, y podríamos pensar en situaciones de niños abandonados por sus progenitores. O bien los progenitores han fallecido. Y en ambos supuestos se han vencido los plazos previstos para proceder a la búsqueda de la familia de origen.

En el inciso b) los progenitores son conocidos, es decir hay certeza de la familia de origen, pero éstos manifiestan expresamente y de forma libre su voluntad de que el niño sea adoptado.

Considero necesario hacer algunas salvedades o aclaraciones en relación a este inciso que me genera algunas dudas y temores.

Si bien la norma aclara que la manifestación de los padres solo será válida si se produce luego de los cuarenta y cinco días del nacimiento del niño, lo que obedece seguramente a un tiempo prudencial para que los padres puedan adaptarse a la nueva realidad que implica la aparición de un nuevo ser en sus vidas, hay un punto que me genera dudas.

Se habla de una decisión libre e informada de los padres, y me ocuparé de la expresión "libre" que es donde centro mis dudas o mejor dicho mis interrogantes.

(Es realmente libre la decisión de un/a progenitor/a de dar en adopción a su hijo?.

Quisiera tener la respuesta a tan interrogante, pero ello no es así. Sin embargo, no puedo dejar de exponer que al menos no en todos los casos existirá tal libertad, ya que hay contextos sociales, culturales y económicos que podrían incidir en la libertad de dicha decisión.

Por último el inciso c, al referirse a la falta de funcionamiento de las medidas excepcionales para que el niño permanezca en su familia de origen, las mismas deben ser entendidas a la luz de las Leyes de Protección Integral de la Niñez, Ley Nacional 26.061 y las correspondientes a cada provincia, que establecen los organismos administrativos que en cumplimiento de la norma internacional velaran por el interés superior del niño. Dicho organismo será el Consejo de Derechos de Niños, niñas y adolescentes en el caso de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y el Servicio Local de Niñez y los servicios zonales respectivos en el caso de la provincia de Buenos Aires. Y claramente excede a los fines de este trabajo realizar un análisis de dicha normativa.

V.- EL DERECHO A LA IDENTIDAD Y LA ADOPCIÓN EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL:.

En primer lugar es importante señalar que los artículos del Código Civil y Comercial que refieren al derecho a la identidad se encuentran ubicados de forma previa a diferenciar los tipos de adopción en plena, simple e integrativa, por ello no puede quedar lugar a dudas que el mismo debe ser respetado más allá del tipo de adopción del que se trate.

Así, el artículo 595 del Código Civil y Comercial refiere a los principios generales de la adopción, sin distinguir el tipo de adopción del que se trate, y expresa: La adopción se rige por los siguientes principios:.

a) el interés superior del niño;.

b) el respeto por el derecho a la identidad;.

c) el agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada;.

d) la preservación de los vínculos fraternos, priorizándose la adopción de grupos de hermanos en la misma familia adoptiva o, en su defecto, el mantenimiento de vínculos jurídicos entre los hermanos, excepto razones

debidamente fundadas;

e) el derecho a conocer los orígenes;

f) el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez, siendo obligatorio requerir su consentimiento a partir de los diez años (16).

La enumeración de los principios es contundente.

El inciso a menciona al interés superior del niño, el cual aparece como principio rector de todo proceso donde estén involucrados niños, el que nos viene dado por la ratificación y jerarquía constitucional de la Convención internacional de los derechos de los niños.

Ahora bien, el interés superior del niño es un principio que repetimos y repetimos, pero no estoy segura de que siempre tengamos claro cuál es el contenido del mismo, pero debemos saber que es mucho más que una linda frase. Podríamos ocupar aquí largas páginas intentando desentrañar el contenido del mismo, pero a los fines de la brevedad me quedaré con la siguiente definición que surge de un trabajo muy interesante, cuya lectura recomiendo, que bucea sobre definiciones de dicho principio en la norma internacional, la doctrina, las sentencias y en entrevistas con jueces de familia.

"El ISN (Interés Superior del Niño) es un concepto que si bien debe ser evaluado para cada caso en concreto (como han sostenido los jueces en las entrevistas) debe abarcar todos los derechos del niño en cuanto él es un sujeto de derechos. El ISN está vinculado con necesidades psicológicas, educativas, sociales, jurídicas, medio ambientales y de recursos del niño y para el niño. Estas necesidades son derechos incorporados en los "Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos" y en la Constitución Nacional (que los recepciona), además en las legislaciones nacionales"(17).

Y justamente porque dicho principio debe ser evaluado en cada caso concreto, es interesante conocer y profundizar cómo se considera el mismo en las situaciones que nos ocupan. En ese sentido el Dr. Pettigiani, Juez de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, ha dicho que "Probablemente sea en los juicios de adopción donde el particularismo de cada situación cobra mayor entidad, y el juego del interés superior del menor tiene un mayor ámbito de aplicación, entendido como el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona y los bienes de un menor dado, y entre ellos el que más conviene en una circunstancia histórica determinada, analizada en concreto, ya que no se concibe un interés del menor puramente abstracto, excluyendo toda consideración dogmática para atender exclusivamente a las circunstancias particulares que presenta cada caso"(18).

Luego, el inciso b de la norma refiere al respeto al derecho a la identidad, pero más adelante el inciso e postula el derecho a conocer los orígenes.

Cabría preguntarse entonces por qué se hace esta distinción entre respeto al derecho a la identidad y el derecho a conocer los orígenes, ya que conforme a lo expuesto al explicar el carácter dinámico de la identidad, el conocimiento de los orígenes es parte de la identidad. Quizá la distinción obedezca a considerar como lo hacen algunos autores que existe una identidad estática, donde entraría el derecho a conocer los orígenes, y una identidad dinámica donde se incluirían otros aspectos.

Pero posiblemente esta distinción se realice porque el respeto al derecho a la identidad del niño es mucho más que el derecho a conocer los orígenes. Es decir, no basta con que el niño adoptado conozca que tiene un origen biológico diferente a sus adoptantes, ni siquiera quizá con que conozca los nombres de sus progenitores biológicos, ya que ello sería solamente relevar datos vacíos de contenido que no ayudarían a la construcción y respeto de su identidad.

Así "el acceso a la información acerca de la no descendencia biológica entre el niño y sus adoptantes también es insuficiente porque se reduce solo a un dato genético. La indagación sobre la identidad personal trasciende ese límite, siendo muchas veces necesario para el adoptado investigar otros aspectos de su biografía. Es posible que su madurez sea suficiente para indagar y permitirle conocer los antecedentes administrativos y judiciales que concluyeron con su inserción en una familia distinta a la de origen sin tener que esperar a la edad de 18 años para acceder al expediente de adopción, y a otra información relevante que conste en legajos administrativos o judiciales. A eso apunta la consagración de este principio, cuya función integradora y compensadora para los supuestos de lagunas legales o contradicciones entre derechos de igual envergadura emerge con fuerza"(19).

Luego el inciso d al referirse a la preservación de los vínculos fraternos, claramente es una derivación del derecho a la identidad, ya que ésta se construye con el otro, ese otro que tiene el mismo origen y pasado. Y nadie puede desconocer la importancia de desarrollarse junto a sus hermanos y lo traumático que resulta para un niño ser separado de ellos.

Por último el inciso f se refiere a otro principio fundamental en todo proceso donde estén involucrados niños, y que surge también de la Convención Internacional de los Derechos de los niños. Me refiero al derecho de los niños a ser oídos. Pero en virtud de la capacidad progresiva de los menores de edad incorporada con el Código Civil y Comercial vigente desde agosto de 2015, además de ser oídos, su opinión deberá ser tenida en cuenta.

Así el artículo 26 del Código Civil y Comercial es claro al señalar: "La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona"(20).

De esta forma "El interés superior del niño y la autonomía progresiva como principios generales se engarzan y deben ser contemplados por el intérprete al analizar las pretensiones vinculadas con la construcción o reconstrucción de la identidad de la persona menor de edad" (21).

Luego de enumerarse los principios que deberán guiar todo proceso de adopción, el artículo siguiente, el 596, se refiere específicamente y profundiza sobre uno de estos principios, el derecho a conocer los orígenes.

La norma, retomando la novedad del Código Civil y Comercial de la capacidad progresiva de los menores de edad establecida en el artículo 26, expresa que "El adoptado con edad y grado de madurez suficiente tiene derecho a conocer los datos relativos a su origen y puede acceder, cuando lo requiera, al expediente judicial y administrativo en el que se tramitó su adopción y a otra información que conste en registros judiciales o administrativos"(22).

Entonces, mientras el artículo 328 del Código Civil derogado permitía al adoptado acceder a conocer su realidad biológica recién a partir de sus dieciocho años, la norma actual no pone un límite etario sino que obliga a considerar en el caso concreto si el niño tiene el grado de madurez suficiente.

"En función de que se trata de un derecho personalísimo cuyo ejercicio no puede sujetarse a una edad que se determina arbitrariamente, aunque sea ella razonable. Cada niño y su historia, su contexto, su desarrollo madurativo con los aportes de la familia adoptiva, son diferentes; rasar esa dinámica vital imponiendo una edad cuando tal vez la necesidad de acceder al conocimiento y toda la verdad sobre la biografía le sean necesarios antes, era una decisión más gravosa. En definitiva, la norma en comentario se ajusta por su amplitud a los principios "pro hominis" y "pro minoris" que informan el análisis de los derechos humanos. La evaluación de la madurez para el acceso es el verdadero límite legal, el más razonable y el más respetuoso de la dignidad personal del hijo adoptivo.

La tarea consistirá en evaluar si el niño o adolescente, de conformidad con la edad que tenga pero valorada conjuntamente con la madurez, la reflexión, la necesidad manifestada, y con intervención de profesionales aptos para acompañar la inquietud, está en condiciones de tomar conocimiento de los antecedentes biográficos que hacen a su identidad" (23).

Además mientras el artículo 328 hablaba de "conocer la realidad biológica", la norma en estudio establece el "derecho a conocer los datos relativos a su origen", lo que aparece como mucho más acertado ya que "Las personas menores de edad que son adoptadas no tienen únicamente realidad biológica, sino una biografía y acontecimientos históricos que conforman su historia, incluidos en el término ampliado de "orígenes" (24).

Sin embargo, la nueva norma, más allá de incorporar la expresión "origen" la que conforme lo antes referido es más amplia, garantiza simplemente al acceso y derecho a la información del adoptado sobre sus orígenes, existentes en los expedientes judiciales y administrativos. De hecho la norma refiere a "datos

relativos a su origen", y no puede desconocerse que el respeto al derecho a la identidad y el derecho a conocer los orígenes trasciende el coleccionar datos.

Por otra parte, debo destacar que la norma derogada solo tenía en cuenta la posibilidad de acceso al expediente judicial, cuando mucha información inherente al niño y a su familia de origen quedarán registradas en las intervenciones administrativas previas de los organismos de protección, con lo cual la referencia a dichos expedientes administrativos en la nueva norma es de vital importancia para lograr una reconstrucción completa del origen del niño y las circunstancias de su adopción.

Pero veamos lo que sigue expresando la norma citada, que en su segundo párrafo expresa: "Si la persona es menor de edad, el juez puede disponer la intervención del equipo técnico del tribunal, del organismo de protección o del registro de adoptantes para que presten colaboración. La familia adoptante puede solicitar asesoramiento en los mismos organismos"(25).

Aquí se menciona el necesario acompañamiento profesional especializado, tanto para el adoptado como para la familia adoptante, en todo el proceso tendiente a conocer los orígenes. Por la importancia que requiere el acompañamiento del niño en esta etapa resulta vital que los organismos correspondientes cuenten con los recursos requeridos para poder realizar el mismo, esto es el personal especializado, pero también la cantidad correspondiente de personal, porque lamentablemente es una realidad que los organismos de protección de los niños, como el Consejo de Derechos de Niños, Niñas y adolescentes de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, como así también los Consejos Locales y Zonales de Niñez de la provincia de Buenos Aires se encuentran colapsados, con poco personal y sin poder dar respuestas ni real protección a los niños.

Continúa expresando el artículo 596 que "El expediente judicial y administrativo debe contener la mayor cantidad de datos posibles de la identidad del niño y de su familia de origen referidos a ese origen, incluidos los relativos a enfermedades transmisibles. " Nuevamente aquí se hace referencia a la necesidad de información sobre los orígenes del niño, es decir "datos", que deben ser partes de los expedientes de adopción, tanto judiciales como administrativos.

El párrafo siguiente de la norma en análisis postula que "Los adoptantes deben comprometerse expresamente a hacer conocer sus orígenes al adoptado, quedando constancia de esa declaración en el expediente"(26).

La norma hace referencia entonces a una obligación de hacer que asumen los adoptantes en favor del niño, la que quedará consignada en el expediente. Y cabría preguntarse qué consecuencias traería para los adoptantes el incumplimiento de la obligación asumida, ya que la norma transcripta nada dice al respecto. Sin embargo, el incumplimiento de una obligación en nuestro sistema normativo trae aparejada consecuencias.

Si bien en la actualidad está generalizada e instalada la idea de la importancia de relatar la verdad sobre el origen adoptivo del vínculo filial, lo cierto es que no existía ni existe norma alguna que sancione el incumplimiento de los adoptantes del compromiso de develar el soporte biológico del vínculo. El mantenimiento de la obligación de hacer conocer al hijo adoptivo su origen no biológico sin consecuencias jurídicas expresas para los adoptantes, está dado por la imposibilidad de controlar el cumplimiento del deber y lo inadecuado de establecer un tiempo específico para hacerlo. Pero también, porque importaría un voto de desconfianza presumir que el secreto será lo que primará, cuando la modalidad del emplazamiento filial adoptivo en nuestro país es judicial, y generalmente es acompañada por la sociabilización del hecho con parientes y amigos de la familia.

La identidad -en su faz dinámica- está atravesada por múltiples factores y cada familia adoptante deberá regular con madurez el cómo y el cuándo contar al hijo la verdad del emplazamiento, si es necesario, con soportes terapéuticos adecuados (27).

Es posible entonces que hubiese sido conveniente disponer una consecuencia jurídica directa a los adoptantes por el incumplimiento del compromiso asumido, pero debo confesar que no puedo considerar ahora cuál debiera haber sido dicha sanción, y quizá por ello "En este punto es mucho más saludable un

trabajo preventivo y contextualizado durante la etapa evaluativa a cargo de los registros de pretensos adoptantes, que una sanción legal ante un posible incumplimiento, reducido en cuanto a posibilidad de que se produzca por el avance que la sociedad tuvo en cuanto al derecho a la verdad del origen de las filiaciones" (28).

Por último, la norma en su último párrafo otorga al adoptado desde que es adolescente, es decir desde sus trece años de edad -según lo previsto en el artículo 25 del Código Civil y Comercial- una acción autónoma a los fines de conocer los orígenes, y para ejercerla deberá contar con asistencia letrada.

La norma expresa: "Además del derecho a acceder a los expedientes, el adoptado adolescente está facultado para iniciar una acción autónoma a los fines de conocer sus orígenes. En este caso, debe contar con asistencia letrada" (29).

En relación a la asistencia letrada, no está demás referir que el acceso a la misma no deberá ser un obstáculo para el ejercicio de esta acción, en tanto el mismo artículo 26 del Código Civil y Comercial contempla la figura del abogado del niño al expresar "En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada" (30).

Pero aun antes de la vigencia del nuevo Código Civil y Comercial, la Ley Nacional 26.061 de Protección Integral de la Niñez, en su artículo 27, que refiere a las garantías mínimas de los procedimientos judiciales y administrativos, contemplaba en su inciso c el derecho del niño "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" (31).

Es importante señalar que "Dicha garantía a su vez posibilita el cumplimiento de otras garantías mínimas previstas en el mismo texto legal que se refieren al derecho del niño/a y adolescente a ser oído y a que sus opiniones sean tenidas primordialmente en cuenta conforme a su madurez y desarrollo, debiendo participar activamente en dicho proceso. La efectivización de esa garantía es responsabilidad del Estado, el cual debe adoptar una serie de medidas a tal fin" (32).

La provincia de Buenos Aires, en el año 2013, y en cumplimiento con lo dispuesto en la norma internacional y nacional antes referida en relación al derecho del niño a ser oído en todo procedimiento judicial y a su asistencia letrada, sanciona la ley 14.568, que en su artículo primero establece: "Cumpliendo lo establecido por el Artículo 12, incisos 1) y 2) de la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, Artículo 8° del Pacto de San José de Costa Rica y del artículo 27 de la Ley 26.061, créase en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires la figura del Abogado del Niño, quien deberá representar los intereses personales e individuales de los niños, niñas y adolescentes legalmente ante cualquier procedimiento civil, familiar o administrativo que los afecte, en el que intervendrá en carácter de parte, sin perjuicio de la representación promiscua que ejerce el Asesor de Incapaces.

En los procedimientos indicados en el párrafo precedente, será obligatorio informar al niño, niña y adolescente de su derecho a ser legalmente representado por un Abogado del Niño".

Se crea entonces conforme lo previsto por dicha norma en su artículo segundo el Registro Provincial de Abogados del Niño en el ámbito del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires. Es así como cada Colegio de Abogados Departamental lleva dicho registro integrado por abogados y abogadas especializados en derechos del niño, debiendo acreditar dicha formación.

Y como es evidente que los niños no pueden hacer frente al pago de honorarios que devenga toda actuación profesional, el artículo quinto de la norma establece que el Estado Provincial se hará cargo de los pago de los mismos (33).

Pero es necesario aclarar que si bien la ley citada en relación al abogado del niño en la provincia de Buenos Aires data del año 2013, la misma fue reglamentada recién en el año 2015, con lo cual más allá de señalar la dilación del Estado Provincial en el cumplimiento de sus obligaciones, quizá sea aun temprano para conocer los alcances y aplicación de dicha figura.

Podrá el niño desde sus trece años, es decir el adolescente, entonces ejercer la acción autónoma referida en el artículo 596 del Código Civil y Comercial

con asistencia letrada gratuita, conforme lo antes descripto en la norma nacional y provincial citada.

Nos queda ahora preguntarnos contra quiénes procederá dicha acción, es decir quiénes serán los legitimados pasivos de la misma.

Pues bien, la acción podrá ejercerse "contra sus progenitores biológicos, ascendientes o hermanos sin consecuencia jurídica alguna para el vínculo filial adoptivo".

Se trata entonces de una acción tendiente a que el niño pueda reunir los datos e información que le faltan sobre su origen, ya sea porque no pueda completar su historia con los datos de los expedientes judiciales y administrativos, porque fue adoptado solo con filiación materna y tiene sospechas de quién puede ser su progenitor, o porque los adoptantes no puedan suministrarle la información que requiere, entre diversos motivos.

"En definitiva, la acción de acceso al origen contempla: a) un derecho a la información subdividido en: 1) deber de ser informado sobre el origen no biológico, a cargo de los adoptantes y sin más límite que la edad y madurez del niño o niña; 2) deber de ser informado sobre las circunstancias de la adopción o la existencia de parientes biológicos, esta obligación recae en los organismos estatales. b) Un derecho a la registración fidedigna que persigue integrar todos los aspectos de la identidad si no hubo reconocimiento de ambos progenitores, o si existen hermanos, o determinar los ascendientes biológicos para: 1) demostrar la existencia de impedimentos matrimoniales; 2) completar la historia vital; 3) reclamar derechos alimentarios o sucesorios, sin afectar los efectos de la adopción plena, en cuyo caso se aplica el art. 624 CCyC" (34).

VI.- DERECHO A LA IDENTIDAD Y ADOPCIÓN EN LA JURISPRUDENCIA:.

A continuación se destacan dos fallos referidos al tema en estudio, para clarificar en casos concretos como se ha considerado jurisprudencialmente el respeto al derecho a la identidad en la adopción.

Dado lo reciente de la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial, que si bien data de agosto de 2015, para la evolución del derecho y la jurisprudencia es aún poco tiempo, el primer fallo que se analiza es previo a la entrada en vigencia del nuevo Código, pero su contenido lo considero aun trascendente, ya que ubica con jerarquía constitucional el respeto del derecho a la identidad del niño adoptado.

Recomiendo la íntegra lectura del fallo, pero es interesante realizar una breve reseña del caso allí resuelto. Se trataba de un niño cuya madre biológica había fallecido, y había sido dado en adopción. En el proceso de adopción se hace presente un señor que manifiesta haber mantenido una relación con la madre biológica del niño, solicita se autorice un examen de ADN para comprobar que se trataba de su hijo, y sin oponerse a la adopción otorgada, pide "un proceso de revinculación con su hijo y la conformación de un "triángulo adoptivo" en el cual el niño, el peticionante y los padres adoptivos comiencen a entablar algún tipo de relación que continúe hasta la mayoría de edad".

Ello es negado por el Tribunal de Menores y confirmada dicha negación por la Cámara de Apelaciones en lo Civil de San Isidro, donde tramitaba el proceso de adopción, quien consideró entre otros aspectos que "después de acordada la adopción plena no es admisible el reconocimiento del adoptado por sus padres biológicos, ni el ejercicio por éste de la acción de filiación respecto de aquellos, con la sola excepción de la que tuviese por efecto la prueba del impedimento matrimonial y que no era posible la promoción de acción de filiación alguna respecto del niño y que disponer lo contrario sería precarizar el estado filiatorio obtenido mediante sentencia de adopción plena, la que en principio es irrevocable y confiere una filiación que sustituye la de origen".

Así las cosas el caso llega a la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, que con el voto del Dr. De Lazzari consideró que "A la luz de las directivas que emanan de la Constitución nacional luego de la reforma de 1994 y su inmediata operatividad, la cuestión del derecho a la identidad del niño en relación a la adopción plena sólo puede resolverse a favor de permitir al mismo acceder a su verdad personal. No resulta razonable que el conocimiento sobre el origen (la "realidad biológica"), sea privativo de la adopción simple (art. 336, C.C.) y que la plena tenga, por definición, obstaculizada una indagación de esta naturaleza.

El interés superior del menor (arts. 3, C.D.N. y 321 inc. i del C.C.)

enmarcado en el derecho a conocer su identidad (art. 8, párrafo 1° de la C.D.N.) tiene así jerarquía constitucional (arts. 33 y 75 incs. 22 y 23, C.N.) y define la controversia normativa, esta falsa dicotomía, en el sentido señalado".

Reitero que el fallo es de fecha anterior a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial,, el que como vimos define los principios que rigen el proceso de adopción y dentro de estos el respeto al derecho a la identidad y el derecho a conocer los orígenes, antes de adentrarse en los tipos de adopciones, con lo cual zanja toda posibilidad de discusión respecto a su aplicación respecto a la adopción plena.

Pero cuando dicha discusión aún no estaba zanjada, y como surge del fallo transcripto en su parte pertinente, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires por imperio de lo dispuesto por el orden constitucional y convencional, consideraba que el respeto al derecho a la identidad debía aplicarse también a la adopción plena.

De esta forma el Dr. De Lazzari propone que "los autos deberán volver a la instancia de grado para que en virtud de lo aquí expuesto se practique la prueba biológica que se solicitara al efecto de verificar el vínculo sanguíneo del menor Á. D. R. con el señor L. V. como cuestión previa y necesaria para que el mismo adquiriera legitimación en este reclamo y así, una vez dilucidada esta cuestión previa, se pondere la posibilidad de revinculación con el niño, teniéndose en cuenta su opinión en función de su edad y grado de madurez (arts. 5 y 12, C.D.N.) bajo un estricto análisis de las eventuales consecuencias que de la misma pueden desprenderse siempre que ello sea beneficioso para el adoptado y los demás involucrados"(35).

Ello fue compartido por el resto de los integrantes del supremo tribunal y se resolvió que "se revoca la sentencia impugnada, debiendo volver los autos a la instancia de grado para que se practique la prueba biológica que se solicitara al efecto de verificar el vínculo sanguíneo del menor Á. D. R. con el señor L.V., y en su caso, acreditado el mismo, se analice -eventualmente- la posibilidad de que el peticionante se revincule con el menor".

Una vez vigente el nuevo Código Civil y Comercial el derecho a conocer los orígenes adquiere mayor relevancia por la redacción y ubicación de la nueva norma, que replica en el orden interno y en la normativa específicamente civil, la importancia de respetar el derecho a la identidad y el derecho a conocer los orígenes del niño adoptado. Así, se ha resuelto que.

"En materia de adopción, el derecho a conocer los orígenes ocupa un lugar de indudable relevancia, a tal punto que el Código Civil y Comercial de la Nación lo menciona -en el art. 595 inc. e.- dentro de la enumeración de principios sobre los cuáles debe entenderse edificado el régimen adoptivo. A su vez, en el art. 596 el nuevo ordenamiento no sólo reconoce el ejercicio del derecho a conocer los orígenes por parte del adoptado, desde que éste cuente con edad y grado de madurez suficiente, sino que además profundiza sobre el rol de la familia adoptiva en la satisfacción de este derecho fundamental" (36).

Y me interesa aquí hacer mención a la consideración especial que se otorga al rol de la familia adoptiva en la satisfacción del derecho a la identidad del niño. Recordemos que el artículo 596 del Código Civil y Comercial en relación al rol de la familia adoptiva en este asunto expresa que "Los adoptantes deben comprometerse expresamente a hacer conocer sus orígenes al adoptado, quedando constancia de esa declaración en el expediente".

Considero que el compromiso asumido por los adoptantes solo se satisface actuando como intermediadores activos de este proceso, que faciliten, pero también que habiliten, el conocimiento de los orígenes del niño.

VII.- CONCLUSIONES:.

El interés superior del niño es el principio rector que debe guiar todo proceso de adopción. Y en cumplimiento de este principio debe respetarse el derecho del niño a su identidad.

No puede desconocerse que el derecho a la identidad del ser humano es mucho más profundo y complejo que el conocer sus orígenes y seguramente no basta con que el niño conozca cuál es su origen para respetar este derecho. Sin embargo, los artículos 595 y 596 del Código Civil y Comercial implican un gran avance al asegurar la plena vigencia del derecho a la identidad y del conocimiento de los orígenes para los niños adoptados, cualquiera sea el tipo

de adopción que se trate, resaltando la importancia de respetar este derecho en todo el proceso judicial y administrativo. Y es un avance que tanto en el procedimiento judicial como en el administrativo deba resguardarse y conservarse la información del niño relacionada con su origen, a la que éste podrá acudir para bucear en su identidad.

Es importante entender que un niño adoptado no tiene dos identidades, en tanto más allá de existir una familia biológica de origen y una familia adoptiva de crianza, es decir progenitores biológicos y progenitores adoptivos, la identidad de ese niño no admite tal dualidad, sino que es una sola, un proceso dinámico que inicia desde sus orígenes y se consolida en la interrelación con los otros. Por ello, entender a la identidad como un proceso dinámico de construcción en las distintas etapas de la vida no es lo mismo que suponer que el niño tiene dos identidades.

Y de la misma forma que el niño será el mismo antes y después de la adopción, también será la misma su identidad, entendida esta no como un atributo de la persona sino como un derecho personalísimo que hace a la dignidad de la persona humana, un derecho humano.

Negar la identidad completa del niño es revictimizarlo, condenarlo a no ser. Y por ello, el compromiso que la norma pone en cabeza de los adoptantes de hacer conocer al niño sus orígenes, resulta vital en aras del interés superior del niño. Aunque quizá la omisión de consignar en la norma una consecuencia jurídica directa por el incumplimiento de dicho compromiso impida que el mismo adquiera la relevancia legal necesaria, si bien entiendo que dicha omisión obedece a la dificultad de considerar una sanción viable y adecuada por dicho incumplimiento.

Notas al pie:.

1) Abogada egresada de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora. Diplomada en Ciencias Sociales con mención en Género y Políticas Públicas (FLACSO). Diplomada en Prevención y Tratamiento de la Violencia (UBP). Integrante del Centro de Estudios e Investigación de la Mujer "Elvira Rawson" de San Nicolás (CEIM). Miembro de la Red de Monitoreo de Políticas Públicas para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres de la Provincia de Buenos Aires. Docente de Derecho y Derecho Laboral en la Tecnicatura en Administración Contable del ISFT N° 38, San Nicolás. Ex Integrante de la Comisión Nacional de Jóvenes Abogados de la Federación Argentina de Colegios de Abogados. Coautora del libro "El Derecho del Trabajo y el nuevo Código Civil y Comercial". Capítulo VI. Abuso del derecho y violencia. Editorial Platense. 2015. Artículos publicados en Sección Doctrina www.infojus.gov.ar, Revista Científica del Equipo Federal del Trabajo, y Revista de Derecho Laboral y Previsional de Editorial ERREPAR.

2) Recuperado de <http://dle.rae.es/?id=KtmKMfe> Fecha de consulta: 03/06/2018

3) "Las abuelas y el derecho a la identidad". Ministerio de Educación. Presidencia de la Nación. Nuestra escuela. Recuperado de https://www.abuelas.org.ar/archivos/archivoGaleria/Clase_3_-_Memoria_2015_v2.pdf Fecha de consulta 10 de junio de 2018.

4) Lamm, Eleonora. (2017) "Derechos personalísimos: su novísima recepción legal en el CCyCN". Recuperado de <http://www.salud.gob.ar/dels/entradas/derechos-personalisimos-su-novisima-recepcion-legal-en-el-ccygn> Fecha de consulta: 22/06/2018.

5) Código Civil y Comercial de la Nación. (2015) Editorial ERREPAR. 6) Obra citada en (3).

7) Audino, Ludmila Natacha (2014). "Adopción y derecho a la identidad". Trabajo Final de graduación carrera Abogacía. Universidad Empresarial Siglo 21. Recuperado de <https://repositorio.uesiglo21.edu.ar/bitstream/handle/ues21/13297/Audino,%20Ludmila%20Natacha.pdf?sequence=1> Fecha de consulta: 06/07/2018.

8) Obra citada en (3).

9) Ley 23.849 (1990) Recuperada de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/249/norma.htm> Fecha de consulta 02/07/2018.

10) Ley 26.061. (2005) Ley de Protección Integral de las Niñas, Niños y Adolescentes. Recuperada de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/110000-114999/110778/norma.htm> Fecha de consulta: 02/07/2018.

11) Código Civil derogado. Recuperado de

http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/109481/texactley340_libroI_S2_tituloIV.htm Fecha de consulta 03/07/2018.

12) Código Civil y Comercial de la Nación. (2015) Editorial ERREPAR.

13) González De Visel, Mariela (2015). Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Tomo II. Libro Segundo Título IV. Adopción. Páginas 350 a 399. Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Recuperado de http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_Nacion_Comentado_Tomo_II.pdf Fecha de consulta: 11/06/2018.

14) Obra citada en (12).

15) Obra citada en (12).

16) Obra citada en (12).

17) Lora, Laura N. (2016) "Discurso jurídico sobre El interés superior del niño". En: Avances de Investigación en Derecho y Ciencias Sociales, X Jornadas de Investigadores y Becarios. Ediciones Suarez, Mar del Plata. Páginas 479-488. Recuperado de <http://www.derecho.uba.ar/investigacion/investigadores/publicaciones/lora-discursos-juridico-sobre-el-interes-superior-del-nino.pdf> Fecha de consulta: 10/07/2018.

18) SCBA LP C 104730 S 13/07/2011 Juez PETTIGIANI (SD) Carátula: "V.,S.s/Adopción- Acciones vinculadas" Magistrados Votantes: Pettigiani-de Lázzari-Hitters-Kogan Tribunal Origen: TF0200LP. Recuperado de <https://juba.scba.gov.ar/Busquedas.aspx> Fecha de consulta: 02/07/2018.

19) Obra citada en (13).

20) Obra citada en (12).

21) Obra citada en (13).

22) Obra citada en (12).

23) Obra citada en (13).

24) Obra citada en (13).

25) Obra citada en (12).

26) Obra citada en (12).

27) Obra citada en (13).

28) Obra citada en (13).

29) Obra citada en (12).

30) Obra citada en (12).

31) Ley 26.061 (2005) Recuperada de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/110000-114999/110778/norma.htm> Fecha de consulta: 12/07/2018.

32) Medina, Graciela (2012). "La adopción en el Código Civil y Comercial de la Nación". Recuperado de <http://www.gracielamedina.com/la-adopcion-en-el-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion/> Fecha de consulta: 12/06/2018.

33) Ley 14. 568 Recuperada de <http://www.gob.gba.gov.ar/legislacion/legislacion/l-14568.html> Fecha de consulta: 11/07/2018.

34) Obra citada en (13).

35) C. 109.059, "R. , V. D.V. ;R. , Y. N.; R.S. art. 10 ley 10.067" (26 de febrero de 2013) Recuperado de <https://juba.scba.gov.ar/Busquedas.aspx> Fecha de consulta: 11/06/2018.

36) CC0103 MP 161135 133 S 12/07/2016 Juez GEREZ (SD), Carátula: L. ,C. s/ Adopción. Acciones vinculadas, Magistrados Votantes: Gerez-Zampini Tribunal Origen: JC1300MP Recuperado de <https://juba.scba.gov.ar/Busquedas.aspx> Fecha de consulta: 11/06/2018.

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: Revista de actualidad Derecho de Familia en el Código Civil y Comercial N° 8 .

Fecha: NOVIEMBRE DE 2018

:

Editorial: Ediciones Jurídicas

REFERENCIAS

*Referencias Normativas: **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.26, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.594, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.595, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.596, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.597, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.607, **0.CCN C 026994 2014 10 01** Art.624, **0.CCN C 026994 2014 10 01**, Ley 340 Art.327 al 328, Constitución de la Nación Argentina Art.33, Constitución de la Nación Argentina Art.75, Ley 24.779, LEY 26.061*

Art.11, LEY 26.061, Ley 23.849

La perspectiva de género en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación

SBDAR, CLAUDIA B.

Publicación: www.infojus.gov.ar, 4 DE SETIEMBRE DE 2015

TEMA

CODIGO CIVIL Y COMERCIAL-DERECHO A LA IDENTIDAD DE GENERO

TEXTO

"Los dolores que nos quedan son las libertades que nos faltan", Manifiesto liminar de la Reforma Universitaria (Córdoba, 1918).

El género como categoría de análisis contiene aspectos relativos al poder porque hablar de género es referirse a una relación social basada en las diferencias de los sexos que está marcada por desigualdades. Señala Bourdieu que la "división del mundo" -basada en referencias a las diferencias biológicas y sobre todo a las que se refieren a la división del trabajo de procreación y reproducción- actúa como "la mejor fundada de las ilusiones colectivas, en la medida en que los conceptos de género estructuran la percepción y la organización de toda la vida social".

Para Michel Foucault toda relación entre los géneros, así como otras relaciones sociales, está mediada por relaciones de poder. Esto no implica que tales relaciones no puedan ser modificadas a partir de las acciones y el ejercicio de nuevas prácticas y la instalación de nuevos valores; de hecho, las relaciones de poder -de género y sociales en general- han ido cambiando en el transcurso de la historia y ello se debe a los procesos de transformación que se producen en cada sociedad.

El poder es una relación de fuerza presente en todo espacio social. O sea que desde la perspectiva de Foucault, el poder está en todas partes: en discursos, instituciones, normas, valores, etc., que se van conformando como verdades y van penetrando en la sociedad.

La perspectiva de género nos invita a un trabajo similar al de los arqueólogos (que buscan restos materiales) para comprender discursos con efecto de verdad (en nuestro caso, los que han logrado consolidar estereotipos sociales sobre el ser hombre y ser mujer), ligados a su historia y su tiempo, que, por decirlo de algún modo, se reifican (se cosifican, se fosilizan) y tienen un efecto de verdad.

Hacer una arqueología de la mujer implica rastrear en la historia los diversos factores que dotaron de significado a ese concepto (mujer), esto es: las costumbres, las prácticas discursivas, la diversa documentación que define a la mujer de una manera peculiar, desde la legislación a los tratados domésticos, la literatura o las descripciones médico-científicas. Hay que buscar qué decían de la mujer los códigos jurídicos más antiguos, como el de Hammurabi (que consideraba la violación como un crimen de adulterio por parte de la mujer, y la condenaba a muerte ahogándola bajo el agua, o decía en su regla 216 "si no fue cuidadosa, sino callejera, por lo cual descuidó su casa, se arrojará a esa mujer al río atada a un peso"); los diálogos platónicos sobre el eros (en el discurso de Aristófanes, en el Simposio, es evidente que el amor homosexual masculino tiene privilegios sobre el amor heterosexual y el amor entre mujeres queda reducido al grado más bajo. La estrategia platónica coloca, entonces, a lo masculino y femenino, según una jerarquía de superior e inferior, respectivamente, donde lo femenino es el punto más alejado del logos -entendido como el principio racional que gobierna las cosas-); Rousseau en su Emilio, donde propone la educación de la mujer para los quehaceres; el surgimiento del higienismo, que consideraba que, mediante la mejora de las condiciones de vida higiénicas y escolares, en especial de la clase trabajadora, se mejoraba la raza, crecía la fuerza de la nación, se favorecía la economía y, sobre todo, podían resolverse la llamada cuestión

social y el pauperismo); resultan momentos históricamente importantes en la génesis de la noción de mujer.

Un aspecto central de la teoría foucaultiana es que el poder se ejerce sobre sujetos libres. La dominación nunca es una simple imposición externa sobre los sujetos, sino un proceso complejo que lo involucra internamente. Pero si bien el poder se ejerce sobre sujetos libres que, al fin de cuentas, reproducen relaciones de dominación, lo que las feministas lograron es reconocer (y maximizar) la capacidad de intervención humana. El poder se expande como una red que perjudica nuestra libre voluntad, pero hay intersticios, espacios mínimos desde los cuales sustraerse en algún punto a esa dominación. La clave para transformar la realidad está en el fortalecimiento de esos espacios de relativa autonomía.

Todo este análisis tiene el propósito de hacer hincapié en la importancia de que cada hecho de violencia, cada femicidio, no se tome como un acontecimiento aislado sino inscripto en una trama social. Todo hecho de violencia (simbólica, material) requiere ser mirado relacionamente porque hay toda una maquinaria social, discursiva y mediática que actúa como soporte de los abusos sobre la mujer (sean físicos o simbólicos).

El Estado argentino ha tomado riendas en el asunto y, desde hace un tiempo, ha empezado a ocuparse activamente del diseño e implementación de políticas públicas en la materia desde los tres Poderes del Estado, en estricta observancia con las convenciones internacionales sobre Derechos Humanos con jerarquía constitucional, la Constitución y leyes argentinas.

La perspectiva de derechos humanos en materia de género está presente en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Las convenciones internacionales y la Constitución Nacional son normas directamente operativas y, además, son transversales en el texto y espíritu del nuevo Código, que toma los trascendentes avances legislativos de los últimos diez años: la Ley 26061 de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes; la Ley 26485 de Protección Integral a las Mujeres; la Ley 26618 de Matrimonio Igualitario; la Ley 26862 de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico-Asistenciales de Reproducción Medicamente Asistida, observándose que avanza aún más en la protección de ciertos derechos en los campos de las relaciones de familia, niños, niñas y adolescentes y bioética. Así las cosas, la interpretación y aplicación de la ley se vuelve más sencilla para los jueces y juezas, lo que en definitiva opera en beneficio de las personas destinatarias de dichas normas.

Si bien es cierto que necesitamos herramientas procesales adecuadas para hacer efectivos los derechos del nuevo Código Civil y Comercial (CCyC), los jueces y juezas no tenemos excusa para frustrar o postergar la inmediata vigencia y aplicación de esos derechos. Me parece que los principios procesales constituyen una muy interesante y eficaz fuente de interpretación a la que podemos echar mano para arbitrar mecanismos que permitan hacer realidad tales derechos.

Solo a modo enunciativo es importante señalar el progreso legislativo fundamental del Código Civil y Comercial de la Nación en materia de igualdad de género: destaca el valor económico del trabajo en el hogar, iguala derechos en los apellidos de los hijos, incluye la compensación económica en las parejas y la convención matrimonial, entre otros avances.

Asimismo, incorpora la figura de las uniones convivenciales, las técnicas de reproducción humana asistida y la regulación de ciertos principios básicos relativos a los procesos de familia -como la modificación de instituciones clásicas como el matrimonio, el régimen de bienes, el divorcio, el parentesco, la filiación y la adopción-.

En el mismo sentido, el apellido del padre dejó de tener prioridad. A partir de ahora, el hijo matrimonial puede llevar el primer apellido de cualquiera de los cónyuges, y en caso de no haber acuerdo, se determina por un sorteo realizado en el Registro Civil (art. 64 CCyC); una perspectiva de género que no solo está presente en la regulación del apellido de los hijos, sino también

en el de los cónyuges, por cuanto a partir del nuevo Código, cualquiera de los cónyuges puede optar por usar el apellido del otro, con la preposición "de" o sin ella (art. 67 CCyC).

También se incorporan las uniones convivenciales al derecho positivo, las cuales se definen como "la unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente entre dos personas que conviven y comparten un proyecto de vida en común, sean del mismo o de distinto sexo" (art. 509 CCyC); y se regulan aspectos probatorios, económicos, la contribución a las cargas del hogar, las responsabilidades y la atribución del hogar común en caso de ruptura (art. 512 CCyC y ss).

Otra novedad es la incorporación de la figura de la compensación económica en caso de divorcio, bajo un parámetro de solidaridad familiar e igualdad (art. 439 CCyC). El instituto procura compensar al cónyuge o conviviente que queda en desequilibrio económico por el matrimonio, por ejemplo, la mujer que dejó de trabajar fuera de la casa para ocuparse de las tareas domésticas y los hijos.

Precisamente, el valor económico de las tareas del hogar, que en la mayoría de los casos recae en las mujeres, es una de las modificaciones incluidas. Si bien la obligación alimentaria a favor de los hijos recae sobre ambos progenitores, el nuevo Código establece que las tareas cotidianas que realiza el progenitor que ha asumido el cuidado personal de los hijos tienen un valor económico y constituye un aporte a su manutención (art. 660 CCyC).

La noción de patria potestad, basada en el "padre proveedor y jefe del hogar", se reemplaza por la idea de responsabilidad coparental (arts. 638, 639 y 640 CCyC).

En cuanto al matrimonio, la normativa no distingue sexo de los contrayentes y reconoce la igualdad de derechos, en un proyecto de vida en común basado en la cooperación. También incluye la opción de las convenciones matrimoniales que pueden realizarse antes del casamiento, sobre la separación, administración y disposición de los bienes (art. 463 CCyC y ss).

Para terminar, traigo a colación una reflexión de mis épocas de alumna de la escuela secundaria. Mi profesora de Filosofía solía emocionar a sus alumnas con la distinción kantiana entre cosa y persona: las cosas tienen valor, las personas dignidad; las cosas son un medio, los seres humanos un fin en sí mismo. Las cosas están atadas a una forma instrumental de concebirlas mientras que el medio natural de las personas no es otro que el de la libertad.

Nadie puede abstraerse a la belleza y la voluntad expresada por el iluminismo, que tan hondo ha calado en las formación de nuestros Estados y en nuestras independencias. Como es natural, el *SAPERE AUDE* ("ten el valor de utilizar tu propia razón") de Kant, su grito emancipatorio de las cadenas de la autoridad irracional, nunca dejaron mi cabeza... pero el tamaño de mi entusiasmo fue el mismo que el de mi desilusión al comprender que la razón de Kant era machista y eurocéntrica, que en el siglo XVIII la mujer era cosa y no persona, y que crecía y se desarrollaba en clara desventaja frente al hombre. Que el iluminismo era el grito de unos pocos, que esa universalidad que pregonaban los ilustrados también defendía las asimetrías en base a las diferencias. Dejo para otro momento la reflexión sobre si en esa época se podía ser y pensar de otra manera. Lo que sí debo decir es que vivo este nuevo Código Civil y Comercial como un verdadero desagravio a mis esperanzas. Me parece que empezamos de alguna manera, muy modesta, a enmendar ese grito, a poblarlo de las voces que silenciaba, a completarlo con la voz de la mujer como persona en pie de igualdad con el hombre. Es un comienzo, humilde pero decidido, para practicar en los hechos la dignidad en base a la diferencia, practicar por primera vez un marco legal de exclusión a las exclusiones. Para ilusionarnos en construir no una ética universal racional y perfecta, sino una real, plural, histórica y perfectible. Muchas gracias.

* El texto que aquí se publica constituye el discurso que la Dra. Claudia

Sbdar pronunció en el panel el "Género y nuevo Código Civil y Comercial", presentado en el marco de XXII Encuentro Nacional de Mujeres Jueces Argentina (AMJA) "El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y las cuestiones de género", celebrado los días 26, 27 y 28 de agosto de 2015 en la provincia de La Rioja, Argentina.

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.infojus.gov.ar

Fecha: 4 DE SETIEMBRE DE 2015

:

Editorial: Infojus

REFERENCIAS

Referencias Normativas: LEY 26.061, LEY 26.485, LEY 26.618, LEY 26.862, LEY 26.994 Art.64, LEY 26.994 Art.67, LEY 26.994 Art.439, LEY 26.994 Art.463, LEY 26.994 Art.509, LEY 26.994 Art.512, LEY 26.994 Art.638 al 640, LEY 26.994 Art.660

El derecho a la identidad del descendiente de donante a la luz del fallo "C., E. M. y otros c/EN-M Salud s/Amparo" y de la Convención de los Derechos del Niño

ZAVALA GUILLÉN, ANA LAURA

Publicación: www.infojus.gov.ar, 11 DE JUNIO DE 2014

TEMA

TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA-DONACION DE GAMETOS-DERECOS DEL NIÑO-DERECHO A LA IDENTIDAD-CONVENCION DE LOS DERECHOS DEL NIÑO

TEXTO

Introducción.

La desaparición forzada de niños y niñas perpetrada por la última dictadura cívico-militar en Argentina, enfrentó a la comunidad internacional con un fenómeno particular de vulneración de la dignidad humana y de los derechos de la niñez. El Informe de la Comisión Nacional sobre la Desaparición Forzada de Personas estableció que durante el terrorismo de estado en nuestro país existió un plan sistemático de apropiación de niños/as y desaparición de sus madres después del parto. Se estima que 500 niños/as fueron desaparecidos junto con sus padres, o nacieron o debieron nacer durante el cautiverio de las mujeres en centros clandestinos de detención y tortura.(1)

Este fenómeno de apropiación de niños/as, que sucedió también en otros países, bajo contextos políticos violentos disímiles, exigió el establecimiento de garantías a nivel internacional de no repetición, dado que los Estados Nacionales no sólo no articulaban mecanismos de prevención para evitar estos abusos, sino que además actuaban en forma ofensiva y no reparadora después de su perpetración.(2)

El artículo 8 de la Convención de los Derechos del Niño (en adelante la Convención o la CDN), que reconoce el derecho del niño a preservar su identidad, fue resultado de la demanda de justicia de los familiares de los niños/as desaparecidos, que exigían a los Estados la restitución de los mismos a sus familias de origen.(3) De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 8 de la CDN, la identidad es considerada como un bien primario para el desarrollo del plan de vida del niño/a, que debe ser protegido de menoscabos ilícitos.(4)

El progreso de la ciencia médica en materia de reproducción humana asistida nos desafía a ampliar el objeto de protección para el cual el artículo 8 de la Convención fue diseñado -prevenir y sancionar la desaparición forzada de niños/as-, con el fin de dar batalla a los nuevos peligros que acechan a la identidad de los mencionados, esta vez, no en nombre de Dios y la civilización occidental (5), sino en nombre de los tratamientos para combatir la esterilidad o la infertilidad.(6) De esta manera, para Geraldine Van Bueren, si el artículo 8 de la CDN es interpretado en forma conjunta con otros derechos sustantivos reconocidos en la Convención -en particular, con el derecho a la intimidad y el derecho a la libertad de expresión-, la preservación de la identidad puede tener implicaciones más allá de las previstas por los redactores de la CDN.(7)

El presente trabajo tiene por objeto aproximar una fundamentación del derecho a preservar el origen biológico del niño/a concebido por semen u óvulos donados por terceras personas (en adelante, descendiente de donante), como un derecho que los Estados se han comprometido a respetar, sin discriminación por su condición, tanto en su faceta estática, por medio del registro de la identidad de los donantes de gametos en archivos, como en su faceta dinámica, es decir, a través del reconocimiento de la facultad de acceso a esta información. Este análisis se realiza a la luz del reciente fallo dictado por la Sala V de la Cámara en lo Contencioso y Administrativo Federal, "C., E. M. y otros c/ EN-M. Salud s/Amparo-Ley 16.986", y de la CDN.(8)

1. Planteamiento del problema.

En la actualidad, los avances de la ciencia en el empleo de las llamadas Técnicas Humanas de Reproducción Asistida (en adelante THRA) constituyen amenazas que, de no ser objeto de una regulación conforme al llamado interés superior del niño, ponen en jaque a uno de los elementos de la identidad: el origen biológico.(9)

1.1. El anonimato del donante como el principal obstáculo para el disfrute efectivo del derecho del niño descendiente de donante a preservar su origen biológico

El anonimato del progenitor del descendiente de donante, constituye el principal obstáculo para el disfrute efectivo del derecho del niño a conocer su origen biológico.(10) El secreto sobre la identidad del progenitor fue impuesto en materia de adopciones por diversas razones que se esbozarán a continuación, y luego fue reproducido, sin mayores análisis, al fenómeno de la reproducción humana asistida.(11) Así, el primero tenía como fin evitar prácticas como el aborto, el infanticidio o el abandono de los niños/as en circunstancias penosas, y garantizar a las mujeres que decidían entregar en adopción a sus hijos, antes y después del parto, información, atención y cuidados médicos correspondientes a su estado.(12)

En cambio, el secreto sobre la identidad del progenitor en las THRA tenía como objetivo impedir que la mujer transfiera al donante, que le ha permitido ser madre, el afecto debido al marido.(13) Para Itziar Alkorta Idiákez: "el anonimato del donante es, pues una costumbre proveniente de la práctica médica que acabó imponiéndose al resto de los ámbitos y en la propia administración sanitaria. Sin embargo, es probable que si los médicos y los propios bancos no hubieran presionado, el legislador hubiera dudado a la hora de privar al nacido del conocimiento de su origen genético. " Pero, a pesar de estas y otras motivaciones expuestas por la doctrina científica, el fin práctico más buscado es el aseguramiento de la disponibilidad de semen y óvulos para satisfacer la demanda del mercado fecundo de la medicina reproductiva.(14) En este sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional Español 116/1999, de 17 de junio, sobre Recurso de inconstitucionalidad 376/1989 contra la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, de Técnicas de Reproducción Asistida dispuso, como uno de los argumentos de defensa a favor del anonimato del donante, la necesidad de cohonestar la obtención de gametos y pre-embriónes susceptibles de ser transferidos al útero materno e imprescindibles para la puesta en práctica de estas técnicas orientadas a fines terapéuticos y a combatir la esterilidad humana.(15) La Ley 35/1988, de 22 de noviembre, fue modificada por la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, y posteriormente derogada por la Ley 14/2006, de 26 de mayo. Sin embargo, el tratamiento legislativo español otorgado a la problemática del anonimato del donante de gametos no ha sufrido modificaciones substanciales.(16)

El temor a un posible descenso de donantes, que se produciría con el establecimiento de estándares de transparencia sobre la identidad de los progenitores, mantiene en alerta a los centros médicos dedicados al empleo de las THRA, a pesar de que voces autorizadas niegan una correlación comprobada entre la posibilidad del acceso al origen biológico y la disminución en la obtención de semen y óvulos donados.(17) En Suecia, por ejemplo, la posibilidad de conocer la identidad de los progenitores, si bien inicialmente supuso un descenso en las donaciones de gametos, posteriormente éstas retornaron a los números contabilizados durante la época del anonimato. Pero aún la hipotética correspondencia entre ambas variables, no legitima que los derechos de los niños/as puedan ser dejados de lado, ni para satisfacer el deseo de reproducción humana, así como tampoco para lograr aumentos poblacionales por medio de la implementación de políticas demográficas natalistas.

En este sentido, por ejemplo, Yolanda Gómez Sánchez considera que 'tener hijos' constituye el contenido del derecho a la reproducción humana. La autora entiende que este derecho no sólo se refiere a la procreación natural de los seres humanos sino que también se extiende a la lograda a través del empleo de técnicas artificiales. En estos términos, el derecho a la

reproducción humana podría pensarse como un límite al acceso al conocimiento a la identidad del progenitor, de comprobarse, por ejemplo, en un país, la relación entre las variables de derecho de acceso a los datos identificatorios del donante y el descenso en la obtención de gametos para la reproducción humana. Sin embargo, consideramos que el interés superior del niño debe ser atendido con preeminencia al momento de adoptar cualquier tipo de medida que pueda afectar el ejercicio y goce de sus derechos, como el de conocer su origen biológico.(18)

Existe un imperativo de justicia que impide categóricamente tratar a los demás como meros medios para alcanzar determinados fines, incluso cuando éstos puedan tener cierto consenso o aceptación general en una sociedad en un momento determinado. El secreto de la identidad del progenitor de los descendientes de donantes podría ser entendido a efectos de negar la existencia de derechos y obligaciones filiatorios entre donante y descendiente, pero no para impedir el acceso a conocer el origen biológico como contenido trascendente para el plan de vida de una persona.

El anonimato del donante no constituye la única barrera para el disfrute efectivo del derecho del niño a conocer su origen biológico. La inexistencia, en algunos Estados Partes de la CDN, de registros de donantes de gametos (en adelante, registros), también conforma una restricción ilegítima al ejercicio de este derecho, al impedir la conservación de los datos identitarios de los donantes. También, la creación de estos archivos ha sido justificada en razón de que el registro de las informaciones biogenéticas coadyuva al disfrute del derecho del niño al más alto nivel posible de salud y, además, previene matrimonios endogámicos entre hijos del mismo donante.(19) Por ejemplo, la Ley de Fertilización Humana y Embriología de Reino Unido permite consultar, al mayor de edad, acerca de si existe relación de parentesco biológico con la persona que desea contraer matrimonio.(20)

1.2. El derecho del niño descendiente de donante a conocer su origen biológico en las legislaciones de los Estados Partes de la Convención de los Derechos del Niño

Las legislaciones domésticas asumen distintas posiciones acerca de la existencia de registros que contengan información relativa a la identidad de los donantes de gametos, y de la posibilidad de acceso a los mismos por parte de los niños/as y adultos.

En Israel, por ejemplo, las regulaciones del Ministerio de Salud disponen el anonimato irrestricto del donante de gametos; entre los argumentos utilizados a favor de esta postura, se sostuvo que no hay evidencia empírica que fundamente una necesidad de los descendientes de donantes a conocer su origen genético.(21) Por su parte, España establece el anonimato del progenitor pero, a diferencia de Australia, Inglaterra, Nueva Zelanda, Suiza y Países Bajos, lo extiende hasta la vida adulta de la persona, salvo peligro cierto para la vida y salud del hijo, entre otros supuestos.(22) Otros Estados, como México, presentan un vacío legislativo en la materia, o como en el caso de la República Argentina, que habiendo sancionado recientemente una ley nacional sobre esta temática, ésta carece de previsiones sobre el derecho del niño al acceso a la identificación de los donantes, dejando librado a la consideración de los centros privados de medicina, la salvaguarda o no del origen biológico del menor.(23)

Sólo un grupo reducido de países reconocen el acceso del niño/a, bajo ciertas condiciones, a la identidad del donante por motivos que, en términos generales, se reconducen al bienestar integral del menor y al principio de no discriminación. Así, Austria y Holanda establecen los 14 y 16 años como edades requeridas para acceder a los datos identitarios del donante de gametos, respectivamente. En este último país, a los 12 años de edad, el niño, por sí o por medio de sus padres, puede acceder a otra información médica de su progenitor no identificadora. En Suecia, el descendiente de donante puede conocer su origen biológico cuando éste sea 'suficientemente maduro'. Esta expresión no es definida en el texto de la ley sueca. Un sector de la doctrina científica considera como 'suficiente maduro' a la persona que haya cumplido los 18 años de edad que, conforme a la Convención,

dejaría entonces de ser niño, constituyendo para nosotros por tanto, una interpretación contraria a las palabras de la ley. (24)

Los Estados que hayan ratificado la Convención de los Derechos del Niño y, dispongan en sus normativas internas el anonimato del progenitor y carezcan de registros de donantes, asumen el riesgo de ser condenados internacionalmente, de acuerdo al Derecho público internacional vigente, por contravenir los compromisos asumidos en virtud, principalmente, del artículo 8 de la CDN.(25)

2. Fundamentación del acceso del niño descendiente de donante al origen biológico.

2.1. Respuestas en el fallo "C., E. M. y otros c/EN-M. Salud s/amparo".

En el fallo bajo análisis, los demandantes exigieron al Estado Argentino la creación de un registro que colectara información referida a la identidad de los donantes de gametos, información que se encontraba en posesión de los centros de reproducción humana asistida. Asimismo, solicitaron que los descendientes de donantes, cumplida la mayoría de edad y por medio de una autorización judicial, pudieran acceder a sus datos identitarios. En este sentido, la familia demandante puso de manifiesto que, dado que los mencionados centros de reproducción no se encontraban legalmente obligados a preservar dicha información, los datos identificatorios de los donantes podían perderse de manera definitiva, poniendo en juego los derechos a la salud, a la procreación, a la protección de la familia y a la identidad. En particular sobre el derecho a la identidad, los demandantes sostuvieron que se encontraba protegido por la Constitución Nacional Argentina y el artículo 8 de la CDN, y que resultaba discriminatorio para los descendientes de donantes, la imposibilidad de conocer su identidad biológica, como así podían hacerlo las personas adoptadas al alcanzar la mayoría de edad.

Ante dicho planteo judicial, la Sala V de la Cámara en lo Contencioso y Administrativo Federal, en su voto mayoritario, ordenó al Estado nacional argentino que arbitre los medios necesarios para que el centro de reproducción humana asistida, que había intervenido en la realización del tratamiento de fertilidad de los demandantes, preserve los datos identificatorios del donante de gametos. Entonces, de esta manera, mediante la preservación de los datos identitarios del donante, quedaba garantizada la posibilidad de ejercicio efectivo del derecho a la identidad de biológica, reconocido a nivel local e internacional, por parte del descendiente de donante. Sin embargo, los jueces ordenaron que la identidad del donante de gametos quedara en reserva sin posibilidad de acceso por parte de su descendiente. Los jueces consideraron que, la creación de un registro de donantes y, la estipulación de las condiciones de acceso a la información obrante en el mismo, eran tareas propias del poder legislativo. En una posición contraria, en su voto minoritario, el Dr. Gallego Fedriani estableció que, dado que este vacío legal podía ocasionar un gravamen irreparable al derecho a la identidad de los descendientes de donantes, ordenó al Poder Ejecutivo Nacional la creación de un registro con información relativa a los donantes de espermatozoides y óvulos, sin pronunciarse sobre la modalidad de acceso a dicha información que debiera implementarse.

2.2. Respuestas en la Convención de los Derechos del Niño.

El derecho del niño descendiente de donante a conocer su origen biológico ha sido fundamentado a través de su asimilación al derecho a conocer y a ser cuidado por sus padres, al derecho a no ser objeto de injerencias ilegales o arbitrarias en su vida privada y al derecho a acceder a información y materiales provenientes de medios de comunicación, reconocidos en los artículos 7, 16 y 17 de la CDN, respectivamente.

Sin embargo, estas fundamentaciones poseen inconsistencias que impiden una argumentación sólida a favor de este derecho instrumental de acceso a la información biológica del descendiente de donante. Además, tampoco otorgan una respuesta clara a una cuestión previa decisiva para la protección del derecho a la identidad de los descendientes de donantes: la falta de registros en Estados Partes de la CDN. Estas argumentaciones parecen presuponer la

existencia de los mismos, realidad no comprobada en la mayoría de los países. Daremos razones para considerar al derecho del niño a preservar su identidad, reconocido en el Artículo 8 de la Convención, como la llave jurídica para el acceso del niño descendiente de donante a la identidad de su progenitor, preservada, junto a otros datos biogenéticos, en archivos nacionales conforme la exigencia de esta norma jurídica internacional.

2.2.1 Primera propuesta justificadora de acuerdo al artículo 7 de la CDN.

Un primer modelo de fundamentación encuentra apoyatura en el artículo 7 de la CDN: el derecho del niño, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.(26) Un sector de la doctrina considera que la norma jurídica internacional, que reconoce el derecho del niño a conocer sus orígenes biológicos, aplicada a nuestro caso bajo estudio, facultaría a los descendientes de donante a conocer la identidad de su progenitor.(27) Sin embargo, de acuerdo a los trabajos preparatorios de la Convención, los principales debates en torno a este derecho versaron sobre el secreto de la identidad de los padres biológicos en la adopción.(28) En nuestro caso, el obstáculo principal, para defender el acceso al origen biológico del niño descendiente de donante en función de este artículo, lo constituye la expresión lingüística 'en la medida de lo posible', presente en el texto normativo.(29) Esta frase empleada se refiere a la imposibilidad fáctica existente, por ejemplo, en materia de adopciones, cuestión que ya había sido expuesta, durante el debate en el Grupo de Trabajo de la CDN, por los países cuyas legislaciones reconocían las llamadas adopciones secretas al afirmar que "el derecho a conocer a los padres no podía ser ejercido en todos los casos".(30) Sin embargo, esta dificultad no es extensible al empleo de las THRA, ya que no nos enfrentamos a situaciones de abandono de menores, en circunstancias cuyos padres biológicos no pueden ser identificados, sino de niños cuyos nacimientos son programados por adultos deseosos de tener descendencia. Por tanto, la condición deviene inútil pero también peligrosa para una argumentación sólida a favor del acceso a la identidad del progenitor por parte de los niños descendientes de donantes, ya que facultaría a los Estados Nacionales a regular con discrecionalidad fundada en la norma jurídica internacional. En segundo término, tampoco puede afirmarse una correspondencia lineal entre el término padres, en el sentido del espíritu del artículo, y la expresión donantes propia de las THRA.(31)

2.2.2. Segunda propuesta justificadora de acuerdo al artículo 16 de la CDN.

Un segundo modelo de fundamentación encuentra apoyatura en el artículo 16 de la CDN, que reconoce el derecho del niño a no ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada.(32)

La actual conformación del derecho a la intimidad, que ha dejado de lado la tradicional definición que lo concebía, en exclusividad, como el derecho a ser dejado solo, para asumir aspectos necesarios para hacer frente a los escenarios tecnológicos actuales, permite a su titular ejercer un control positivo sobre los datos referidos a su propia persona.(33) La facultad de acceder a datos personales, que se encuentren almacenados, recogidos o tratados en ficheros o archivos a cargo del poder público y/o de particulares, integra el contenido de este derecho.(34)

Las informaciones referidas a la identidad de los seres humanos constituyen un tipo de datos personales, como son los llamados datos sensibles, que inciden en el libre desarrollo de la personalidad del individuo y que forman parte de la vida privada de la persona, y que pueden, por tanto, ser objeto de conocimiento por ésta.(35) Así, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el asunto M.G. vs. Reino Unido, consideró que el acceso a información considerada reservada puede permitirse cuando el titular de los datos demuestre la relevancia de dicha información para su persona.(36)

Entonces, si bien el artículo 16 de la CDN parece ofrecernos argumentos sólidos para constituirse como el principal fundamento del derecho del niño descendiente de donante a conocer el origen biológico, los límites fijados por las legislaciones domésticas al acceso de ciertos datos personales en conflicto, en forma actual o potencial, con otros intereses considerados

igualmente merecedores de tutela en una sociedad determinada, pueden establecer obstáculos difíciles de superar para el ejercicio del derecho en cuestión. Por ejemplo, la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal de España dispone que el derecho de acceso no será de aplicación si, ponderados los intereses en presencia, resultase que los derechos que dichos preceptos conceden al afectado hubieran de ceder ante razones de interés público o ante intereses de terceros más dignos de protección.(37) Por tanto, si se considerase, como lo hace el Tribunal Constitucional Español en la Sentencia 116/1999, de 17 de junio, que paliar los efectos de la esterilidad o la infertilidad o satisfacer deseos de reproducción humana constituyen fines legítimos en una sociedad, entonces, el anonimato del donante puede ser visto como un medio proporcionado para asegurarlos.(38)

2.2.3. Tercera propuesta justificadora de acuerdo al artículo 17 de la CDN.

Un tercer modelo de fundamentación encuentra apoyatura en el artículo 17 de la CDN, que dispone que los Estados Partes se comprometen a velar por que el niño tenga acceso a información y material procedentes de diversas fuentes nacionales e internacionales, en especial a la información y el material que tengan por finalidad promover su bienestar social, espiritual y moral y su salud física y mental.(39)

Algunos doctrinarios han pretendido ver en esta norma jurídica internacional un reconocimiento del derecho del niño a la información que, aplicado a nuestro contexto de análisis, traería como consecuencia que los descendientes de donantes estén facultados a acceder a la identidad de sus progenitores, en razón de que este dato contribuye a su bienestar integral, principalmente físico y psíquico.(40) En este sentido, la Autoridad de Fertilización Humana y de Embriología del Reino Unido determinó que la información sobre el origen biológico puede ser importante para la conformación de la identidad de las personas, por lo que recomienda la adopción de estándares de transparencia con respecto a los datos del donante.(41) Por su parte, la Asociación Médica Mundial alega que cuando un niño es concebido como producto de una donación de gametos, "se debe instar a las familias a hablar con él sobre esto, sin considerar si la legislación nacional permite o no que el niño tenga información sobre el donante. Es difícil guardar secretos en las familias y puede ser dañino para los niños si la información sobre la concepción del donante es revelada accidentalmente y sin una ayuda apropiada".(42) Actualmente, se afirma que los niños tienen una necesidad médica en conocer su historia genética, especialmente para los descendientes de donante en razón de su origen particular, ya que constituye una información de crucial importancia en el tratamiento de ciertas enfermedades.(43)

Estos argumentos pueden inducirnos a considerar al artículo 17 de la CDN como fundamento del derecho del niño descendiente de donante a conocer su origen biológico. Sin embargo, si observamos los debates producidos durante el Grupo de Trabajo de la Convención, podemos concluir que el objeto y fin de dicha norma jurídica internacional no se dirige a reconocer un derecho del niño a acceder a información que se encuentre en cualquier base de datos, sino en asegurar el compromiso de los Estados Parte de no obstaculizar la recepción de materiales provenientes de medios de comunicación por cuestiones políticas, económicas o sociales.(44) Intentar extraer un derecho de acceso a datos personales de dicho artículo, que facultara al niño al conocimiento de la identidad del progenitor, implicaría extender la exégesis de la normativa a límites difíciles de justificar.

2.2.4. Propuesta justificadora de acuerdo al artículo 8 de la CDN.

El derecho del niño concebido por gametos donados por terceras personas a conocer su origen biológico debe fundamentarse, por las razones que expondremos a continuación, en el derecho del niño a preservar la identidad, reconocido en el artículo 8 de la Convención.

El derecho a preservar la identidad fue incorporado al borrador de la Convención a través de una propuesta de la República Argentina al Comité de Trabajo encargado de la redacción del mismo. En su formulación original se

afirmaba: "El niño tiene el derecho inalienable de conservar su verdadera y genuina identidad personal, legal y familiar. En el caso que un niño haya sido fraudulentamente privado de alguno o de todos los elementos de su identidad, el Estado debe prestar protección especial y asistencia con miras a restablecer su verdadera y genuina identidad tan pronto sea posible. En particular, esta obligación del Estado incluye la de restituir al niño a sus familiares consanguíneos para la crianza. "(45)

Algunos Estados como Austria, Estados Unidos, Noruega y Países Bajos, consideraban que algunos artículos ya aprobados para su inclusión en el texto normativo contaban con un contenido amplio que hacía innecesaria la incorporación del 'artículo argentino' para la protección de la 'verdadera y genuina identidad'. Asimismo, Canadá sostenía que esa identidad per se no tenía lugar en su legislación.(46) Geraldine Van Bueren sostuvo que algunos Estados estaban preocupados por el posible impacto de este artículo sobre las técnicas de fertilización in vitro.(47) Finalmente, esta controversia fue saldada a través de la conformación de un Working Party integrado por la República Argentina, Noruega, Países Bajos y Polonia que propuso un nuevo texto. Este último fue adoptado por el Grupo de Trabajo de la CDN, en la sesión del año 1989, con algunas modificaciones.(48) En su redacción actual, el artículo 8 de la Convención de los Derechos del Niño reconoce el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.(49)

Como observamos, el artículo no otorga una definición de identidad.(50) Sin embargo, presupone que la misma se conforma, a partir de múltiples elementos, como un sistema.(51) Sharon Detrick afirma que el término 'incluidos'(52), dentro del artículo, indica que otros componentes, además de la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley, forman parte de la identidad del niño/a, y, por tanto, se encuentran incluidos en el objeto de protección de la norma jurídica internacional. Así, señala Detrick que para Hodgson, por ejemplo, éstos serían los elementos cultural, racial, sexual, lingüístico y religioso.(53) En esta línea argumentativa, el origen biológico debe ser considerado incluido en el ámbito normativo del artículo en cuestión. Geraldine Van Bueren afirma que la identidad transforma la entidad biológica en un ser legal y confirma la existencia de una personalidad jurídica específica capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones.(54) Es importante destacar que el origen biológico no debe ser entendido en un sentido restrictivo, es decir como sinónimo de revelación de la identidad del progenitor, sino también comprensivo de otros datos biogenéticos que pueden incidir, por ejemplo, en el derecho del niño descendiente de donante al disfrute del más alto nivel posible de salud, también reconocido en la CDN.(55) La protección de la información genética de la niñez, en sentido amplio, constituye una modalidad del derecho bajo análisis. Podemos hablar entonces del derecho del niño a preservar su origen biológico.

La obligación de respeto, asumida por los Estados Partes de la Convención, exige que las interferencias respecto del derecho del niño a preservar su origen biológico sean realizadas sólo por medio de una ley conforme al objeto y fin de la CDN.(56) El Comité de los Derechos del Niño ha sostenido que el dictado de legislación interna plenamente compatible con la Convención, que permita que sus principios y sus disposiciones puedan aplicarse directamente y sean susceptibles de la debida ejecución coercitiva, constituye una medida de aplicación de este instrumento internacional de derechos humanos.(57)

En nuestro caso bajo estudio, no son consecuentes con los compromisos asumidos de acuerdo a la Convención, las regulaciones que disponen la supresión del dato biológico o las que permitiendo su conservación tuvieran en sus efectos prácticos el secreto ad infinitum sobre el mismo, por ejemplo, a través del establecimiento del anonimato irrestricto de la identidad del progenitor.(58) Sólo preservamos, conservamos o protegemos aquellos bienes que consideramos valiosos, en forma actual o futura, para el desarrollo de un plan de vida en condiciones dignas de igualdad y justicia.

Por esto, no es ocioso reflexionar en estas instancias del análisis, acerca del significado del término preservar, presente en la construcción lingüística del derecho bajo estudio, pero adaptándolo al contexto de las THRA.(59) En

este marco, preservar es asegurar anticipadamente la identidad del progenitor de su pérdida o extravío por los avatares de la ciencia u otras causas políticas, económicas y sociales.(60) Esto no es una concesión graciosa, sino un derecho del niño reconocido por un Tratado Internacional de Derechos Humanos fruto del consenso mundial. Los Estados Partes están obligados a tomar medidas para garantizar la efectividad del derecho en cuestión, a todos los niños situados dentro de su jurisdicción, sin discriminación.(61)

La vulnerabilidad específica de los descendientes de donantes, respecto al ejercicio del derecho a preservar su origen biológico, exige el establecimiento de medidas particulares de protección.(62) Dentro de estas medidas se encuentra el dictado de legislación interna compatible con la Convención que disponga la creación de registros nacionales, que conserven los datos de identidad y demás informaciones biogenéticas de los progenitores. Esto constituye lo que hemos denominado la faceta estática del derecho del niño a preservar su origen biológico que hace posible el ejercicio de la faceta dinámica o de acceso de los niños concebidos por gametos donados por terceras personas a dicho origen.

Una cuestión particular se plantea en relación a aquellos Estados Partes que dejan librado a la iniciativa privada los temas relacionados al empleo de las THRA. Los centros de medicina privada usualmente celebran con los donantes de gametos contratos con estipulaciones particulares como el secreto sobre su identidad.(63) Las instituciones que prestan estos servicios garantizan el anonimato de los donantes de semen y óvulos a las personas infértiles o estériles. Existe un vacío legal en nuestro país en cuanto a la posibilidad de acceso de los niños descendientes de donantes a sus datos biogenéticos, que quedó de relieve en la sentencia 'C., E. M. Y OTROS C/ EN-M SALUD S/AMPARO', antes analizada.

Ante estas circunstancias, el principio de derecho civil *res inter alios acta aliis nec nocere nec prodesse potest* exige ser recordado. Esta regla romana considerada un dogma que rige los contratos hasta la actualidad, dispone que la cosa hecha entre dos no debe dañar ni beneficiar a terceros.(64) De esta manera, la estipulación irrestricta del anonimato sobre la identidad del progenitor dispone arbitrariamente sobre el derecho del niño/a, quien no es parte contratante.(65) Se produce entonces una privación ilegal del elemento biológico de la identidad de los descendientes de donantes, cuando, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 8 apartado 2, el Estado Parte ha asumido la obligación de prestar la asistencia y la protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente esta faceta identitaria en caso de su vulneración.

Es importante destacar que la ilegalidad de la privación de la identidad del niño puede configurarse tanto por contrariar el Derecho interno como por contrariar al Derecho internacional.(66) Esto veda posibles interpretaciones del artículo 8 apartado 2 que autoricen a consentir privaciones de algunos o todos los elementos identitarios fundadas en ley doméstica.

Durante los debates del Grupo de Trabajo de la CDN, se propuso la supresión del término ilegalmente de la norma jurídica internacional. Por ejemplo, Australia sostuvo que si bien estaba de acuerdo con el mantenimiento de la palabra en cuestión, en vista de la situación existente en algunos países, dicho término carecía de sentido en su contexto, en razón de que no es posible por medio de la ley privar a alguien de su identidad.(67) La expresión se mantuvo debido a la insistencia de países como Noruega, Países Bajos y la República Argentina. Debemos recordar que el apartado del artículo en cuestión tenía como objetivo primordial evitar a futuro, en otras partes del mundo, los sucesos de apropiación de niños acaecidos en la última dictadura cívico-militar en Argentina. Hechos que habían obligado al Estado Argentino a implementar medidas como el establecimiento de un Banco Nacional de Datos Genéticos que permitiera identificar a los hijos de las personas víctimas del delito de desaparición forzada.(68) Es un contrasentido hermenéutico, pretender que la Convención reconoce el derecho del niño a preservar la identidad y, a renglón seguido, habilita a los Estados a la supresión de éste a través de una ley. Es necesario efectuar una lectura integral de los deberes estatales asumidos en virtud del artículo 8, que dé cuenta de que una vez vulnerada la obligación jurídica de respeto, el Estado Parte asume el

compromiso de restablecer los elementos identitarios sin dilación alguna.

Preservar la información biogenética de los niños descendientes de donantes, a través de medidas apropiadas dispuestas por los Estados, como la creación de registros nacionales de donantes, es el presupuesto sine qua non para asegurar el ejercicio de la faceta dinámica o instrumental del derecho del niño a preservar su origen biológico, que faculta el acceso del niño/a a dicho origen, sin discriminación, con el fin de garantizar el libre desarrollo de su personalidad.(69)

Esta argumentación plantea ciertos interrogantes, como continuaciones lógicas, de necesario abordaje multidisciplinar a corto plazo. En primer término, (cuál es la edad biológica del niño/a a partir de la cual puede considerarse capacitado para ejercer dicha facultad?(70) Si bien existen posiciones que observan con reticencias el fin del anonimato por el impacto que puede producirse en las relaciones paterno-filiales, la mayoría de la doctrina científica, apoyada en la experiencia adquirida en materia de adopciones, entiende al acceso al origen biológico como punto de partida del camino hacia la empatía plena con el propio yo, y centran sus discusiones en si la edad temprana de la infancia es el mejor momento etario para que el niño/a sea informado acerca de su origen.(71) En segundo término, (cuál debe ser el procedimiento idóneo para articular este derecho? (Los niños/as deben contar con la asistencia de trabajadores sociales -usualmente acompañantes de las personas adoptadas- o de profesionales del campo de la psicología al momento de acceder a los archivos? Cuestiones que, en definitiva, forman parte de la discrecionalidad de los Estados Nacionales, y que exceden a los fines propuestos en este artículo.

Podemos afirmar que cuando estos asuntos comiencen a ser debatidos en los ámbitos internos de los países será muestra convincente de que, parafraseando a Ronald Dworkin, los dos pilares fundamentales de la Convención, contenidos en los artículos 3 y 12 de la CDN, han sido tomados en serio en el diseño de las políticas públicas en materia de infancia: el derecho del niño, que esté en condiciones de formarse un juicio propio, a ser oído en todas aquellos asuntos que lo atañen, y el llamado interés superior del niño, que para nosotros, no es más que aquel que éste pueda considerar valioso para la conformación de su propio plan de vida.(72)

Notas al pie:

*) Abogada egresada de la Universidad Nacional de La Plata, Magister en Derechos Fundamentales por la Universidad Carlos III de Madrid (España) y Magister en Resolución de Conflicto por la Universidad de Bradford (Reino Unido)

***) El presente artículo tuvo su génesis en el marco del estudio de la Maestría en Derechos Fundamentales de la Universidad Carlos III de Madrid, bajo la guía y supervisión del Prof. Dr. Ignacio Campoy Cervera. Agradezco también la lectura atenta y los comentarios vertidos por mi colega abogado José Ignacio López en la elaboración del mismo y en su adaptación a la actualidad argentina.

1) COMISIÓN NACIONAL SOBRE LA DESAPARICIÓN DE PERSONAS, Nunca más: Informe de la Comisión Nacional sobre la desaparición de personas, Seix Barral, Barcelona, 1985, pp.299-322.

2) El Caso de las hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador, resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, planteó en sus hechos la "captura, secuestro y desaparición forzada de las entonces niñas Ernestina y Erlinda Serrano Cruz", quienes tenían 7 y 3 años de edad, respectivamente, por militares integrantes del Batallón Atlacatl del Ejército salvadoreño, durante un operativo militar conocido como 'Operación Limpieza' o 'la guinda de mayo', el cual se llevó a cabo, entre otros, en el Municipio de San Antonio de La Cruz, departamento de Chalatenango, desde el 27 de mayo hasta el 9 de junio de 1982. ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso de las hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador, sentencia de 1 de marzo de 2005 (Fondo, reparaciones y costas), serie C No. 120, p.2. Para una información más pormenorizada sobre 'internacionalización' versus 'localización' en la protección de los derechos de la infancia puede

consultarse, RODRIGUEZ PALOP, María Eugenia "(Podemos asumir la protección eficaz de los derechos de los niños?", en CAMPOY CERVERA, Ignacio (ed.), Los Derechos de los Niños: Perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas, Dykinson, Madrid, 2007, pp.219-236.

3) Para una mayor información sobre el trabajo realizado por la Asociación de Abuelas de Plaza de Mayo en la redacción del artículo 8 de la CDN puede consultarse: COMISION NACIONAL POR EL DERECHO A LA IDENTIDAD, SECRETARÍA DE DERECHOS HUMANOS y MINISTERIO DE JUSTICIA, SEGURIDAD Y DERECHOS HUMANOS, Comisión Nacional por el Derecho a la Identidad. El trabajo del Estado en la recuperación de jóvenes apropiados en la última dictadura. CARYBE EDITARE, Buenos Aires, 2007, pp.130-140.

4) Los bienes primarios son aquellos necesarios para la realización de cualquier plan de vida. RAWLS, John, Teoría de la Justicia, Fondo de Cultura Económica, México, 1978, p.114. En términos generales, entendemos por plan de vida al proyecto de realización integral que cada persona se da a sí misma.

5) Asegurar una educación basada en una ideología 'occidental y cristiana' fue la excusa utilizada para la entrega de niños apropiados, después del parto de sus madres en centros clandestinos de detención y tortura, a matrimonios de militares o familias adeptas al régimen. Su objetivo era evitar 'la contaminación' que se produciría en los niños, si éstos fueran restituidos a sus familias biológicas. ESPAÑA, AUDIENCIA NACIONAL- SALA DE LO PENAL-SECCIÓN TERCERA, Sentencia N° 16/2005.

6) "The infertility is the diminished or absent ability to conceive or produce an offspring while sterility is the complete inability to conceive or produce an offspring". ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. Una información más pormenorizada sobre infertilidad y esterilidad puede encontrarse en el sitio web: <http://www.who.int/reproductive-health/publications/infertility.html>. Para la Asociación Médica Mundial, "la concepción asistida es distinta del tratamiento de una enfermedad, ya que la imposibilidad de ser padres sin intervención médica no siempre es considerada una enfermedad. Aunque puede tener profundas consecuencias psicosociales y médicas no es en sí limitante de la vida. Sin embargo, es una importante causa de una enfermedad psicológica principal y su tratamiento es evidentemente médico". ASOCIACIÓN MÉDICA MUNDIAL, Resolución de la Asociación Médica Mundial sobre las Tecnologías de Reproducción Asistida. [en línea] Octubre 2006 ref. de 12 de mayo de 2008]. Disponible en sitio web: <http://www.wma.net/s/policy/r3.htm>.

7) Traducción de la autora. VAN BUEREN, Geraldine, The International Law on the Rights of the Child, Martinus Nijhoff Publishers, London, 1995, p.127.

8) ARGENTINA, Cámara en lo Contencioso y Administrativo Federal, Sala V, 'C., E. M. y otros c/ EN-M. Salud s/Amparo-Ley16.986', abril de 2014.

9) Artículo 3. 1: "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". NACIONES UNIDAS, Convención de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de diciembre de 1989, Resolución 44/25.

10) Se ha denunciado que la lucha por la abolición del anonimato de los donantes ha sido impulsada por sectores religiosos ortodoxos. En Holanda, por ejemplo, el debate iniciado a favor de conocer el origen biológico fue abogado por estos grupos con el objetivo de poner fin a las inseminaciones con gametos de personas ajenas al matrimonio y a la maternidad de mujeres solas o lesbianas. JANSSENS P.M.W, SIMONS, A.H.M., VAN KOOIJ R.J., BLOKZIJL, E. and DUNSELMAN, G.A.J., "A new Dutch Law regulating provision of identifying information of donors to offspring: background, content and impact" [versión en línea], en Human Reproduction, vol.21, n°4, 2005, pp.852-856.

11) Para Alkorta Idiakez, el anonimato y la gratuidad son reglas provenientes de la donación de órganos para trasplantes aplicados a estas problemáticas. ALKORTA IDIAKEZ, Itziar, Regulación Jurídica de la Medicina Reproductiva. Derecho Español y Comparado, Editorial Aranzadi, Navarra, 2003, p.256.

12) La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el Caso Odièvre vs. Francia sostuvo que el llamado sistema de 'nacimientos anónimos' -en otras palabras, la imposibilidad de conocer la identidad de la madre- tenía como fin evitar el aborto y el infanticidio. COUNCIL OF EUROPE. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, Odièvre vs. France, Decision of February of 2003. Esta sentencia desestimó una demanda en la que se solicitaba conocer el propio origen biológico. La demandante había sido confiada tras su nacimiento a los servicios de asistencia social y, posteriormente, adoptada por los señores

Odièvre. Su progenitora había solicitado el secreto de su nacimiento. NIETO ALONSO, Antonia, "El iter en la búsqueda de la verdad real frente a la verdad presunta y el derecho", en GONZÁLEZ PORRAS, J.M. y MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P. (coords.), Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, España, 2004, pp. 3521-3550.

13) Las técnicas médicas de reproducción asistida fueron durante mucho tiempo condenadas tanto por la sociedad como por la medicina. La inseminación con espermatozoides de un hombre distinto al marido, era considerada por autores como Rohleder, como un pecado "exactamente igual a la coyunta carnal". Sólo admisible cuando se trata de evitar un mal mayor: "la convicción del marido de que su patrimonio terminará pasando a manos extrañas como consecuencia de la falta de descendencia en su matrimonio; a lo que había que añadir el mal de las perturbaciones de orden psicológico en el caso de que el marido no aceptara su esterilidad." ALKORTA IDIAKEZ, Itziar, op. cit., p.31.

14) También se sostuvo que: "The anonymity is designed to protect the adults involved, either the prospective parents and especially the male partner in the case of donor insemination (Daniels and Taylor, 1993), or even the intermediaries including the practitioners (Haines, 1993)". SHENFIELD, F. and STEELE, S.J., "What are the effects of anonymity and secrecy on the welfare of the child in gamete donation?"[versión en línea], en Human Reproduction, vol.12, nº2, 1997, pp.392-395.

15) Un análisis más detallado de la sentencia en cuestión puede encontrarse en NIETO ALONSO, Antonia, "Reproducción Asistida y Anonimato de los Progenitores", en Aranzadi Civil, nº3, 2004, pp. 2309-2336.

16) ESPAÑA, Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, Boletín Oficial del Estado nº 282 de 24 de diciembre de 1988, corrección de errores en Boletín Oficial del Estado nº 284 de 26 de noviembre de 1988, Ley 45/2003, de 21 de noviembre, por la que se modifica la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, Boletín Oficial del Estado nº 280 de 22 de noviembre de 2003 y Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana asistida, Boletín Oficial Nº 126 de 27 de mayo de 2006.

17) La Human Fertilisation and Embryology Authority afirma: "It has been suggested that if donors were identified in the future this could result in a severe shortage of donors. The research is very contradictory; some of the evidence supports this concern, with studies showing that less than half of oocyte donors would be happy with the release of identifying information. However, evidence to the contrary is also available. Several studies have shown that sperm donors would be happy to have identifying information about them provided to any possible children conceived as a result of their donation(s); and that more sperm donors were happy with the possibility that their offspring would attempt to contact them in later life than is generally assumed". HUMAN FERTILISATION AND EMBRYOLOGY AUTHORITY, Response to the department of health's consultation on "Donor information: providing information about sperm, egg and embryo donor" [én línea] Julio de 2002 ref. de 1 de junio de 2008]. Disponible en sitio web: www.hfea.gov.uk.

18) GOMEZ SANCHEZ, YOLANDA, El derecho a la Reproducción Humana. Marcial Pons, Madrid, 1994, p.40. La conformación actual del Derecho Internacional de los Derechos Humanos sólo reconoce, en materia sexual y reproductiva, a los llamados derechos sexuales y reproductivos descritos en la Convención Internacional para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y principalmente, en los documentos derivados de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo de El Cairo y de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer de Pekín. Entre ellos podemos enumerar: el derecho a decidir libremente llevar o no una vida sexualmente activa; el derecho a mantener libremente relaciones sexuales de mutuo acuerdo; el derecho a llevar una vida sexual satisfactoria, segura y placentera; el derecho a elegir pareja; el derecho a casarse de mutuo acuerdo y el derecho básico a decir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre estos. Estos derechos tienen como objeto custodiar un ámbito de no interferencia, más que suponer obligaciones positivas por parte del Estado. NACIONES UNIDAS, Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 18 de diciembre de 1979, Resolución 34/180. NACIONES UNIDAS, Conferencia Internacional de Población y Desarrollo, celebrada en El Cairo en 1994, UN.Doc. A/CONF.32/23 (1985).

NACIONES UNIDAS, Conferencia Mundial sobre Mujeres: Acciones para la Igualdad, el Desarrollo y la Paz, celebrada en Beijing en 1995, UN Doc. A/CONF. 177/20 (1995)

19) En Estados Unidos, estado no parte de la Convención de los Derechos del Niño, esta cuestión ha sido señalada como un debate necesario, en razón del incremento exponencial de nacimientos producto de donaciones de gametos. CORSON, S. L. and MECHANIK BRAVERMAN, A. "Why we believe there should be a gamete registry" versión en línea], en *Fertility and Sterility*, vol. 69, n°5, 1998, pp. 809-811.

20) REINO UNIDO. Human Fertilisation and Embryology Act 1990, Chapter 37, Information, Article 31.4.b.

21) Paradójicamente, Israel que dispone la veda al acceso a su origen biológico a los descendientes de donantes, permite su conocimiento, al llegar a la mayoría de edad, a las personas adoptadas. LANDAU, R., "The management of genetic origins: secrecy and openness in donor assisted conception in Israel and elsewhere" versión en línea], en *Human Reproduction*, vol.13, n°11, 1998, pp. 3268-3273. SCHENKER, J.G. and SHUSAN, A., "Ethical and legal aspects of assisted reproduction practice in Asia" versión en línea], en *Human Reproduction*, vol. 11, n° 4, 1996, pp. 908-911. Para nosotros, esto constituye una discriminación por origen contraria a la igualdad ante la ley.

22) Artículo 5.5: "La donación será anónima y deberá garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes por los bancos de gametos, así como, en su caso, por los registros de donantes y de actividad de los centros que se constituyan. Los hijos nacidos tienen derecho por sí o por sus representantes legales a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad. Igual derecho corresponde a las receptoras de los gametos y de los preembriones. Sólo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las Leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad de los donantes, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará en ningún caso publicidad de la identidad de los donantes". ESPAÑA, Ley 14/2006... op.cit.

23) ARGENTINA. CONGRESO DE LA NACION ARGENTINA, Ley 26.862, 5 de junio de 2013

24) GOTTLIEB, C., LALOS, O. and LINDBLAD, F., "Disclosure of donor insemination to the child: the impact of Swedish legislation on couples' attitudes" versión en línea], en *Human Reproduction*, vol.15, n°9, 2000, pp. 2052- 2056.

25) La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados dispone en su artículo 26 que "todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe". NACIONES UNIDAS, Conferencia Internacional de Viena, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptada el 23 de Mayo de 1969, U.N. Doc. A/CONF.39/27 (1969)

26) Artículo 7. 1: "El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida". NACIONES UNIDAS. Convención de los Derechos del Niño, op.cit.

27) En PÉREZ MONGE, Marina, La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2002, p.202.

28) DETRICK, Sharon (co. and ed.), The United Nations Convention on the Rights of the Child: A guide to the "Travaux Préparatoires", Martinus Nijhoff Publishers, London, 1992, p.127.

29) Otras frases alternativas fueron propuestas por Estados Unidos, Nueva Zelanda y Suecia a la expresión 'en la medida de lo posible', entre ellas, 'subject to the provisions of this Convention', 'in the best interests of child' o 'as far as possible and subject to the provisions of the Convention'. Su inclusión en el artículo fue criticada por posibilitar interpretaciones arbitrarias de la CDN. Ibidem, p.129

30) La propuesta original fue introducida al Grupo de Trabajo de la CDN por Argelia, Egipto, Irak, Jordania, Kuwait, Libia, Marruecos, Omán, Pakistán y Túnez en la sesión del año 1989. La parte pertinente del artículo indicaba: "The child shall have the right from his birth to know and belong to his

parents, as well as the right to name and to acquire a nationality". Ibidem, p.127.

31) Existen importantes discusiones doctrinales en torno a los términos 'padre' y 'progenitor'. Trabucchi exige "verdad biológica y responsabilidad, simultáneamente, para atribuir paternidad". Reverte Navarro sostiene que "se van separando cada vez más el concepto de filiación jurídica y el de procreación o filiación biológica, constatándose lo que en la doctrina germana e italiana se llama filiación social frente a filiación por naturaleza". Para una información más detallada sobre dicha controversia, véase: PÉREZ MONGE, Marina, op.cit., pp.61-69.

32) Artículo 16.1: "Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación. 2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques". NACIONES UNIDAS, Convención de los Derechos del Niño, op.cit.

33) Esta es la postura defendida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el Caso Leander, en el cual determinó que el derecho a la protección de datos personales es parte del derecho a la vida privada reconocido en el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. ARENAS RAMIRO, Mónica, El derecho fundamental a la protección de datos personales en Europa, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, p.86. Sin embargo, un sector de la doctrina científica calificada defiende la existencia de un derecho autónomo del derecho a la intimidad que faculta a su titular a la protección en el tratamiento de sus datos personales. En España, por ejemplo, esta posición fue refrendada por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 254/1993, de 20 de julio, por la cual reconoció el carácter de fundamental al derecho a la protección de datos personales, fundado en el artículo 18.4 de la Constitución Española. Asimismo, la Sentencia N° 292/2000, de 30 de noviembre, dictada por dicho órgano judicial dispuso que "el objeto de protección de este derecho no se reduce sólo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo reconocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales, porque su objeto no es sólo la intimidad individual resguardada por el artículo 18.1 de la Constitución Española, sino también los datos de carácter personal". DE MIGUEL SÁNCHEZ, Noelia, Tratamiento de Datos Personales en el ámbito sanitario: Intimidad "versus" interés público, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, pp.20-78.

34) El contenido del derecho a la protección de datos personales incluye: el derecho a ser informado, el derecho de acceso, el derecho a la libre disposición de los datos y el derecho de rectificación y cancelación. ARENAS RAMIRO, Mónica, op.cit., pp. 95-109.

35) Se entiende por datos personales "cualquier información relativa a un individuo identificado o identificable." El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha precisado que "el contenido y los límites del derecho a la protección de datos personales dependen tanto del tipo de datos como de su utilización." Aquellos datos considerados sensibles, como el relativo a la homosexualidad, a la estancia durante la infancia en un orfanato, la ideología política o los datos médicos presentan una protección reforzada con respecto al resto de las informaciones personales. ARENAS RAMIRO, Mónica, op.cit., pp.80-81.

36) M.G permaneció durante la mayor parte de su infancia en orfanatos pertenecientes a la administración inglesa. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos sostuvo que el principal argumento a favor del acceso a sus registros personales en poder de los servicios sociales era: "His sincere belief that he had been physically abused when he was a child by his father and his need to obtain as much information as possible about that period in order to come to terms with the emotional and psychological impact of any such abuse and to understand his own subsequent and related behavior. It is true that his parents had some access to him during those periods in care and could therefore constitute a source of information for him". COUNCIL OF EUROPE. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, M.G. vs. United Kingdom, Decision of 24 September of 2002, p.9.

37) Artículo 24 Inciso 2. ESPAÑA, Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, Boletín Oficial del Estado N°298 de 14 de diciembre de 1999.

38) El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sostenido que la injerencia en la vida privada de una persona es justificada si la medida adoptada por los

poderes públicos es "necesaria para una sociedad democrática", es decir, si utilizando el principio de proporcionalidad comprueba que existe una "necesidad social imperiosa" y, sobre todo, si la medida adoptada es proporcionada en sentido estricto al fin legítimo perseguido. ARENAS RAMIRO, Mónica, op.cit., pp.143-144.

39) Artículo 17: "Los Estados Partes reconocen la importante función que desempeñan los medios de comunicación y velarán por que el niño tenga acceso a información y material procedentes de diversas fuentes nacionales e internacionales, en especial la información y el material que tengan por finalidad promover su bienestar social, espiritual y moral y su salud física y mental.

Con tal objeto, los Estados Partes: a) Alentarán a los medios de comunicación a difundir información y materiales de interés social y cultural para el niño, de conformidad con el espíritu del artículo 29; b) Promoverán la cooperación internacional en la producción, el intercambio y la difusión de esa información y esos materiales procedentes de diversas fuentes culturales, nacionales e internacionales; c) Alentarán la producción y difusión de libros para niños; d) Alentarán a los medios de comunicación a que tengan particularmente en cuenta las necesidades lingüísticas del niño perteneciente a un grupo minoritario o que sea indígena; e) Promoverán la elaboración de directrices apropiadas para proteger al niño contra toda información y material perjudicial para su bienestar, teniendo en cuenta las disposiciones de los artículos 13 y 18". NACIONES UNIDAS, Convención de los Derechos del Niño, op.cit.

40) DE MIGUEL SÁNCHEZ, Noelia, op.cit., p.173.

41) HUMAN FERTILISATION AND EMBRYOLOGY AUTHORITY, op.cit.

42) ASOCIACIÓN MÉDICA MUNDIAL, op.cit.

43) MC GEE, G., VAUGHAN, S. y GURMANKIN, A. "Gamete donation and anonymity. Disclosure to children conceived with donor gametes should not be optional" versión en línea], en Human Reproduction, vol.16, n°10, 2001, pp.2033-2036.

44) La propuesta del artículo introducida al Grupo de Trabajo por los Estados Unidos, en el año 1983, fue rechazada. Posteriormente, fue aceptada con modificaciones en el año 1984. La redacción original se expresaba en los siguientes términos: "Recognizing the important educational function performed by the mass media, States Parties shall ensure that the child has access to the information across international borders and the availability of such information, as well as by assuring freedom of expression and opinion for all." DETRICK, Sharon, op.cit., p.282.

45) Traducción de la autora. En 1985, la propuesta argentina de incorporación de este artículo fue rechazada en la Sesión del Grupo de Trabajo. En 1986, fue nuevamente introducida contando con el apoyo de Polonia y el Grupo ad hoc informal de organizaciones no gubernamentales. DETRICK, Sharon, op.cit., p.292.

46) DETRICK, Sharon, op.cit., p.293.

47) VAN BUEREN, Geraldine, op.cit., p.117.

48) Amplias controversias dentro del Working Party suscitó la propuesta argentina de inclusión del término 'identidad familiar'. El artículo adoptado finalmente dispuso: "Article 9 Bis: 1. The States Parties to the present Convention undertake to respect the right of the child to preserve his or her identity (nationality, name, family relations as recognized by law) without interference. 2. Where a child is illegally deprived of some or all of the elements of his or her identity, the States Parties shall provide appropriate assistance and protection, with a view to speedily re-establishing his or her identity". DETRICK, Sharon, op.cit., p.295.

49) Es importante destacar que conforme a los debates del proceso de elaboración de la CDN, la expresión 'de conformidad con la ley' debe ser comprendida como calificadora del término 'relaciones familiares', y no del término 'identidad'. DETRICK, Sharon, op.cit., p.294.

50) El término identidad suele atribuirse a Erik Erikson. "Evoca, en general, algo bastante íntimo, una "especie de integridad psicológica interna". APPIAH, K.A, "Las exigencias de la Identidad", en Claves de Razón Práctica, n°172, mayo de 2007, pp. 18 a 25. "La identidad es múltiple y dinámica (...) No toda forma de identidad tiene la misma importancia para el sujeto, es decir, los rasgos de identidad se organizan de manera jerárquica y esa jerarquía también es cambiante según las etapas vitales o las circunstancias externas". AYLLÓN TRUJILLO, María Teresa, "La identidad qué es

y cómo funciona", en Derecho y Opinión, n°9, 2001, pp. 33 a 44.

51) "Un individuo A es un sistema que tiene en su interior un número indefinido -"n"- de facetas identitarias (subsistemas de A) que a su vez son cada una un sistema compuesto de n subsistemas y así cada subsistema lleva en su interior la totalidad de facetas de A, organizadas, igualmente de manera jerárquica, en cada uno de los subsistemas pero cuyos valores ocupan diferente lugar en el orden jerárquico, según desde que subsistema analicemos a A". AYLÓN TRUJILLO, María Teresa, op.cit., p.39.

52) El término 'incluidos' fue agregado por el Grupo de Trabajo en el año 1989 en reemplazo de los paréntesis dispuestos en la propuesta del Working Party. DETRICK, Sharon, op.cit., p.296.

53) DETRICK, Sharon, A commentary of United Nations Convention on the Right of the Child, Martinus Nijhoff Publisher, London, 1999, p.163.

54) Traducción de la autora. VAN BUEREN, Geraldine, op. cit., p.117.

55) En una interpretación restrictiva, FLEITAS ORTIZ DE ROZAS asocia origen biológico con identificación de los progenitores, que, para nosotros, es sólo uno de sus planos. FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, Abel, "Derecho a la Identidad", en La Ley, año LXIX, n° 222 [én línea] 15 de noviembre de 2005 ref. de 27 de abril de 2008]. Disponible en Web:

<http://www.laley.com.ar/download/diarioll/diario15-11-2005.pdf>

56) "In accordance of the interpretation given by the UN Human Rights Committee to "unlawful interference" in the counterpart of Article 16 of the International Covenant on Civil and Political Rights, it infers that no State interference is allowed except in cases envisaged by law. Accordingly, interference authorized by the State can take place only on the basis of the law, which itself, however, must comply with the provision, aims and objectives of CRC, and specially with the principle of the best interest of the child contains in it Article 3. Furthermore, the relevant legislation must specify in detail the precise circumstances in which interference may be permitted". DETRICK, Sharon. A commentary of United Nations Convention... op.cit., p.164.

57) NACIONES UNIDAS. COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO, Observación General N°5 (2003): Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44), CRC/GC/2003/5, 2003.

58) Si bien existen posiciones acerca del anonimato irrestricto de los donantes de gametos, estos planteamientos son minoritarios. Actualmente, parte del consenso se apoya en la relatividad del anonimato de los progenitores, entre cuyas excepciones de acceso al origen biológico se encuentra el peligro de vida del hijo nacido como producto del empleo de las THRA.

59) Según el Diccionario de la Real Academia Española, la palabra preservar tiene como significado: "proteger, resguardar anticipadamente a una persona, animal o cosa, de algún daño o peligro".

60) Como señala Detrick, Cerda sostiene que la obligación de los Estados de preservar la identidad de los niños y niñas debe garantizarse también ante los avances de la ciencia en materia de Ingeniería Genética. DETRICK, Sharon. A commentary of United Nations Convention...op.cit., p.163.

61) Artículo 4: "Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional". NACIONES UNIDAS, Convención de los Derechos del Niño, op.cit. El Comité de los Derechos del Niño, en sus directrices para la elaboración de informes estatales, incluye al artículo 8 en el acápite de los llamados Derechos y Libertades Civiles. NACIONES UNIDAS. COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO, Panorama general del procedimiento de elaboración de informes, CRC/C/33, 1994.

62) La obligación de no discriminación contenida en el artículo 2 de la CDN "exige que los Estados identifiquen activamente a los niños y grupos de niños cuando el reconocimiento y la efectividad de sus derechos pueda exigir la adopción de medidas especiales. " NACIONES UNIDAS. COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO, Observación General N°5 (2003): Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44), CRC/GC/2003/5, 2003.

63) Para una información más pormenorizada, véase: Cryo-Bank. Banco de Semen: <http://www.cryo-bank.com.ar/principal.htm>. Halitus-Instituto Médico.

Programa de donación de óvulos:

http://www.halitus.com/modules.php?name=Servicios_medicos&pa=showpage&pid=101.

64) El principio de relatividad que contiene la regla que impone "la intangibilidad de la esfera jurídica individual, que no puede ser modificada a través de un negocio ajeno, ya sea de manera ventajosa, ya perjudicial. Cuando se dice que el contrato no produce efectos frente a terceros excepto en los casos que establezca la ley, responde simplemente a la autonomía privada, es la idea de la libertad del hombre frente a la idea de autoridad, cada cual dispone de su propia esfera personal y su patrimonio." RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, *El principio de relatividad de los contratos en el derecho español*, Colex, Madrid, 2000, p.43.

65) El Tribunal Constitucional de Alemania, por ejemplo, dictaminó que "la promesa de anonimato hecha por el médico al donante y a la madre es nula por tratarse de un contrato en perjuicio de un tercero." ALKORTA IDIAKEZ, Itziar, *op.cit.*, p. 266.

66) VAN BUEREN, Geraldine, *op.cit.*, p.119.

67) DETRICK, Sharon, *The United Nations Convention...*, *op.cit.*, p 296. Consideramos que la posición defendida por Australia hubiera prevenido posibles interpretaciones contrarias a la protección de la identidad de los niños/as.

68) La Ley N° 23.511 sobre la creación del Banco Nacional de Datos Genéticos dispone que todo familiar consanguíneo de niños desaparecidos o supuestamente nacidos en cautiverio, tendrá derecho a solicitar y obtener los servicios del Banco Nacional de Datos Genéticos. ARGENTINA, Ley N°23.511 sobre el Banco Nacional de Datos Genéticos: Creación, Boletín Oficial del Estado de 10 de julio de 1987. Para una información más pormenorizada, véase: VERRUNO, L., HAAS, E., RAIMONDI, E. y BARBIERI, A., *Banco Genético y el derecho a la identidad*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1988.

69) Como señala Alkorta Idiákez, Quesada González M. sostiene que "el derecho a conocer el propio origen se reconoce por primera vez en la época nacionalsocialista, con el objeto de fomentar la limpieza de sangre y poder distinguir a los individuos de raza aria. Tras la Guerra, la doctrina inicia un proceso de reflexión que terminará por desvincular la Abstammungsrecht de la ideología nazi. A partir de entonces, el derecho a indagar la procedencia biológica se fundamentará en la protección de la personalidad reconocida en los artículos 1.2 y 2.1 del Grundgesetz." ALKORTA IDIAKEZ, Itziar, *op.cit.*, p.265.

70) Según Campoy Cervera, para evitar la arbitrariedad del establecimiento de una edad habilitante se deberá tener en cuenta la razón y la experiencia estimadas como suficientes para el ejercicio de este derecho como también el goce de éste por fuera del límite en caso de que se acreditara la posesión de las mismas. CAMPOY CERVERA, Ignacio, *Dos modelos teóricos sobre el tratamiento jurídico debido a los niños*, Universidad Carlos III de Madrid, Instituto de derechos humanos Bartolomé de las Casas, Madrid, 2000, pp.809-810.

71) "Although some psychologists would also consider anonymity to be beneficial in the private sphere of the personal relationship between father and child, it may be interpreted as a rationalized prescription of the practice of anonymity in sperm donation: "in relating to or searching for two fathers, the child risks having none" (Perret, 1992)". PATRIZIO, P. MASTROIANNI, A. MASTROIANNI, L., "Disclosure to children conceived with donor gametes should be optional" [versión en línea], en *Human Reproduction*, vol.16, n°10, 2001, pp. 2036-2038. En oposición: Family relationships are harmed when they are based on the continual lies deception that nondisclosure necessitates. On adoption, there is a resultant consensus that early disclosure is crucial for the psychological health and well being of the child. MC GEE, G., VAUGHAN, S. y GURMANKIN, A, *op.cit.*, pp. 2034-2035.

72) Para Ignacio Campoy Cervera, "el mejor interés del niño se entiende que coincide con el respeto por la "auténtica" voluntad del niño. En cuanto a quién es el que podría determinar cuál es el mejor interés en cada caso concreto, o cuál es en ese caso la "auténtica" voluntad de la persona, se entiende que es la propia persona, su voluntad expresa en ese sentido, cuando la persona tuviese un suficiente desarrollo de la razón, una adecuada información relevante para la toma de la decisión que se trate, y una experiencia suficiente para poder valorarla convenientemente. En caso contrario, se hace necesario que una persona habilitada a ese propósito determine cuál sería esa voluntad; es decir, la que tomaría el "incapaz" de

tener el suficiente juicio, experiencia e información. " CAMPOY CERVERA, Ignacio, op.cit., p.811.

DATOS DE PUBLICACION

Publicación: www.infojus.gov.ar

Fecha: 11 DE JUNIO DE 2014

:

Editorial:

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 16.986, Ley 23.849 Art.7, Ley 23.849 Art.8, Ley 23.849 Art.16, Ley 23.849 Art.17

Ref. Jurisprudenciales: "C., E. M. y otros c/ EN-M. Salud s/Amparo-Ley16.986", Cámara en lo Contencioso y Administrativo Federal, Sala V, 29/04/2014

Igualdad de género y licencia por paternidad

TEDH, "Konstantin Markin vs. Rusia", 22 de marzo 2012

por SEBASTIÁN A. REY

1 | Los hechos del caso

El presente caso trata la demanda del Sr. Konstantin Markin contra el Estado ruso por haberle negado una licencia por motivos familiares, entendida como aquella que se solicita inmediatamente después de una licencia por maternidad.

El demandante había firmado un contrato para desempeñarse como operador de radio en una unidad militar. El mismo día en que su cónyuge tuvo a su tercer hijo, un tribunal les concedió el divorcio. En virtud del acuerdo al que arribaron, el Sr. Markin tendría la tenencia de los niños y recibiría una cuota alimentaria de su ex esposa.

Al poco tiempo, el Sr. Markin solicitó que se le conceda una licencia de tres años por razones familiares para poder cuidar a sus hijos. Su pedido fue rechazado en función de que sólo se le otorgaba dicho beneficio al personal militar de sexo femenino, aún en aquellos supuestos donde los niños quedasen sin el cuidado de sus madres. Mientras el demandante agotaba los recursos de la jurisdicción itnerna rusa, en reiteradas oportunidades recibió sanciones disciplinarias por ausentarse de su puesto de trabajo. Finalmente, un año después de solliictarla, se le concedió una licencia por el término de dos años.

Luego de que una Sala de la Primera Sección del Tribunal Europeo de Derechos Humanos le hubiera dado la razón, (2) declarando la violación de los arts. 8 y 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante, CEDH), el caso fue sometido a la Gran Sala del Tribunal.

2 | La sentencia de la Gran Sala

Más allá del texto del CEDH, el tribunal utilizó otras fuentes para fundar su decisión. Así, se refirió a un infome del Comité de la CEDAW contra Rusia

(3), a los Convenios N° 111 y 156 de la OIT sobre la discriminación en materia de empleo y ocupación, y sobre la igualdad de oportunidades y trato de los trabajadores con responsabilidades familiares, al art. 27 de la Carta Social Europea, a diversas Resoluciones y Recomendaciones de la Asamblea Parlamentaria (4) y del Comité de Ministros (5) del Consejo de Europa y a la jurisprudencia de la Corte Europea de Justicia de la Unión Europea. (6) Al analizar el fondo de la petición el tribunal consideró probada la violación del derecho a la protección de la vida familiar y a la prohibición de discriminación. El análisis que la Gran Sala realiza del principio de no discriminación es similar al existente en el ámbito interamericano: una diferencia de trato será discriminatoria si no tiene una justificación objetiva y razonable, es decir, si no persigue un fin legítimo o si no hay una relación de proporcionalidad entre los medios utilizados y el objetivo a ser cumplido. (7) En términos generales, el tribunal entendió que el reconocimiento del avance de la igualdad de género en la actualidad es una obligación para los Estados europeos por lo que se tienen que brindar muy buenas razones para establecer una diferencia de trato en función del sexo que sea compatible con el derecho internacional. En este contexto, referencias a las tradiciones o las percepciones de la mayoría de la población de un país resultan insuficientes. (8)

Si bien el art. 8 del CEDH no dispone expresamente el derecho a una licencia por motivos familiares, este tipo de licencias promueven la vida familiar y afectan el modo en que ésta se organiza, por lo que en aquellos estados que la contemplan, se asume que se encuentran protegidas por el derecho a la vida familiar reconocido en el tratado.

Por otra parte, el tribunal desestimó el argumento del Estado en cuanto a la especial conexión biológica y psicológica que existiría entre una madre y su hijo —más allá de reconocer que dicha relación puede ser distinta a la de un padre con su hijo—, por lo que en lo concerniente al cuidado de un niño durante el período correspondiente a una licencia por motivos familiares, concluyó que existe una igualdad entre el hombre y la mujer. (9) Para la Gran Sala las sociedades europeas contemporáneas han evolucionado hacia un mayor reconocimiento de la igualdad de obligaciones entre los padres y las madres en lo relativo al cuidado y crianza de sus hijos. Por ende, permitir que sólo las mujeres obtengan una licencia por motivos familiares únicamente perpetua los estereotipos de género y sus desventajas. (10)

La última cuestión consistió en que el demandante era miembro de las fuerzas armadas, por lo que el tribunal reconoció que entraban en juego la seguridad de la Nación y, por ende, intereses estatales urgentes. Esta circunstancia permitiría que en algunas circunstancias se admitan mayores restricciones que en un caso relativo a civiles —por ejemplo, la permisión del arresto como sanción disciplinaria—. Empero, ello no deja a los integrantes de las fuerzas armadas despojados de los derechos reconocidos por el CEDH. De este modo, si se pretende restringir el derecho a la protección de la vida familiar deben existir razones particularmente graves, y debe presentarse una relación de proporcionalidad entre la restricción impuesta y el objetivo legítimo de proteger la seguridad nacional, que podría darse solamente cuando se prueba una verdadera amenaza a la eficacia operativa de las fuerzas armadas. (11) En el presente caso, el tribunal no encontró probada dicha situación en función de que el Estado no brindó “ejemplos específicos” que la acreditase. (12) Incluso mencionó la normativa de otros Estados europeos donde hombres y mujeres pueden acceder a este tipo de licencias sin que ello afecte la eficacia operativa de sus fuerzas armadas y manifestó

que las funciones que cumplía el demandante frecuentemente eran realizadas por mujeres que sí tenían derecho a la licencia por motivos familiares.

(2) TEDH, “Case of Konstantin Markin vs. Russia”, Judgment, Court (First Section), 7/10/2010.

(3) CEDAW Committee, Concluding Observations, Russia, 30/07/2010, párrs. 20 y 21.

(4) *Parliamentary Assembly, Resolution 1274(2002) on Parental leave; Recommendation 1769(2006) on the need to reconcile work and family life.*

3 | Palabras finales

En esta novedosa sentencia el Tribunal Europeo realizó una correcta interpretación del CEDH como instrumento vivo, reconociendo la existencia de un derecho social como la licencia por motivos familiares pese a que no aparece reconocido de modo expreso por el tratado, del mismo modo que equiparó el contenido de las obligaciones en materia de cuidado de los niños de ambos padres de un niño sin importar el sexo.

Este criterio, similar al esgrimido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el reciente caso *Atala Riffo c/ Chile*, (13) tiende a ir eliminando de las sociedades actuales los estereotipos de género y garantizar, de esta manera, el derecho a la igualdad ante la ley y su correlato, la prohibición de no discriminación, a todos los seres humanos.

(5) Committee of Ministers, Recommendation No. R (96) 5 *on reconciling work and family life; Recommendation Rec(2007) on gender equality standards and mechanisms recommended; Recommendation Rec(2010) on the human rights of members of the armed forces.*

(6) ECJ, “*Joseph Griesmar v. Ministre de l’Economie, des Finances et de l’Industrie, Ministre de la Fonction publique, de la Réforme de l’Etat et de la Démocratisation*”, judgment of 29/11/2001; *Roca Álvarez v. Sesa Start España ETT*, judgement of 30/09/2010.

(7) TEDH, “Case of Konstantin Markin vs. Russia”, Judgment, Grand Chamber, 22/03/2012, párr. 125.

(8) Ídem, párr. 127.

(9) Ídem, párr. 132.

(10) Ídem, párr. 141.

(11) Ídem, párr. 137.

(12) Ídem, párr. 144.

(13) CIDH, “Caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*”. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 24/02/de 2012, Serie C N° 239

Transexualismo. La identidad sexual y los alcances jurídicos de su modificación

PEYRANO, GUILLERMO F.

Publicación: JURISPRUDENCIA SANTAFESINA, Nº 60, SANTA FE, OCTUBRE DE 2004., OCTUBRE DE 2004

SUMARIO

DERECHOS PERSONALÍSIMOS-DERECHO A LA IDENTIDAD-DERECHO A LA IDENTIDAD SEXUAL-TRANSEXUALISMO-CAMBIO DE NOMBRE-INSCRIPCIÓN REGISTRAL-PARTIDAS-PARTIDA DE NACIMIENTO-RECTIFICACIÓN DE PARTIDA-BANCO DE DATOS

I.- INTRODUCCIÓN

La sentencia que concita este comentario, trata una de las problemáticas más arduas de los años que corren en torno al elenco y alcance de los denominados “derechos personalísimos”, cual es la del “transexualismo”, y el invocado “derecho a la identidad sexual”, cuyo reconocimiento la cuestión “transexual” produce como reclamo.

En la actual era de la posmodernidad, iniciada a partir de la segunda mitad del siglo XX, se ha generado —paradójicamente— a la par de una “socialización del derecho”, una “exacerbación del individualismo”.

Esta última ha conllevado como consecuencia, una sobrevaloración de los derechos personalísimos, que hace que esos derechos rebasen en su operatividad, los límites que les eran atribuidos en etapas previas a la “posmodernidad” de nuestros días.

Los también denominados “derechos de la personalidad”, caracterizados como derechos “subjetivos, privados, innatos y vitalicios, que tienen por objeto manifestaciones interiores de la persona, y que por ser inherentes, extrapatrimoniales y necesarios, no pueden transmitirse ni disponerse en forma absoluta y radical”¹, tomaron carta de ciudadanía y fueron obteniendo vigencia cada vez más plena, con motivo de la necesidad de otorgar una mayor protección al ser humano, luego de las atroces violaciones a su dignidad operadas durante la Segunda Guerra Mundial².

Posteriormente, han ido mutando sus originales contornos, hacia una formulación notoriamente egoísta, que va más allá de la meramente protectora.

En su concepción actual, también sirven como instrumento para potenciar los desarrollos individuales de la personalidad humana, con independencia de compromisos sociales o, incluso, de los regímenes legales establecidos para garantizarlos.

Como lo expresa Ghersi “...aquella idea fuerza se mutó en esta posmodernidad con clara intencionalidad ideológica, para conseguir un nuevo sistema mundo, menos altruista y más egoísta...”³.

En ese marco, se advierte una potenciación —para muchos exagerada— de ciertos aspectos de los derechos de la personalidad, que en su máxima expresión conllevan la consagración de una suerte de

¹ CIFUENTES, Santos, “Elementos de Derecho Civil. Parte General, Edit. Astrea, Buenos Aires 1992, pág.53.

² “Las dos cruentas guerras mundiales que asolaron al mundo en el siglo XX fueron el factor desencadenante para que el interés de los filósofos se centrara en el ser humano. Los estragos que generaron estos conflictos, sus horrores, el feroz atropello de los derechos humanos, hizo el milagro de que los pensadores comprendieran la necesidad de saber más sobre el ser humano a fin de protegerlo mejor. Fue así que, después de siglos, se “redescubrió” un casi olvidado aporte del cristianismo como es el de la libertad constitutiva de la persona” (FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos “Apuntes sobre el derecho a la identidad sexual”, Jurisprudencia Argentina 1999-IV-889)

³ GHERSI, Carlos A., “Los Derechos Personalísimos en la Posmodernidad”, en “Derechos y Garantías del S XXI”, Edit. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires 1.999, pág.165.

“superYo” personal, transformando al individuo en eje, causa y finalidad, con cada vez más laxos compromisos con las obligaciones propias de la vida en sociedad.

El derecho personalísimo a la identidad, como expresión paradigmática de la individualidad personal, y expresión tutelar de la misma, ha merecido, en orden a esta “posmoderna” concepción de la sociedad y del hombre, desarrollos otrora impensados, entre los cuales se cuenta el reconocimiento de un “novísimo” derecho a la identidad sexual⁴.

A la par del impacto de estas concepciones imperantes, se han registrado —y se registran permanentemente— descubrimientos científicos y técnicos en el campo de las “biociencias” que mueven al asombro, ya que cada vez más se acerca la posibilidad para el ser humano de “modelarse” a su voluntad.

Esta posibilidad cada vez más concreta, va transformando a la especie y a sus individuos en potenciales “hacedores de sí mismos”, con una progresiva prescindencia —y también, hasta con desaprensión— por las leyes de la naturaleza que rigen su evolución y su destino.

En este sentido, en otra oportunidad expresamos, en relación a los desafíos que genera la denominada “clonación reproductiva” —expresión mayúscula de los desarrollos de la ciencia y de la técnica en la alteración y modificación de la evolución natural— que “la vorágine tecnicista, que todo lo invade y modifica, está llevando al hombre a desconocer su propia esencia y a socavar los pilares sobre los que se encuentra edificada la estructura social”⁵.

La suma de estos factores ha ido conformando un ámbito propicio para la instalación de la problemática del transexualismo, y para el reconocimiento del derecho a modificar la identidad sexual de aquellas personas que se han sometido —o que pretenden hacerlo— a intervenciones quirúrgicas y tratamientos hormonales, para modificar manifestaciones de su sexo biológico, a efecto de obtener una identidad civil acorde con su nueva apariencia externa y con su sexualidad “psicosocial”.

Como no podía ser de otra manera, esta realidad instalada en el mundo de hoy, “ha estremecido las estructuras de la sociedad”⁶.

Ha sido en el derecho europeo en donde la cuestión del “transexualismo” ha merecido mayor atención, fundamentalmente a través de los fallos dictados al respecto por la Corte Europea de Derechos Humanos, cuyo contenido ha ido marcando un sendero progresivamente aperturista en el reconocimiento de este derecho y en el de sus derivaciones, en el marco de las concepciones “posmodernas” más arriba apuntadas.

Desde el caso “Corbett v Corbett, que llegara en el año 1.963 a los tribunales ingleses, en el que se planteara la existencia o no de un matrimonio celebrado entre un transexual-varón y un varón⁷, pasando por los conocidos casos “Van Oosterwijk” y “Rees”⁸, fallados por el aludido Tribunal Europeo

⁴ La relación entre el marco ideológico y los derechos de la personalidad ha sido señalada por Fernández Sessarego, quien ha expresado que “Es sabido que los derechos de la persona (o personalísimos, como se les designa preferentemente en la Argentina, o derechos de la “personalidad”, como ambiguamente también se les conocía en el inmediato pasado) van “apareciendo” en el escenario jurídico, periódicamente, en el decurso histórico... Por ello, de vez en cuando, en el transcurso del tiempo, se presentan nuevas situaciones anteriormente no imaginadas que atraen la atención de los hombres de derecho, especialmente de los jueces, que son los que se enfrentan directa e inmediatamente con los conflictos que se presentan en el diario acontecer” (FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos “Apuntes sobre el derecho a la identidad sexual”, Jurisprudencia Argentina 1999-IV-889).-

⁵ PEYRANO, Guillermo F., “Vida, vida humana y persona humana. Determinación del comienzo de su existencia ante los desafíos generados por la clonación reproductiva”, Ponencia presentada en las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, realizadas en Rosario en el año 2.003 (Libro de Ponencias....)

⁶ “Un fenómeno que ha estremecido las estructuras de la sociedad y preocupado a los jueces, antes que a los juristas, es aquél relativo al denominado cambio de sexo” (ESPINOZA ESPINOZA, Juan, “Nuevas fronteras de los actos de disposición del cuerpo”, Jurisprudencia Santafesina N° 18 Marzo 1995, Eit. Panamericana, Santa Fe 1.995, pág. 37).

⁷ Corbett v. Corbett, (1971) Probate Reports 83; (1970) 2 WLR 1306; (1970) 2 All ER 33, Omrod J..

⁸ Recordados en el trabajo de Espinoza Espinoza más arriba citado (ESPINOZA ESPINOZA, Juan, “Nuevas fronteras de los actos de disposición del cuerpo”, Jurisprudencia Santafesina N° 18 Marzo 1995, Edit. Panamericana, Santa Fe 1.995, pág. 37). (10) .

de Derecho Humanos, hasta jurisprudencia del mismo organismo más reciente⁹, se advierte con claridad la progresiva apertura denunciada al reconocimiento pleno al derecho a la identidad sexual “sentida” por los transexuales, y lo que resulta más problemático y discutible, a la plenitud de efectos civiles de la nueva identidad sexual adquirida.

El fallo del Primer Juzgado Civil, Comercial y de Minería de San Juan que habrá de ser objeto de este comentario, se enmarca en la filosofía que campea en los pronunciamientos de la Corte Europea citada, y se acerca —por sus derivaciones— a la concepción que de la sociedad y del ser humano nos proporciona este fenómeno de la “posmodernidad”.

II.- EL SÍNDROME TRANSEXUAL

Conforme Espinoza Espinoza existiría una crisis en la clásica diferenciación entre sexo masculino y sexo femenino, derivada de la aceptación de que el sexo presentaría dos aspectos, uno estático (en cuya determinación intervendrían la morfología externa, los cromosomas y las gónadas), y otro dinámico (que correspondería a las manifestaciones psicológicas y sociales de la sexualidad, que determinarían lo que denomina como rol o identidad sexual). En tal sentido el autor peruano, enumera una “gama” de “isotipos sexuales”, caracterizados por la desarmonía entre los aspectos dinámico y estático del sexo apuntados (homosexuales, hermafroditas, travestis y transexuales)¹⁰. Respecto de estos últimos, y recurriendo a la cita de los autores D’Addino, Perlingieri y Stanzione se define al transexualismo como “...un síndrome caracterizado por el hecho que un individuo, genotípica y fenotípicamente de un sexo determinado, tiene la convicción de pertenecer al sexo, o mejor dicho, al género opuesto”¹¹.

Esta concepción del síndrome transexual es compartida por la opinión de distintos autores, y ha sido además recogida por diferentes precedentes jurisprudenciales¹².

Así Fernández Sessarego expresa que “El transexual es aquel que desde un punto de vista genotípico y fenotípico pertenece a un determinado sexo pero tiene, sin embargo, plena conciencia de pertenecer al sexo opuesto. El transexual vive y piensa a la manera que lo hace un sujeto del otro sexo. Sus hábitos, gestos, maneras, modales, actitudes, preferencias, son aquellos que definen la personalidad del sexo opuesto. Es el caso de un varón que vive y siente intensamente como mujer o el de una mujer que vive y siente como varón. Es, pues, un problema existencial que el derecho no puede soslayar”¹³.

Esta caracterización del transexualismo, tiene su fundamento en la aceptación de los distintos componentes determinantes de la sexualidad, y lo presenta como una de las posibles “desarmonías” entre dichos componentes.

Sin lugar a dudas la cuestión es eminentemente compleja, en tanto y en cuanto la sexualidad, reconoce diversas manifestaciones que pueden presentarse en ciertos individuos de manera atípica o discordante.

La especie humana empero, desde el punto de vista genético, solo reconoce dos sexos, el masculino y el femenino, perfectamente diferenciados.

⁹ Corte Europea de Derechos Humanos, 2002/07/11. “I. c. Reino Unido” y “Christine Goodwin c. Reino Unido”, citados por BELLUSCIO, Augusto C., en “Transexualidad. Derecho de los transexuales a casarse”, La Ley Año LXVII N° 52, boletín del 14 de marzo de 2003.-

¹⁰ ESPINOZA ESPINOZA, Juan, (op. cit., pág. 37)

¹¹ D’ADDINO, PERLINGIERI Y STANZIONE, “Problemi giuridi del transexualismo, ESI, 1982, pág.12, citados por Espinoza Espinoza, Juan (op. cit. pág.38).

¹² Ver, entre otros, Juzg. Civ. y Com. Córdoba, n. 19, 18/9/2001 - G., M. L. s/acción de sustitución registral (con nota de LLOVERAS, Nora y ORLANDI, Olga).JA 2001-IV-465.

¹³ FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos “Apuntes sobre el derecho a la identidad sexual”, Jurisprudencia Argentina 1999-IV-889.-

Sólo existen escasísimos casos de individuos cuya sexualidad genética presenta anomalías que tornen imprecisa su determinación.

En los mismos se han detectado trastornos en el número o en la estructura de los cromosomas sexuales X o Y, originados en el período de formación del sexo genético. Tales anomalías derivan en las denominadas “disgenesias gonadales”, que generan gónadas defectuosas, no obstante lo cual guiarán el ulterior desarrollo sexual (tales como los síndromes de “Turner” y de “Klinefelter”).

Estos sujetos son conocidos como “intersexuales” y se presentan en distintos estados: (Seudohermafroditismo femenino: sexo genético y gonadal femeninos, pero sexo genital ambiguo o masculino. Disgenesias gonadales puras 46 XY: sexo genético masculino, pero gónadas disgenéticas y sexo genital femenino o ambiguo. Disgenesias gonadales mixtas: sexo genético masculino o anómalo; sexo gonadal mixto y sexo genital ambiguo. Hermafroditismo verdadero: sexo genético femenino, masculino o mosaico, sexo gonadal mixto, sexo genital masculino o ambiguo. Seudohermafroditismo masculino: sexo genético y gonadal masculino y sexo genital femenino o ambiguo) ¹⁴.

Con prescindencia de estos supuestos excepcionales, los seres humanos, genéticamente —como se ha dicho—, son masculinos o femeninos.

Esta polaridad genética entre lo masculino lo femenino, en los individuos que se desarrollan normalmente, genera una clara diferenciación gonadal, hormonal, morfológica, y de caracteres sexuales secundarios, que en el supuesto de no existir desarmonías, están acompañadas también de diferencias de carácter psicosocial.

“El desarrollo sexual es un proceso de determinaciones sucesivas, cada una dependiente de la anterior. Es el llamado paradigma de Jost: el sexo cromosómico lleva al sexo gonadal y éste al fenotípico o genital”¹⁵. A su vez esa estructuración y desarrollo biológicos diferenciados en dos sexos (el masculino y el femenino) normalmente se reproduce en el psiquismo y la integración social de los individuos, quienes de tal modo responden a las necesidades naturales de la especie, de garantizar la continuidad de su existencia a través de la reproducción sexual, entre ejemplares de sexo diferente que se atraen mutuamente por las diferencias que presentan (Cifuentes nos recuerda que “...así como somos cuerpo, somos sexo. Hay dos sexos en la tierra que se atraen y diferencian desde el embrión, aunque en éste es sólo cromosómico y, después, gonádico”)¹⁶.

El fenómeno del transexualismo, en el actual estado de las investigaciones médicas, está caracterizado por una desarmonía severa entre lo biológico y lo psicosocial, que no se ha podido determinar obedezca a anomalías del primero de estos órdenes¹⁷.

Esa desarmonía se presenta con una impronta “vivencial” en la que el psiquismo y la inserción del individuo en el medio social, se manifiestan en el sexo opuesto al biológicamente determinado.

El más arriba referido aspecto dinámico del sexo, se desarrolla por carriles diametralmente diferentes a los determinados desde el punto de vista biológico.

Dentro de la concepción “posmodernista” imperante, el síndrome transexual se presenta como una divergencia más —dentro de las posibles— entre “el sexo” y “el género”.

Este último no derivaría de ningún determinismo de la naturaleza, sino que tendría su causa en razones culturales¹⁸.

¹⁴ LOUREIRO, Rosa Z., “Seudohermafroditismo masculino. Aspectos médicos, psicológicos y éticos”, en <http://www.smu.org.uy/publicaciones/rmu/1997v2/loure.htm>, consulta del 28/06/04.

¹⁵ LOUREIRO, Rosa Z., “Seudohermafroditismo masculino. Aspectos médicos, psicológicos y éticos”, en <http://www.smu.org.uy/publicaciones/rmu/1997v2/loure.htm>, consulta del 28/06/04.

¹⁶ CIFUENTES, Santos “Derechos Personalísimos”, Edit. Astrea, Buenos Aires 1.995, pág.302

¹⁷ Formulamos la salvedad de que en el fallo bajo comentario se refiere a estudios científicos realizados principalmente en centros australianos de investigación, de los que se desprendería la existencia de cierta diferencia de orden genético entre los individuos transexuales y los heterosexuales.

Más allá de las causas de estas graves “desarmonías”, lo cierto es que existen, y que los desarrollos antes aludidos de las biociencias, permiten que se realicen modificaciones de los caracteres sexuales externos para que los individuos adopten la apariencia del sexo al que “sienten” pertenecer (empero la imposibilidad de alterar la verdad biológica de su sexualidad), modificaciones éstas que a su vez se complementan con terapias hormonales y tratamientos psicológicos, enderezadas las primeras a afianzar caracteres sexuales secundarios de la nueva sexualidad aparente obtenida, y los segundos a la plena identificación psicológica con la misma.

Estas posibilidades han puesto en el tapete a la cuestión transexual, y han generado el debate en torno a si el derecho debe convalidar (en forma previa o a posteriori) estas modificaciones de la morfología sexual externa de los individuos, reconociéndoles el cambio de su identidad sexual.

Belluscio nos recuerda que en la búsqueda de esta respuesta “...inciden convicciones personales fundadas en posiciones filosóficas y aún en principios religiosos”¹⁹.

Subsisten sin embargo, sustanciales discrepancias entre quienes entienden que existiendo un solo sexo real para cada individuo (con prescindencia de las excepcionales anomalías genéticas antes reseñadas), la severa “desarmonía” del transexualismo debe ser tratada como cualquier otra enfermedad de índole psiquiátrica o psicológica a efecto de intentar que quienes la padecen lleguen a asumir su sexo real, y quienes ubican la cuestión en el terreno de las decisiones personales —específicamente en el marco del respeto a los derechos a la identidad y a la privacidad—, para en base a ello propugnar la convalidación jurídica de estas intervenciones quirúrgicas y tratamientos médicos y psicológicos, de modo tal que el derecho asigne una nueva identidad sexual, a aquellos que han modificado su apariencia sexual para adaptarla a sus convicciones íntimas en cuanto a pertenencia psicológica a un sexo determinado²⁰.

Como habrá de explicarse, el fallo bajo comentario se enrola en una de estas posturas, aunque cierto es, matizada por algunos argumentos de índole genético (cuya exactitud científica no estamos en condiciones de corroborar), dando una solución que en nuestro criterio excede el marco del respeto a los derechos de la personalidad (en el alcance que auténticamente cabe asignarles), para incursionar en un resultado que quizás inadvertidamente, puede contribuir al socavamiento de los pilares de la estructura social, que el egoísmo posmoderno está produciendo.

III.- EL CASO, LA SOLUCIÓN ADOPTADA Y LAS OBSERVACIONES QUE SE REALIZAN A SU RESPECTO

M.V.R. —actora en el proceso— se trataba de una persona que padecía desde la niñez un severo síndrome transexual, que le produjo múltiples y graves problemas a lo largo de su vida, ya que habiendo nacido mujer, relata que siempre tuvo el sentimiento de ser hombre, asumiendo actitudes y comportamientos opuestos a los de su sexo biológico.

Esta situación —con los años— llegó a ser intolerable, a tal punto que ni siquiera pudo completar sus estudios, destacando que empero haberse sometido a terapias psicológicas tendientes a superar el síndrome que padecía, no pudo superarla.

Ya adulta decidió someterse a una intervención de “adecuación sexual” (así la califica) en la República de Chile, de cuyas resultas adquirió la apariencia morfológica de un individuo del sexo masculino.

¹⁸ “Los aspectos determinantes del género son esencialmente impuestos por la cultura... “ (LOUREIRO, Rosa Z., “Seudohermafroditismo masculino. Aspectos médicos, psicológicos y éticos”, en <http://www.smu.org.uy/publicaciones/rmu/1997v2/loure.htm>, consulta del 28/06/04).

¹⁹ BELLUSCIO, Augusto C., “Transexualidad. Derecho de los transexuales a casarse”, LA LEY Año XLVII N°52, boletín del 14/03/2004, pág. 4.

²⁰ “La discusión está planteada en nuestro país -como en otros- entre quienes sostienen la respuesta afirmativa sobre la base del respeto a decisiones personales que harían solamente a la vida privada y los que afirman que sólo hay un sexo, el real, y que la solución del sentimiento de pertenecer al otro sexo está, como en cualquier enfermedad, en el tratamiento, en este caso psiquiátrico o psicológico, destinado a asumir la realidad” (BELLUSCIO, Augusto C., “Transexualidad. Derecho de los transexuales a casarse”, LA LEY Año XLVII N°52, boletín del 14/03/2004, pág. 4)

Recurrió a la justicia a efecto de que le fuera reconocido legalmente su cambio de identidad sexual, para consolidar su situación desde el punto de vista documental, de modo tal que pudiera insertarse plenamente en la sociedad y gozar de sus atributos como persona.

La sentencia se encuentra profusamente fundada con citas de jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, de prestigiosa doctrina, y recurriendo también a la apoyatura de lo prescripto en pactos internacionales incorporados a nuestro derecho interno.

En este último aspecto el sentenciante invoca la Convención Americana sobre los Derechos Humanos y al derecho consagrado en la misma para toda persona, de que sea respetada su integridad física, psíquica y moral.

En ese orden de ideas, encuentra que el derecho a la identidad exige que el patrimonio espiritual del sujeto sea acorde con la realidad, y entiende que si la realidad “psicosocial sexual” del individuo responde a una “realidad” diversa de la de su sexo biológico, el respeto a ese derecho exige el reconocimiento de esa “realidad espiritual”, más allá de la morfología sexual.

Una primera reflexión cabría efectuar en el punto, acerca de esta un tanto excesiva valoración de la espiritualidad.

El derecho a la identidad llevado a estos extremos podría dar lugar a la convalidación de una sexualidad “sentida y querida”, aún con prescindencia de la realización de intervenciones quirúrgicas y tratamientos “adecuativos”.

La “reasignación de sexo” ni siquiera requeriría de la adopción de decisiones irreversibles, ya que bastaría una plena acreditación del “género” sentido, para que el derecho tuviera que ocurrir en tutela de la identidad reclamada.

Este extremo en nuestro criterio, resulta inaceptable, en tanto y en cuanto implicaría, no sólo la pretensión humana de ignorar lo determinado por la naturaleza, con una potenciación del sentir individual totalmente desmesurada, y desvinculada totalmente de la realidad biológica, sino también una sobrevaloración de la espiritualidad, a punto tal de resultar prescindible hasta la morfología externa para la asignación del sexo.

Formulada esta aclaración, el eje del problema gira en torno a la solución jurídica para estos dolorosos casos, en los que la disociación irreparable entre la sexualidad biológica y la psicosocial no encuentra remedio.

En países como la República Argentina, en los que no se encuentra regulada la adecuación sexual externa de quienes sufren el síndrome transexual, como así tampoco las derivaciones jurídicas de la nueva apariencia sexual obtenida a través de intervenciones quirúrgicas y tratamientos de distinto tipo (cómo debe el derecho dar respuesta a la situación de estos individuos para que puedan alcanzar un grado de integración en la sociedad que les permita un desarrollo aceptable de su personalidad?

No pueden caber dudas que no es posible desconocer la dolorosa situación que implica haber obtenido mediante esas intervenciones y tratamientos la apariencia externa de un sexo (o sentir el irrefrenable deseo de obtenerla, sometándose a los mismos) , y tener correlativamente sentimientos, convicciones, comportamientos y actitudes propias del mismo, y resultar identificado a todos los efectos civiles como una persona del sexo contrario.

El daño a la integridad personal que ello conlleva se encuentra señalado en el fallo bajo comentario.

Fundándose en tales circunstancias, en la sentencia se dispone reasignar la identidad civil de la actora, pero para ello, declarándose que la misma —inscrita oportunamente con su denominación original— pertenece al sexo masculino.

Esta declaración de “pertenencia” a un sexo diferente del biológicamente determinado (a los efectos de la reasignación de la identidad civil), claro está, se contrapone con la realidad, en tanto y en cuanto, el

“cambio de sexo” —como se ha apuntado— no resulta posible²¹, e incluso va más allá que otros precedentes que limitaron sus alcances a modificaciones de índole documental y registral²².

Sin perjuicio incluso de la eventual reasignación del sexo en estos dos últimos aspectos, estimamos que una declaración judicial de esos alcances no corresponde que sea realizada, en primer lugar por no resultar cierta ni compadecerse con los antecedentes científicos que tienen establecida la imposibilidad natural de un cambio real de sexo, y en segundo término, por cuanto podría llevar las consecuencias del acogimiento de un cambio de identidad sexual, a extremos inaceptables para la sociedad humana y para las pautas de convivencia que la misma exige sean respetadas.

Como una primera derivación de esta “reasignación sexual” (que en nuestro criterio excede la de la “identidad sexual”), en la sentencia comentada se trata el problema del acogimiento del cambio del nombre y del sexo de estas personas en los asientos del Registro Civil, y la modalidad bajo la que cabe sean realizados.

En el fallo del tribunal sanjuanino se recuerda, que en tanto que algunos entienden que basta con la rectificación de esos asientos, otros estiman que directamente corresponde destruirlos y ordenar nuevas inscripciones.

Se opta en el decisorio por seguirse la opinión que considera nula a la inscripción registral original, por contener un error sobre un dato esencial de la personalidad.

Esa nulidad se dispone con un alcance parcial y absoluto, (considerándose que las anotaciones marginales rectificatorias que evidenciaran la transexualidad implicarían un atentado a la privacidad), aunque invocándose el resguardo a los “derechos y libertades de terceros, también se ordena dejar constancia por nota marginal que esa nulidad, fue ordenada por el Juez de la causa fallada.

Consecuentemente se dispone una nueva inscripción de nacimiento de la actora, ahora en el Registro Civil del lugar de su domicilio actual, dejándose constancia de la fecha real de su nacimiento, lugar de ocurrencia, filiación paterna y materna, y la nueva denominación y sexo asignados.

Además se ordena la emisión de un nuevo Documento Nacional de Identidad, con datos acordes con la nueva identidad acordada, y la rectificación de toda la documentación existente en reparticiones públicas y privadas también conforme a estos datos, cambios estos que deberán ser realizados de modo reservado.

Con el respeto que nos merece la opinión que se invoca para nulificar la partida original, y la consecuente modificación documental y registral ordenadas, estimamos que esa partida original no adolece de vicio alguno que amerite su declaración de nulidad.

El sexo del que se deja constancia en la partida de nacimiento, no puede ser otro que el biológico, por no resultar posible otra determinación a ese momento²³.

²¹ Nos recuerda Graciela Medina que estas intervenciones “...nunca otorgan todos los caracteres del sexo opuesto al de origen” (MEDINA, Graciela “Parejas homosexuales y transexuales: su derecho a la seguridad jurídica”, en <http://www.gracielamedina.com/archivos/articulos/pdf/000023.pdf>. Consulta efectuada el 07/07/2004).

²² En la causa ya citada fallada por el Juz. Civ. Y Com. De Córdoba, n.19 se resolvió “1. Hacer lugar a la acción esgrimida por M. L. G., a través de su apoderada y en consecuencia: a) Ordenar la anulación parcial y absoluta de la partida correspondiente al nacimiento de M. L. G. ocurrido en la localidad de ... provincia de Buenos Aires el ... 1967; b) Disponer una nueva inscripción de nacimiento en el Registro Civil del lugar del domicilio actual del accionante, debiendo dejarse constancia en dicha acta la fecha real de su nacimiento, lugar de ocurrencia del mismo, la filiación paterna y materna, el nombre de R. A. y de sexo masculino, debiendo consignarse en la misma, la anotación marginal expresada en el considerando; c) Ordenar la emisión de nuevo Documento Nacional de Identidad a nombre de R. A. G., como de sexo masculino y con las demás circunstancias personales que obran actualmente en el DNI. expedido a nombre de M. L. G.; d) Ordenar la rectificación de toda documentación de reparticiones públicas y privadas en la cual se consigne el nombre y sexo de M. L. G., por el actual. 2. Oficiese a los fines del cumplimiento de lo ordenado”, sin disponerse declarar esa pertenencia a un sexo distinto del biológico (Juzg. Civ. y Com. Córdoba, n. 19, 18/9/2001 - G., M. L. s/acción de sustitución registral (con nota de LLOVERAS, Nora y ORLANDI, Olga).JA 2001-IV-465).

²³ “Las actas de nacimiento registran los datos existentes al momento del nacimiento y no los adquiridos con posterioridad” . “ (MEDINA, Graciela “Parejas homosexuales y transexuales: su derecho a la seguridad jurídica”, en <http://www.gracielamedina.com/archivos/articulos/pdf/000023.pdf>. Consulta efectuada el 07/07/2004).

La nulidad "...es una sanción legal que priva a un acto jurídico de sus efectos propios o normales, por adolecer de defectos originarios, orgánicos y esenciales..."²⁴, y por tanto, la partida de nacimiento debe ser analizada al momento de su otorgamiento para juzgar si padece o no de un vicio que justifique su invalidación.

En el caso la partida anulada reflejaba en cuanto al sexo de la actora un dato exacto, esto es, su sexo biológico femenino.

La ulterior identificación de la misma con una sexualidad "psicosocial" masculina, no tiene trascendencia en orden al cuestionamiento de la exactitud original del dato relativo al sexo de la accionante.

Debe recordarse que en el caso la "desarmonía" sexual no obedecía a razones biológicas (como sucede en los supuestos de "hermafroditismo" o "pseudo-hermafroditismo"), sino que se trataba de un auténtico "síndrome transexual", en el que el sexo genotípico y fenotípico no se encuentran en duda.

La partida de nacimiento original no hizo otra cosa que reflejar la realidad a la fecha de su otorgamiento, y las circunstancias ulteriores que implicaron una identificación de la sexualidad vivencial de su titular, distinta a la del sexo asignado en orden a la realidad biológica que presentaba cuando fuera otorgada, no pueden viciar "retroactivamente" ese instrumento público.

Por estas razones no encontramos sustento jurídico para la nulidad ordenada.

De tal conclusión se deriva que la orden de otorgar una nueva partida de nacimiento con la nueva sexualidad asignada, tampoco tendría justificación, toda vez que la partida original debió de conservar su validez.

Vaya como reflexión en el punto, que no es que se pretenda desconocer la problemática transexual, ni la angustiada situación que la misma implica para quienes padecen de este síndrome, como así tampoco que se descarte la instrumentación de soluciones jurídicas que permitan a estas personas, alcanzar un desarrollo aceptable de su personalidad en el medio social.

Lo que se sostiene es que el derecho, que si bien es cierto "no puede ser fugitivo de la realidad", tampoco puede desconocerla, y actuar con prescindencia de la naturaleza, y de los derechos de todos los integrantes de la sociedad.

La declaración de nulidad de una partida de nacimiento de un transexual (no de un hermafrodita o de un pseudo-hermafrodita en la que la determinación ulterior de un sexo "prevalente"²⁵, puede contraponerse con el registrado en la partida original), y la expedición de una nueva partida con datos identificatorios (nominativos y de asignación de sexo) en base a la "apariencia sexual" obtenida por operaciones quirúrgicas y tratamientos médicos, implica transformar a todos los efectos jurídicos, una persona de un sexo, en una del otro sexo, algo que esas operaciones y tratamientos no pueden lograr.

Por tanto conlleva desconocer la naturaleza y la realidad.

Pero además, lleva a insertar jurídicamente en la sociedad a un sujeto con una identificación que le permite ejercer sin restricciones todos los derechos de un sexo, que la naturaleza no le ha dado, sin ningún tipo de limitación en tutela de los intereses sociales.

Así podría, por ejemplo, no sólo acceder a los beneficios jubilatorios a la edad del sexo que se le ha reconocido judicialmente, o merecer el tratamiento del nuevo sexo otorgado en prestaciones propias de la seguridad social, sino también incluso, contraer matrimonio con otra persona de su mismo sexo biológico, la que, por otra parte, hasta tendría dificultades para sostener la invalidez de ese vínculo — en el supuesto que pretendiera nulificarlo invocando el desconocimiento del verdadero sexo de su

²⁴ Conforme RIVERA, Julio César "Instituciones de Derecho Privado" (Parte General), T. II, Edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires 2.000, pág. 933.

²⁵ Recuerda Espinoza Espinoza que en Italia los tribunales "...han autorizado la modificación en los registros del estado civil, en casos especiales, como los de los pseudo-hermafroditas que se hayan sometido a la intervención de adecuación, reconociendo su derecho a la "precisión de la identidad sexual" (ESPINOZA ESPINOZA, Juan, "Nuevas fronteras de los actos de disposición del cuerpo", Jurisprudencia Santafesina N° 18 Marzo 1995, Eit. Panamericana, Santa Fe 1.995, pág. 44).

cónyuge—, por cuanto la reasignación de sexo y de identidad civil sin restricciones, implicaría que para el derecho el sexo asignado es el “jurídicamente real”.

En los considerandos de la sentencia del tribunal de Córdoba más arriba citada, se arriba a esa conclusión, expresándose que “...bajo ciertos resguardos, puede contraer matrimonio, ya que no puede resultar un impedimento retrotraernos a un análisis respecto a su sexo genético, cuando se está reconociendo y ordenando el cambio de sexo, lo cual resultaría contradictorio y mantendría también latente su problema que lo llevó a recurrir a la ciencia médica y a la justicia”²⁶.

Este criterio es también el que se ha ido abriendo camino en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos en las ya referidas sentencias del año 2.002, recordadas por Belluscio ²⁷, quien resalta la revisión de criterios anteriores que implican.

Recuerda el autor que “respecto del derecho a casarse, la Corte revió su anterior criterio de que la imposibilidad de hacerlo con una persona del sexo opuesto al nuevo del transexual no violaba el art.12 porque el derecho de casarse contemplaba el matrimonio tradicional entre dos personas de sexo biológico diferente. A este respecto afirmó que el derecho de fundar una familia no era una condición del derecho de casarse, por lo que la imposibilidad de procrear no debía impedir el matrimonio; que las limitaciones al derecho de casarse no podían restringirlo en grado tal que afectasen su sustancia misma; que los términos utilizados en el art.12 no significan ya actualmente que el sexo esté determinado por criterios puramente biológicos; que la institución matrimonial ha sido profundamente transformada por la evolución de la sociedad; que los progresos de la medicina y de la ciencia implicaron cambios radicales en el campo de la transexualidad; que la falta de concordancia de los caracteres biológicos en un transexual no puede más constituir motivo suficiente para justificar la negativa de reconocer jurídicamente el cambio de sexo del interesado, pues otros factores deben ser tenidos en cuenta (el reconocimiento por la comunidad médica y las autoridades sanitarias de los estados contratantes del estado médico de perturbación de la identidad sexual, la oferta de tratamientos, que incluye las intervenciones quirúrgicas que permiten a la persona aproximarse en la medida de lo posible al sexo al cual siente pertenecer, y la adopción por ella del rol social del nuevo sexo); que el art.9º de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, suscripta el 7 de diciembre de 2.000, se aparta del art.12 de la Convención al excluir la referencia al hombre y la mujer; que si el derecho nacional mantiene el sexo registrado al nacimiento como condición para casarse, ello constituye respecto de los transexuales una limitación que afecta la sustancia misma del derecho de casarse que se hace imposible porque no podrían hacerlo con una persona del sexo opuesto al que tenían anteriormente ya que llevan una vida correspondiente al adquirido; y que el abanico de opciones abierto a los Estados contratantes para regular el derecho a casarse no puede conducir a que se niegue prácticamente el ejercicio de ese derecho a los transexuales privándolos de él en toda circunstancia. Por lo tanto, estimó violado el art.12 de la Convención en los casos sometidos a su juzgamiento”²⁸.

Si bien en la sentencia comentada no se llega a conclusiones como las expresadas en los fallos referidos, tampoco derivaciones de esa naturaleza quedan descartadas.

La única salvaguarda para amparar los eventuales derechos de terceros, está constituida por la orden de efectuar una anotación marginal a la partida de nacimiento, que para muchas personas carecería de toda significación.

Por nuestra parte somos conscientes de la necesidad de brindar alguna solución jurídica a casos tan dramáticos como el del fallo comentado, pero sin perder de vista lo imprescindible del respeto a la realidad y a los derechos de los demás integrantes de la sociedad, y de esta misma en su conjunto.

²⁶ De los considerandos del fallo del Juzg. Civ. y Com. Córdoba, n. 19, 18/9/2001 - G., M. L. s/acción de sustitución registral (con nota de LLOVERAS, Nora y ORLANDI, Olga).JA 2001-IV-465.

²⁷ BELLUSCIO, Augusto C., en “Transexualidad. Derecho de los transexuales a casarse”, La Ley Año LXVII N° 52, boletín del 14 de marzo de 2.003.

²⁸ BELLUSCIO, Augusto C., en “Transexualidad. Derecho de los transexuales a casarse”, La Ley Año LXVII N° 52, boletín del 14 de marzo de 2.003, pág.3.

La rectificación de la partida original de nacimiento, modificándose el nombre y sexo del peticionante, a consecuencia de una orden judicial producida en el proceso, tiene en nuestro criterio una limitadísima potencialidad invasiva de la privacidad, toda vez que se trata de documentación cuya presentación es requerida por lo general, para tramitaciones relativas con el estado civil de la persona, a cuyo respecto, el sexo real resulta de decisiva trascendencia.

No encontramos razones de peso para justificar una “reinscripción” de la persona en el Registro Civil con su “nuevo sexo”, en tanto y en cuanto tal reinscripción no sólo no tiene correlato con la realidad biológica, sino que también, puede afectar derechos de terceros, e incluso, intereses públicos²⁹.

Por el contrario, la orden de expedición de un nuevo documento nacional de identidad con una denominación acorde con la sexualidad aparente obtenida, tratándose de un documento identificatorio exigido para trámites de todo tipo, encuentra justificativo, dado que resulta imprescindible en la vida cotidiana, e implica exponer —en este caso sí— al transexual a situaciones vejatorias que atentan contra su integridad personal³⁰.

La rectificación de la denominación y el sexo en toda la documentación pública o privada, ordenada sin ningún tipo de restricciones, también se presenta como excesiva.

El nombre y el sexo son datos identificatorios, encontrándose enunciados en el artículo 5 de la ley 25.326, y resultan exceptuados de la necesidad de consentir operaciones de tratamiento respecto de los mismos.

Se trata de informaciones de sencilla obtención, que se encuentran registradas en “bancos públicos de datos” tales como los pertenecientes al Registro Nacional de las Personas, a la Administración Federal de Ingresos Públicos, a la ANSES, a los registros electorales nacional y provinciales, etc..

El contenido de las informaciones que comunican, sólo permite “identificar” a sus titulares y, en todo caso, establecer “perfiles mínimos” de los mismos, sin mayor trascendencia ni potencialidad invasiva de su esfera de privacidad, como así tampoco con aptitud para generar —*prima facie*— conductas o actitudes discriminatorias hacia los mismos.

Tal calidad justifica —en principio— la excepción al consentimiento dispuesta, lo que habilita su libre recolección, circulación y procesamiento.

En el particular supuesto de los transexuales empero, estos datos, en tanto y en cuanto evidencian la pertenencia a un sexo distinto al de la apariencia externa de sus titulares, se justifica merezcan algún tipo de tratamiento para evitar actitudes o conductas discriminatorias o vejatorias a su respecto.

La orden de rectificación de esas informaciones en toda la documentación pública o privada en la que constaren sin embargo, se presenta como excesiva.

Téngase en cuenta que una disposición de este alcance, implica la necesidad de rectificar registros electorales, constancias de actuaciones judiciales y administrativas, archivos de afiliación sindical, inscripciones en la seguridad social, historias clínicas, prontuarios policiales, contratos de sociedad, etc., etc..

Todo ello sin computarse las consecuencias que para el interés general y los eventuales derechos de terceros tales modificaciones podrían ocasionar.

Nos inclinamos por un más restringido alcance de los pronunciamientos que acojan la pretensión de cambio de identidad sexual en los casos de transexualismo, también en este aspecto, disponiéndose, a

²⁹ “No se puede suprimir totalmente el sexo de origen en los registros del Estado Civil porque existe fundados motivos que hacen necesario su conocimiento en algunos casos. Ej. A los fines policiales, de los seguros, de las relaciones de familia, de la seguridad social, de la jubilación, etc.” (MEDINA, Graciela “Parejas homosexuales y transexuales: su derecho a la seguridad jurídica”, en <http://www.gracielamedina.com/archivos/articulos/pdf/000023.pdf>. Consulta efectuada el 07/07/2004).

³⁰ “Se debe permitir la adecuación de los documentos de identidad y de pasaporte de los transexuales para lograr una identificación acorde con el estado que han adquirido (MEDINA, Graciela “Parejas homosexuales y transexuales: su derecho a la seguridad jurídica”, en <http://www.gracielamedina.com/archivos/articulos/pdf/000023.pdf>. Consulta efectuada el 07/07/2004)

modo de ejemplo, que el accionante se encuentre facultado para requerir la rectificación o el sometimiento a confidencialidad de los datos³¹ relativos a su denominación originaria y sexo biológico, en aquellas documentaciones en los que el juzgador lo encuentre justificado, por su aptitud discriminatoria, teniendo en cuenta los intereses generales y los eventuales derechos de terceros.

Tanto la rectificación de la partida de nacimiento, como de cualquier documentación pública o privada, a producirse como consecuencia del acogimiento de una pretensión modificatoria de la identidad sexual en los supuestos de “transexualismo”, deberá ser efectuada teniendo en cuenta que “rectificar los datos conlleva modificar los mismos para que se compadezcan de modo efectivo con la porción de la realidad que representan”³².

De ello habrá de seguirse que tal realidad no estará constituida por la verificación de un “nuevo sexo” en el peticionante, sino por el reconocimiento de una “nueva identidad sexual” en base a la nueva apariencia sexual externa obtenida.

Por tanto, en los casos de auténticos síndromes transexuales, deberá, conjuntamente con la rectificación de la denominación y del dato relativo a la identidad sexual, dejarse constancia de la orden judicial que las dispone, sin perjuicio de disponerse en forma conjunta —si así se estimare necesario— “confidencializar” las informaciones que el tribunal estimare necesario dejar en reserva.

IV.- CONCLUSIONES

Somos concientes que el fallo comentado sigue en líneas generales la más nueva jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, y que en el sentido de adecuarse a esos criterios -que deben reconocerse imperantes en la mayor parte de los países desarrollados-, no puede ser objeto de mayores reproches.

Los reparos efectuados empero, no resultan el producto de convicciones dogmáticas ni de ortodoxias inflexibles.

Se encuentran fundados básicamente en el sentido común, y en la necesidad de salvaguardar intereses superiores a los meramente individuales.

En un mundo imbuido por la ya apuntada concepción posmodernista, en el que la potenciación casi ilimitada de los egoísmos, hace justificable el dejar de lado los intereses de la sociedad, la satisfacción de las apetencias espirituales pareciera no reconocer restricción alguna³³.

Ese marco ha dado como resultado que, el modelo ancestral de la familia, basado en la pareja heterosexual, se encuentre en crisis, aceptándose que puedan integrarlo también las uniones de personas del mismo sexo, y claro está, también los transexuales (como se desprende de los últimos fallos de la Corte Europea de Derechos Humanos más arriba citados).

A riesgo de ser injustamente encasillados en alguna posición ortodoxa, tenemos la convicción que la solución jurídica que la sociedad puede asimilar para la cuestión transexual, no pasa por una equiparación plena de estas personas con las del sexo al que tienen la convicción de pertenecer.

³¹ “El “sometimiento a confidencialidad” de los datos constituye un derecho de gravitante trascendencia, íntimamente relacionado con el contenido de las informaciones, o con las relaciones que -operaciones de tratamiento mediante- se puedan realizar respecto de las mismas. A diferencia de la “supresión” de los registros, este proceso implica el mantenimiento de las informaciones en los archivos, bancos o bases de datos, pero de modo tal que el acceso a las mismas por parte de “usuarios” o de simples terceros que no realicen a su arbitrio operaciones de tratamiento sobre tales datos, se encuentre restringido” (PEYRANO, Guillermo F., “Régimen Legal de los Datos Personales y Hábeas Data”, Edit. LexisNexis-Depalma, Buenos Aires 2.002., pág.178).

³² (PEYRANO, Guillermo F., “Régimen Legal de los Datos Personales y Hábeas Data”, Edit. LexisNexis-Depalma, Buenos Aires 2.002., pág.174).

³³ Ghersi apunta que “La finalidad es la búsqueda de la realización personal sin límites y en todos los campos, como símbolos fetichistas de la nueva religión: la exaltación del poder y la felicidad” (GHERSI, Carlos A., “Los Derechos Personalísimos en la Posmodernidad”, en “Derechos y Garantías del S XXI”, Edit. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires 1.999, pág.166).

Así como la realidad biológica no puede ser cambiada, tampoco el derecho puede convalidar las situaciones de modificación de la apariencia sexual, asignando un nuevo sexo, y todos los efectos jurídicos que ello importa, soslayando la realidad de las personas que padecen el síndrome transexual y se han sometido a intervenciones y tratamientos adecuados a su convicción y sentimientos en cuanto a su sexualidad psicosocial.

La “reasignación” jurídica de identidad sexual, en todo caso, debe ser efectuada en estas dolorosas situaciones, con limitaciones que contemplen el derecho de las personas que las sufren a desarrollar una vida digna (modificando en la medida de lo posible, las constancias documentales que pueden dar origen a actitudes discriminatorias o vejatorias para el transexual), pero contemplando también los intereses y derechos de los demás integrantes de la sociedad, y los de ésta en su conjunto (lo que habrá de requerir que determinados documentos —como la partida de nacimiento— no puedan dar lugar a dudas respecto a la modificación del dato sobre el sexo de la persona).

No resulta admisible que a su consecuencia, puedan suscitarse “errores” que afecten irreparablemente sentimientos tan caros para el ser humano, como los de formar una pareja o tener descendencia.

Tampoco puede convalidarse que los pilares de la estructura social, se vean socavados, equiparando jurídicamente, lo que ni la naturaleza ni la ciencia han igualado.

Si quienes padecen el “síndrome transexual” tienen un sexo biológico determinado, y una impronta “vivencial” opuesta a dicho sexo, la adaptación morfológica externa a esta última, sólo puede generar soluciones jurídicas enderezadas a permitirles un grado de integración en la sociedad acorde con su realidad, y enderezadas a evitarles vejaciones para su integridad personal.

Así como no pueden haber dudas que los transexuales tienen derecho a desarrollar su personalidad³⁴, tampoco puede haberlas respecto del derecho de la sociedad de preservar los cimientos que constituyen las bases sobre las que está constituida.

Entre ellos se cuenta, la diferenciación biológica de los sexos, que no sólo resulta el motor de la perpetuación de la especie, sino que también ha sido causa principal de la estructuración de la sociedad humana que el derecho regula.

Borrar ficticiamente esa diferenciación biológica, para tratar de solucionar problemáticas individuales, implica atentar contra dicha estructura.

El derecho debe —como se ha dicho— regular las relaciones sociales, pero no puede constituirse en el instrumento para destruir las bases en que las mismas se fundan.

Por estos motivos las soluciones jurídicas a la problemática del transexualismo, tienen que reconocer un “techo”, ya que el superarlo, compromete las bases de la estructura de nuestra sociedad.

Ese “techo” no tiene que superar la orden de una rectificación documental, que permita el desenvolvimiento de los transexuales en el medio social, sin encontrarse expuestos a la discriminación cotidiana.

La reasignación de identidad sexual tiene que ser efectuada sólo a esos efectos, modificándose su denominación y el dato relativo al sexo, consignados en la partida de nacimiento, dejándose constancia de que tales modificaciones se realizan por disposición judicial, como recaudo para evitar perjuicios a terceros, y teniendo en cuenta la necesidad de preservar la exactitud de los datos que se consignan, que exige su adecuación a la realidad.

La expedición de documentación identificatoria acorde la nueva apariencia sexual obtenida, puede también resultar procedente para permitir el desarrollo en el medio social de estas personas, como igualmente la rectificación de determinadas constancias y registros documentales, en casos justificados y por disposición judicial expresa (padrones electorales, etc.).

³⁴ “...el transexual, como ser humano que es, tiene derecho a desarrollar libremente su personalidad” (FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos “Apuntes sobre el derecho a la identidad sexual”, Jurisprudencia Argentina 1999-IV-889).

Ir más allá, sólo puede encontrar justificaciones en el marco de la ya referida concepción posmodernista del hombre y de la sociedad, que parece haberse desentendido no sólo de los intereses de esta última, sino también incluso, de su misma subsistencia.

DATOS DE PUBLICACIÓN

Publicación: JURISPRUDENCIA SANTAFESINA, N° 60, SANTA FE, OCTUBRE DE 2004.

Fecha: OCTUBRE DE 2004

: Página: 0059

Editorial: EDITORIAL JURÍDICA PANAMERICANA

REFERENCIAS

Referencias Normativas: LEY 25326 Art.5

Ratificación del derecho a la identidad sexual en un caso de hermafroditismo.

RIVERA, JULIO CESAR

Publicación: JURISPRUDENCIA ARGENTINA, 14 DE JUNIO DE 1995

SUMARIO

DERECHO A LA IDENTIDAD SEXUAL-HERMAFRODITISMO-SEXO GENETICO-CAMBIO DE SEXO-INTERVENCIÓN QUIRURGICA-RECTIFICACIÓN DE PARTIDA

Ante el tribunal de San Nicolás, se presentó una persona de 47 años de edad, inscripta en el registro civil como varón, con apariencia y comportamiento femeninos, solicitando la anulación de su partida de nacimiento y autorización para realizar una operación quirúrgica con el fin de adecuar su aspecto externo al sexo femenino.

En Primera Instancia se rechazó su pedido, pero en segunda Instancia su petición fue acogida.

La sentencia del tribunal de Alzada ha enfocado correctamente el tema de la identidad sexual del sujeto. Así se pronunció:

a) No restringiendo el concepto sexo al punto de vista genético tal como lo hizo la jurisprudencia francesa ahora abandonada, sino que establece que el sexo obedece a una conjunción de factores biológicos, psicológicos y sociales.

b) Afirmando que el problema motiva el convencimiento de que corresponde atender a la petición de definir la identidad sexual.

Las fuentes italianas sostienen que cada sujeto tiene un interés merecedor de tutela jurídica de ser representado en su vida de relación con su verdadera identidad.

El fallo respeta el derecho a la autodeterminación del peticionante en lo que hace a su identidad sexual, lo que resulta plenamente justificado por tratarse de un caso de hermafroditismo comprobado.

La sentencia adopta argumentos provenientes de la Corte de Estrasburgo, relativo a la discordancia entre la apariencia femenina y los documentos que identifican al sujeto como varón lo que deviene en una violación al derecho a la intimidad garantizado constitucionalmente.

El tribunal dispone la rectificación y no la nulidad de la partida por considerar que el motivo no radica en las formas del instrumento sino en su falta de concordancia con la realidad vivida por el peticionante.

Ante la ausencia de normativa específica debió recurrirse a la aplicación de los principios generales coligiendo que el principio aplicado en autos fue el del respeto a la persona humana.

DATOS DE PUBLICACIÓN

Publicación: JURISPRUDENCIA ARGENTINA

Fecha: 14 DE JUNIO DE 1995

REVISTA: 5937 Página: 0041

Editorial: JURISPRUDENCIA ARGENTINA S.A.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: LEY 17132

Ref. Jurisprudenciales: " C.L.J." ,C.Civ. y Com., San Nicolás, 11/08/1994., C.8º Civ. y Com., Córdoba, 31/03/1986, citado por Zavala de González, ob. cit. ps. 290/291., "B.J.L.s/ información sumaria", 1º instancia Civil de la Capital Federal, firme, 5/03/1993, E.D. 13 y 14/7/93, F., n.45, 128.

REF. BIBLIOGRÁFICAS

Wacke, Andreas "Del Hermafroditismo a la transexualidad", Anuario del Derecho Civil, Madrid, 1991-677 n.II-3 pág. 686.

Fernández Sessarego, Carlos "Derecho a la identidad personal", Buenos Aires, 1992.

Arias de Ronchietto, Catalina Elsa, "Pseudoilicitud de las intervenciones quirúrgicas por pseudohermafroditismo", ED 104-927.

Corte de Casación de Italia, 22/5/85, Nuova Giurisprudenza Italiana Commentata", 1987-II-467, con nota de Zeno Zencovich.

Bidart Campos, "El cambio de identidad civil de los transexuales quirúrgicamente transformados", JA 1990-III-97 también en ED 135-492.

Julio Cesar Rivera, " Transexualismo: Europa condena a Francia y la Casación cambia su jurisprudencia", ED 151-195.

Julio C. Rivera - Carlos Diego Córdoba, " Derecho a la identidad y derecho a la intimidad del presunto padre premuerto y de sus

El poder y el derecho a la verdad biológica.

Ponencia presentada al II Congreso Internacional Derechos y Garantías en el siglo XXI.

ZENERE, GISELA GUILLERMINA - BELFORTE, EDUARDO ARIEL

Publicación: www.saij.jus.gov.ar, 2001

SUMARIO

FILIACIÓN-PRUEBA BIOLÓGICA-DERECHO A LA IDENTIDAD

El derecho a la verdadera filiación que se condice con el derecho a la identidad, demandan que existan normas jurídicas que no obstaculicen que el ser humano sea tenido legalmente como hijo de quien biológicamente es hijo. Este tipo de normas que obstruyen emplazar la filiación que corresponde a la realidad biológica son inconstitucionales. El dato biológico —identidad estática— del individuo se integra con connotaciones adquiridas por éste como un ser social —identidad dinámica— es por ello que la identidad es una unidad compleja y es lo que se debe preservar en el derecho en su doble aspecto.

El carácter medular de la aspiración del ser humano es conocer quiénes lo han engendrado. Françoise Dolto expresa en su libro "...espero que quede bien aclarada la importancia de decir la verdad, esa verdad que los adultos comunican a los niños, quienes no solamente la desean en forma inconsciente, sino que la necesitan y tienen derecho a conocerla. La verdad puede ser dolorosa a menudo, pero, si se dice, permite al sujeto reconstruirse y humanizarse."

El derecho del hijo a conocer su verdadera identidad está por encima del derecho de los padres a resguardar su intimidad, y en caso de contraposición entre ambos derechos el primero debe prevalecer. Sostenemos la vacuidad de acudir al argumento de la intimidad familiar: engendrar un hijo es una acción privada autorreferente sólo en cuanto a la decisión procreativa originaria.

De ahí en más concebido el hijo, ninguna supuesta intimidad o privacidad —ni el padre, ni la madre, ni ambos en común— puede alegarse para frustrar los derechos del hijo -ni durante su gestación, ni después de nacido. Y entre sus derechos con sustento constitucional se halla el de conocer y emplazar su estado filiatorio, con todas las búsquedas previas incluso de tipo biológico que se enderezan a ese objetivo. Más allá de lo jurídico, de lo legal, de lo correcto, la única víctima del ocultamiento de la verdad es el niño.

Existieron juicios en el ámbito civil y penal con referencia a la identidad como consecuencia de la actitud de las Fuerzas Armadas de nuestro país, arrogándose el poderío y la impunidad del Estado absoluto, cometiendo delitos como secuestros, asesinatos y torturas.

De este modo, en nombre de la seguridad nacional miles de seres humanos pasaron a integrar una categoría tétrica y fantasmal "desaparecidos". Existen políticas públicas que invaden la esfera de la intimidad como por ejemplo programas de salud reproductiva, previsión social, etc. Se encuentran los mecanismos legales y jurídicos vinculados por un lado a la defensa de los derechos humanos y por el otro a los sistemas penales que en definitiva son selectivos hacia determinados sectores sociales y no protegen los intereses de los desamparados, sino todo lo contrario. Asimismo existen instituciones y prácticas concretas en las cuales la política y la legalidad se manifiestan: el accionar de la policía y el aparato judicial.

El Estado no debe tener ningún interés en intervenir en la intimidad de una familia mientras la normación interna funcione y no lesione ningún derecho fundamental de sus integrantes. Pero en las crisis familiares, que es cuando la normación interna ya no resulta satisfactoria para todos o algunos de sus integrantes, sí debe intervenir. La situación crítica comienza a trascender los límites del grupo familiar manifestándose externamente. Esta crisis puede afectar intereses de menores, incapaces, terceros, trasciende la esfera de la reserva y comienza a intervenir el Estado. Es cuando se produce el abordaje jurídico de la situación por vías de aplicación de las normas generales del Estado. Entonces se llama a intervenir al poder judicial para que, interpretando y aplicando las normas generales

dictadas por otros poderes, encuentre la forma normativa más adecuada para contener satisfactoriamente el sustrato fáctico que se le ha sometido a su jurisdicción. Cuando el poder judicial se pronuncia lo que está haciendo es dictando la norma al caso concreto, y a esto se llega cuando los sujetos interesados ahora en la solución de la crisis familiar han resultado incapaces de encontrar por sí nuevos códigos y pautas de comportamiento que se adecuen a las situaciones de cambio y eso los ha llevado a la crisis y ésta a trascender más allá de la intimidad del grupo. El Estado interviene para dictar la norma que las partes no han podido acceder por sí solas. El Estado por sí y por razones de orden público impone el establecimiento de normas externas en cuestiones de familia (dispensa de edad para contraer matrimonio).

Los planteos más polémicos y traumáticos se producen normalmente en el ámbito del proceso penal, en el que hay una fuerte incidencia del orden público que reclama la determinación de la verdad en juicio y cae con fuerza y sin distinción sobre los derechos de cada individuo en la faz privada. En el trabajo se trata de dilucidar la problemática de qué valor tendrá la expresión de voluntad de ese niño de someterse o no a las pruebas médicas, y de querer o no saber su verdad biológica. Con ello nos enfrentamos entonces con el orden público, que por un lado investiga la posibilidad de un delito, en el que se encuentran en juego intereses de la sociedad y de terceros, y por el otro el derecho personalísimo de saber quién uno es. Entonces el dilema de fondo a resolver es hasta qué punto si puede el derecho a la verdad biológica transformarse en un deber.

Pensamos que esta posición es insostenible. No es exigible en modo alguno imponer a una persona mayor de edad la obligación de que conozca su “supuesto” verdadero origen biológico. En los casos de los menores de corta edad compartimos el criterio con la CSJN que obligaron a efectuar el examen.

Coincidimos con ese criterio porque el representante debe obrar en interés del niño y no a favor de sus propios intereses, por lo que es lógico considerar que el parámetro normal en todo ser humano es conocer la verdad biológica y tiene derecho a ello, por lo que para hacerlo efectivo se debe proceder a realizar el estudio científico.

Con referencia a los niños que son mayores de 18 años creemos que se debería armonizar la mayoría de edad que estipula la Convención del niño -“se considera niño al menor de dieciocho años”-y admitir que a partir de los dieciocho años las personas deberían tener capacidad para determinar si se van a someter a los exámenes médicos que lo harán conocer el origen biológico. Creemos que en definitiva es cumplir el mandato constitucional de la Convención.

La institución que en nuestra sociedad llamamos paternidad no es algo monolítico sino que puede concebirse como un conglomerado de distintas relaciones. De hecho, el haz de derechos y obligaciones que forman parte de este estatus puede desglosarse en varias ramas: por ejemplo, algunos de los deberes del padre derivan del hecho de ser el presunto progenitor del niño; otros pueden emanar de su condición de esposo de la madre; otros, de asumir la responsabilidad social de su educación, y así sucesivamente. En nuestra sociedad, todos estos aspectos de la paternidad suelen ir idealmente ensamblados, pero ello no siempre ha sido así, ni mucho menos lo es en el caleidoscopio de la diversidad cultural.

Tal vez convendría en este punto hacer una distinción sumamente útil. Así, por una parte está el genitor, responsable del engendramiento del hijo, y por otra el pater, persona bajo cuya tutela y autoridad se encuentra el niño. En el caso del genitor, y en contraste con lo que sucede con la madre-genitrix, muchas veces tenemos que hablar de progenitor presunto, ya que no siempre se puede demostrar fehacientemente los vínculos biológicos entre uno y otro.

Es así que anteriormente en varias legislaciones se prohibía taxativamente la investigación de la paternidad, restringiéndola solo a casos excepcionales, en casos de delitos o cuando existiera escrito del padre en que conste su voluntad indubitada de reconocer por suyo al hijo, o cuando medie posesión de estado.

La legislación argentina ha progresado mucho en materia de filiaciones extramatrimoniales hasta equipararlas con las matrimoniales.

Quedó atrás la absurda valoración de que los hijos nacidos fuera del matrimonio —y especialmente los denominados adulterinos— “no tienen padre, ni madre, ni perro que les ladre”. Fueron seguramente las

valoraciones circulantes en la sociedad de ese tiempo las que llevaron a discriminar de esa manera originando la clasificación de sus filiaciones en legítima, natural, adulterina, incestuosa, sacrílega. Es así que durante muchos años la ley negaba la realidad de que ese hijo por ejemplo adulterino, tuviera madre y padre. Se había dado un paso importante con la ley 14.367 que al menos suprimió distinciones anacrónicas dentro de la categoría filiatoria extramatrimonial. Antes ya se había abolido las tan injustas de hijos sacrílegos e hijos incestuosos. Debe existir reciprocidad entre la realidad biológica y las normas.

Es así que resulta interesante el fallo de la Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires del 5/10/93 "A., L. O. c. F., J. L. y otra, s/reconocimiento de filiación, impugnación de paternidad y cambio de apellido", se resolvió por mayoría que el presunto padre extramatrimonial no está legitimado para impugnar la filiación matrimonial de su presunto hijo, ni para emplazarla de acuerdo a lo que él dice y cree ser la realidad biológica.

El voto disidente del Juez Negri dice: "no me parece que un ámbito de diálogo tan decisivo como el de la comunidad familiar pueda defenderse sino con la verdad, o con el debate de la verdad. Es así. No se puede justificar la restricción a la legitimación ni al consiguiente emplazamiento de la filiación, alegando que cuando un hijo figura como nacido del matrimonio de sus padres A. y B., y el supuesto padre extramatrimonial C. pretende desplazar la paternidad que impugna como opuesta a la realidad biológica, hay que negarle a C. la legitimación para proteger la paz familiar o la familia, o el matrimonio. Nada de eso se defiende ocultando la verdad, porque hay otra verdad: la que dice que, si acaso dentro de un matrimonio se infiltra como hijo de la pareja un ser humano que biológicamente es hijo de otro padre, lo que perturba al matrimonio, a la familia, y a la paz familiar es la conducta del cónyuge que tuvo un hijo con una mujer que no es su esposa y ese hecho ya consumado no se borra ni se remedia con esconder el resultado y dar vuelta la cara a la realidad. La sinceridad de que ese hijo sea legalmente hijo de C. no puede ser esquivada por la ley, so pretexto de tutelas a bienes que, antes de sufrir por el emplazamiento verdadero de la filiación han sufrido por la conducta del cónyuge que, incurso en adulterio ha disfrazado como hijo suyo a quien es hijo de otro hombre".

Es así que en el comentario del fallo el Dr. Bidart Campos expresa que el derecho a la verdadera filiación con todas sus derivaciones, y el derecho a la identidad personal, demandan que las normas jurídicas no obstaculicen que el ser humano sea tenido legalmente como hijo de quien biológicamente es hijo. Las normas que obstruyen emplazar la filiación que corresponde a la realidad biológica son inconstitucionales. Si ese resultado deriva de negar la legitimación procesal para emplazar la filiación a quien tiene derecho a que se la reconozca, lo son por la estrechez procesal. Y ello, aunque esa estrechez figure, no en la ley procesal, sino en el Código Civil. Esas normas dan vuelta la cara y miran para otro lado. Esa interpretación aplicativa como la ha realizado la mayoría en el fallo, está reñida con la Constitución y con la Convención sobre los Derechos del Niño.

Hoy en día vivimos continuamente acciones directas de cambio de identidad: adopciones en el extranjero de niños robados, secuestrados; cambios geográficos con el objeto de prostitución o colocación en tareas requeridas en países más avanzados; venta de niños. Como así también acciones de tipo indirecta: maniobras a cargo de líderes sociales cuyo común denominador es la inducción de un grado de pobreza, extremo que al alcanzar varias generaciones sucesivas producen individuos disminuidos, analfabetos, desnutridos, y subcerebrales, donde la identidad no tiene sentido más que como retórica del sistema.

No podemos dejar de expresar como lo hace el Dr. Calosso en uno de los fallos ya reseñados que muchos de los juicios en el ámbito civil y penal con referencia a la identidad fueron como consecuencia de la causa correspondiente a la actitud de las Fuerzas Armadas de nuestro país, arrogándose el poderío y la impunidad del Estado Absoluto, cometiendo delitos como secuestros, asesinatos y torturas. De este modo, en nombre de la seguridad nacional miles de seres humanos pasaron a integrar una categoría tétrica y fantasmal "desaparecidos". Se había engendrado "miedo propio, miedo ajeno, miedo colectivo y social".

Es así que el término "familia" fue interpretado por las dictaduras que regían los destinos de los países latinoamericanos en abierta corriente hacia sus intereses: una familia disciplinada y ordenada en la cual cada uno tiene su lugar y se comporta de manera adecuada a su rol.

El régimen militar es entonces el padre protector que se hará cargo de la ardua tarea de limpieza y protección de su familia ayudado por los otros padres “menores” que van a disciplinar y controlar a sus hijos adolescentes rebeldes.

Ahora bien. Este fenómeno de autoritarismo en manos de los militares, si bien cierto, no es un fenómeno aislado en nuestra sociedad, sino un síntoma más de decenios de gobiernos autoritarios, aun cuando sean de origen democrático. Nuestra sociedad no acepta todavía el pluralismo y la verdadera democracia.

Nuestra actual democracia es tan solo “formal”, expresada a través del voto, pero quienes ejercen los cargos electivos aún son huérfanos de vocación democrática, escudados tras la protección de un Estado que sigue siendo tan paternalista como el del régimen militar y que como éste, sigue atacando a vastos sectores de la sociedad —pobres y jubilados— quienes no pueden acceder de ningún modo a los declamados derechos constitucionales. Nunca los militares llegaron al poder por sí mismos, sino que siempre contaron con el apoyo amplios sectores de la ciudadanía civil, muchos de los que ahora se rasgan sus vestiduras e intentan borrar su pasado promilitar haciéndose ver como consumados “demócratas”.

No es menos cierto el fenómeno social de la madre que sale de su esfera privada hacia el espacio público en búsqueda de su hijo.

Esta transmutación del vínculo familiar en términos de lo político y lo público es significativo en lo que se refiere a la reconceptualización de la relación entre el mundo público y la vida privada.

Con la técnica de la desaparición y sus consecuencias, todos los principios éticos que las grandes religiones y las más elevadas filosofías erigieron a lo largo de milenios de sufrimientos y calamidades fueron pisoteados y bárbaramente desconocidos. Son muchísimos los pronunciamientos sobre los sagrados derechos de las personas a través de la historia y, en nuestro tiempo, desde los que consagró la Revolución Francesa hasta los estipulados en las Cartas Universales de Derechos Humanos y en las grandes encíclicas de este siglo. En las naciones civilizadas -incluyendo la nuestra- se estatuyeron en sus constituciones garantías que jamás pueden suspenderse ni aún en los más catastróficos estados de emergencia: el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal, el derecho a proceso, el derecho a no sufrir condiciones inhumanas de detención, negación de justicia o ejecución sumaria.

A su vez trajo como consecuencia no solo la cantidad de juicios que se ventilan y se han ventilado en nuestros tribunales, sino tal como lo dice el título del trabajo de Bidart Campos “El desplazamientos de menores de un grupo familiar a otro” (ED132-981).

Expone que en los casos de menores que como hijos de presuntos desaparecidos, habían sido adoptados, tomó intervención la justicia penal en cumplimiento de la ley de Patronato de Menores que asigna a los jueces de ese fuero la competencia en situaciones especiales en que menores aparecen como víctimas de eventuales delitos, agregando que tal intervención de los jueces en lo penal no sustrae a los jueces en lo civil la competencia exclusiva que les cabe en relación con la adopción oportunamente dispuesta, y aunque es así, y aunque el vínculo adoptivo subsista hasta que la justicia en lo civil lo deje en su caso sin efecto, el menor que ha convivido determinado tiempo, a veces años con sus padres adoptivos, sufre un impacto emocional y sentimental muy fuerte al ser transplantado a otro núcleo familiar, que en la mayoría de los casos no ha tenido noticias hasta ese momento. Y la dificultad no se supera con el hecho de que el nuevo grupo al que se lo incorpora pueda ser el de parientes de sangre del menor.

Luego de preguntarse qué reflexión merece esta situación, termina afirmando que todas las hipótesis de desplazamiento de un menor desde un núcleo hacia otro es el interés de ese menor el que debe presidir toda decisión que lo afecte. Y es poco o nada realista la que se adopta con el manejo y la aplicación de normas fríamente analizadas en desvinculación de las circunstancias en que ese mismo menor se halla inmerso ante la disputa de quienes lo reclaman para sí. Ningún interés ha de ser superior al del menor que es el centro del problema. No comprenderlo por apego a la letra de la ley o a cualquier otra preferencia es dar la espalda a la realidad; pero mucho más grave es no cumplir la pauta rectora de la Corte, tan insistida en su jurisprudencia dirigida a los jueces: la sentencia ha de

lograr la solución objetivamente justa del caso, o lo justo en concreto que se parece mucho a lo de buscar y conseguir la solución mejor que en cada momento y en cada circunstancia resulta viable y accesible.

El conocimiento del origen biológico de la persona es de suma importancia dentro de los aspectos de la identidad personal; debe destacarse la importancia de que el dato biológico es la identidad estática del individuo y ésta se integra con connotaciones adquiridas por éste como un ser social —identidad dinámica— es por ello que la identidad es una unidad compleja y es lo que se debe preservar en el derecho en su doble aspecto.

Nuestra identidad, lo que somos y lo que queremos ser, nos viene dado en gran parte por la adscripción a un universo familiar determinado. Mas la familia no está aislada del resto de las instituciones sociales. Sus miembros desarrollan muchas de sus actividades en el exterior, de donde derivan parte de sus valores, además de estar sujetos también al influjo de los medios de comunicación de masas. No obstante la transmisión de dichos valores, el cultivo de la sociabilidad el equilibrio emocional y hasta el espíritu cívico de los individuos dependen en gran medida del ajuste entre demandas y expectativas de los actores familiares, tanto en el interior como en el exterior.

Es dentro del seno familiar donde se acunan y se nutren aquellos valores sociales más generales que configuraran no solo la identidad personal del individuo sino la identidad cultural del país y la personalidad colectiva. Aunque muchos autores consideren lo contrario es sumamente difícil que la escuela pueda transmitir e internalizar determinados valores que vayan en contra de lo que sustente el núcleo familiar, ya que los valores básicos que sustentan la personalidad del individuo y que forman su parte de fibra íntima y emocional fueron adquiridos por activa o por pasiva a través de la interacción entre sus disposiciones genéticas y las experiencias habidas de su tierna infancia.

De allí que social y culturalmente la educación familiar adquiere suma y justa importancia. Por eso en las sociedades de avanzada la educación de los hijos se ha hecho sumamente trascendental. Si bien no se puede dejar de lado la relevancia de los conocimientos que se deben aprender en la escuela es decisivo el entorno familiar para adoptar un criterio propio que lo puede dar solo la familia en una sociedad donde somos bombardeados constantemente por información contradictoria.

Educar a nuestros hijos debe tener como meta crear seres que conozcan no solo su identidad sino además ser más autónomos que heterónomos, tener ideas e iniciativas propias, comprender y analizar situaciones que se le planteen, pero todo ello únicamente se logra mediante orientaciones generales firmemente asentadas en algún tipo de valores y ese valor que mucho tiene que ver con nuestros trabajos, es la verdad.

No es posible dejar de lado otra de las cuestiones íntimamente relacionadas con la verdad biológica y la identidad, que es, la función del Estado: el orden público. Esto es en cuanto a lo privado y lo público. Qué ámbito familiar y de derecho relacionado con la familia mantendrá su espacio privado o quedará a merced de lo público.

En la realidad cotidiana, el Estado y diversas agencias sociales intervienen permanentemente conformando a la familia y los roles dentro de ella, controlando su funcionamiento, poniendo límites, ofreciendo oportunidades y opciones. En este sentido, la conformación de la familia es el resultado de la intervención de diversas fuerzas e instituciones sociales y políticas: servicios sociales, legislación, agencias de control social, pero también las ideas dominantes o hegemónicas de cada época.

Los tribunales de menores es una de las intromisiones al seno familiar con sus respectivas instituciones caritativas y filantrópicas “moralizadoras”. El Estado interviene en la vida familiar, lo cual se manifiesta no solamente en casos extremos en que es el mismo Estado quien confronta a los padres e inclusive llega a quitarles la patria potestad. También es el Estado, que a través del Ministerio Público de menores, promueve la acción judicial de reclamación de la paternidad.

Así, en un fallo de la Cámara Nacional Civil, Sala “M” del 22/7/91

“R c. O” determinó que esa reclamación de la paternidad por parte del Ministerio Público de Menores y el posterior desistimiento de la acción por la madre no paraliza la acción, la que continuará por el Ministerio Público de Menores. Ello es así, ya que la cuestión es de orden público y porque sin desmedro del derecho personal de hijo, la sociedad tiene interés en tutelar y hacer efectivo el derecho

de los hijos a conocer la identidad de sus padres. A la comunidad toda le interesa proteger y garantizar el derecho de un hijo a conocer la identidad de su padre y es por ello que una vez habilitada la instancia por el consentimiento de la madre, el Ministerio Público deberá seguir las acciones hasta su culminación.

De lo contrario, se posibilitaría que cualquier presión o beneficio ofrecido a la madre por el presunto padre o un tercero pudiera hechas por tierra las actuaciones y dejar de esta forma desprotegidos los derechos del menor el que, aún conociendo la identidad de su padre, no podrá obtener un pronunciamiento judicial en este sentido hasta que no alcance la mayoría de edad, lo cual resulta a todas luces inadmisibles. Se nos hace falaz acudir al argumento de la intimidad familiar: engendrar un hijo es una acción privada autorreferente sólo en cuanto a la decisión procreativa originaria. De ahí en más concebido el hijo, ninguna supuesta intimidad o privacidad —ni el padre, ni la madre, ni ambos en común— puede alegarse para frustrar los derechos del hijo -ni durante su gestación, ni después de nacido. Y entre sus derechos con sustento constitucional se halla el de conocer y emplazar su estado filiatorio, con todas las búsquedas previas incluso de tipo biológico que se enderezan a ese objetivo.

También existen políticas públicas que invaden la esfera de la intimidad como por ejemplo programas de salud reproductiva, previsión social, etc. Se encuentran los mecanismos legales y jurídicos vinculados por un lado a la defensa de los derechos humanos y por el otro a los sistemas penales que en definitiva son selectivos hacia determinados sectores sociales y no protegen los intereses de los desamparados, sino todo lo contrario. Asimismo existen instituciones y prácticas concretas en las cuales la política y la legalidad se manifiestan: el accionar de la policía y el aparato judicial.

Una familia es un modo de relación que existe entre distintos sujetos que se vinculan entre sí en virtud de matrimonio o parentesco y que, como toda relación intersubjetiva estable, cada familia supone pautas y códigos de comportamiento que les son propios, formados por la reiteración de determinadas conductas que son receptadas por todos los integrantes del grupo como aceptables.

Esta conformación de normas particulares que atienden los intereses de un grupo familiar determinado y que resulta de la formulación espontánea de códigos de entendimiento y pautas de comportamiento se la llama “normación interna”. A éste se le opone la “normación externa” que son el conjunto de normas que emanan de los órganos competentes del Estado.

En este sentido el Estado aborda a la familia desde los tres campos de su actividad potestativa por considerarse que la base de existencia y perdurabilidad de la sociedad política no es otra que la sociedad familiar en cuanto a fuente de reproducción de la especie humana y tránsito necesario e insustituible hacia formas más complejas de comunidad.

Así, el poder legislativo respondiendo a pautas marcadas por la naturaleza humana, y respetando las características de un medio sociocultural dado en tiempo y espacio dicta normas de carácter general; el poder administrador, poder ejecutor de las políticas generales viabiliza e instrumenta el desenvolvimiento de la familia conforme el perfil delineado por el legislador; y el poder judicial enfrenta el conflicto familiar en particular buscando a través de una sentencia el dictado de la norma aplicable al caso concreto mediante la interpretación y aplicación de las normas generales imponiendo coactivamente las consecuencias previstas por la legislación.

Es de señalar que las pautas, comportamientos, códigos de los grupos familiares “normación interna” que refleja sus necesidades específicas y atiende las personalidades propias de cada individuo que lo integra, quedan en ese ámbito interno en tanto no contraríen los intereses generales de la comunidad a la que pertenecen. El Estado no tiene ningún interés en intervenir en esa intimidad.

El poder judicial actúa en los casos de crisis que trascienden la esfera íntima protegida por el principio constitucional de reserva (art. 19 C.N.)

Se entiende por crisis familiar en la vivencia por parte del sistema familiar de una situación de cambio en que la normación interna ya no resulta satisfactoria para todos o algunos de sus integrantes. Y en la medida en que no se encuentren nuevos códigos o pautas de comportamiento que reemplacen a las anteriores, el desajuste se agrava, las relaciones se perjudican y al situación crítica comienza a trascender los límites del grupo familiar manifestándose externamente.

Cuando esta crisis afecta intereses de menores, incapaces, terceros, instituciones de orden público, trasciende la esfera de la reserva del art. 19 C.N. y comienza a intervenir el Estado.

Es cuando se produce el abordaje jurídico de la situación por vías de aplicación de las normas generales del Estado. Entonces se llama a intervenir al poder judicial para que, interpretando y aplicando las normas generales dictadas por otros poderes, encuentre la forma normativa más adecuada para contener satisfactoriamente el sustrato fáctico que se le ha sometido a su jurisdicción.

Cuando el poder judicial se pronuncia no está haciendo otra cosa que dictando la norma al caso concreto, y a esto se llega cuando los sujetos interesados ahora en la solución de la crisis familiar han resultado incapaces de encontrar por sí nuevos códigos y pautas de comportamiento que se adecuen a las situaciones de cambio y su total falta de comunicación los ha llevado a la crisis y ésta a trascender más allá de la intimidad del grupo. El Estado interviene para dictar la norma que las partes no han podido acceder por sí solas.

La obtención de una sentencia operativa —esto es que su contenido resolutorio se a ejecutable en los hechos— solo se puede lograr mediante un esfuerzo interpretativo e integrativo del derecho vigente, que, conjuntamente con la aplicación de mismo se constituye en el desideratum de la función judicial.

Ortega ya decía “toda decisión judicial construye realidad (antes y después de una sentencia la realidad es distinta), y, por lo mismo, como se dice hoy, la desconstruye”. Y también es interesante lo del juez cubano Garcerán del Vall “la función judicial rebasa la esfera de la mera subsunción lógica”.

En cuanto a la sentencia que dicta el juez es más que aplicable la frase del Cardenal Mazzarino “Es tan buen juez, que está rabioso porque no puede condenar a las dos partes...” y es que, en cierto modo todo juez queda mal con una de las partes, a menudo con las dos y en el fondo siempre consigo mismo.

El Estado por sí y por razones de orden público impone el establecimiento de normas externas en cuestiones de familia por ejemplo, dispensa de edad para contraer matrimonio. Es interesante el voto del Dr. Polak en el fallo de la Sala “L” Cámara Nacional Civil 14/4/94 “M., C. S. c. E. y L. F., C. M. s/ filiación” en un aspecto poco analizado en cuanto al razonamiento psicológico y el perfil del padre demandado en la causa a raíz de la tenaz y obsesiva negativa a reconocer su paternidad.

Este razonamiento no solo es aplicable a la causa donde fue resuelta la paternidad, sino también a toda una época y a los problemas religiosos que se le plantea a los seres humanos frente a determinados actos.

“Las partes en la causa habían enfáticamente demostrado y manifestado pertenecer y profesar el culto católico. Pero lo cierto es que para el mantenimiento de sus relaciones de intimidad han superado ciertas vallas. Lo cual no merece mayor reproche. La realidad nos viene indicando que la vida en pareja es hoy habitual y aceptada por la sociedad. Esta vida integral se asemeja al período prematrimonial. No me corresponde emitir opinión filosófica, social o religiosa al respecto. Sí me veo obligado a comprenderlo desde la órbita de los hijos que habrán de nacer. Ellos serán apreciados, no como los hijos del pecado, sino como del amor. El Sr. C. E. y L. F., además de su sólida convicción católica, lo digo con el mayor de los respetos, además de la devoción, es un militante activo y se mueve dentro de las altas esferas del catolicismo. Y ahí viene, a mi entender, la explicación de una conducta para nada aceptable pero sí comprensible. Se ha obnubilado ante el temor de la excomunión por parte de la Iglesia Católica y del Derecho Canónico. Perturbado ante ese peligro y desechando la vía del arrepentimiento y del perdón, o cualquier otra conducta viable y digna, ha tomado el camino de la negativa de todos los hechos que se le imputaron; agotando los recursos legales y procesales para poder presentarse ante sus superiores como la víctima de un error judicial. La insistencia en una presunta inocencia podría salvarlo del castigo. Peor quien quiere probarlo todo termina por no probar nada. Así...hace saber su casamiento con otra mujer siendo él virgen. Esta insólita, sorpresiva y autoproclamada virginidad nos permite recordar cuán fácil es caer de lo solemne a lo ridículo. Vaya virginidad la de quien ha convivido en relación de pareja extralegal, que le ha brindado un hijo y que considera como su deber repudiar.”

El voto transcrito sirve a su vez para resaltar que muchas veces no falla “la religión” o “la iglesia” como vulgarmente se dice en forma ligera, sino que fallan sus integrantes, quienes hipócritamente proclaman una idea e interiormente sostienen otra, diametral y vergonzosamente opuesta.

Creemos que en todo proceso debe primar la verdad jurídica e impedirse su ocultamiento a través de ritualismos puramente formales que solo conducen a la frustración de un adecuado servicio de justicia que resulta garantizado por nuestra ley fundamental.

Debemos concluir que el derecho a la identidad personal supone para cada individuo el acceso concreto y cierto al conocimiento de su origen biológico con independencia de su filiación.

Ese derecho tiene que estar instrumentado en forma tal que no se torne abstracto ni de imposible cumplimiento. Por eso sostuvimos en el anterior trabajo presentado para este curso que resulta inconstitucional el establecimiento de bancos anónimos de donantes para fecundación asistida. Y es así debido a que interpretamos que la identidad es uno de los derechos personalísimos de la persona y como tal goza de todos sus caracteres y garantías.

Es por todo ello que “El normal desarrollo psicofísico exige que no se trabe la obtención de respuesta a esos interrogantes vitales. La dignidad de la persona está en juego, porque es la específica “verdad personal”, es la cognición de aquello que se es realmente, lo que todo sujeto naturalmente anhela poseer, como vía irremplazable que le permita optar por proyectos de vida elegidos desde la libertad. Pues ésta es —finalmente— la que resulta mancillada cuando el acceso a la verdad es obstruido...Que justamente, por el carácter medular de la aspiración del ser humano a conocer quiénes lo han engendrado, son tan devastadoras las consecuencias de las vallas puestas en el camino de acceso a esa verdad. Cabe recordar que, con relación a este tema, se subrayó la capital importancia que reviste la situación traumática que se genera en los procesos de ocultamiento al niño de su verdadera identidad” (voto del Dr. Petracchi en Recurso de Queja por apelación denegada en la causa “M., J. s/ denuncia del 13/11/90).

Coincidentemente y adhiriéndonos a la opinión de Françoise Dolto en su libro “Los niños y su derecho a la verdad” expresa que: “...espero que quede bien aclarada la importancia de decir la verdad, esa verdad que los adultos comunican a los niños, quienes no solamente la desean en forma inconsciente, sino que la necesitan y tienen derecho a conocerla. La verdad puede ser dolorosa a menudo, pero, si se dice, permite al sujeto reconstruirse y humanizarse.”

El derecho del hijo a conocer su verdadera identidad está por encima del derecho de los padres a resguardar su intimidad, y en caso de contraposición entre ambos derechos el primero debe prevalecer. Y también, debe prevalecer por encima del interés de los familiares del difunto, que normalmente se resisten a que se extraigan muestras del cadáver del presunto padre para averiguar la verdad biológica del que acciona.

Sostenemos la vacuidad de acudir al argumento de la intimidad familiar: engendrar un hijo es una acción privada autorreferente sólo en cuanto a la decisión procreativa originaria. De ahí en más concebido el hijo, ninguna supuesta intimidad o privacidad -ni el padre, ni la madre, ni ambos en común- puede alegarse para frustrar los derechos del hijo -ni durante su gestación, ni después de nacido. Y entre sus derechos con sustento constitucional se halla el de conocer y emplazar su estado filiatorio, con todas las búsquedas previas incluso de tipo biológico que se enderezan a ese objetivo.

Nos merece un espacio de opinión la posición que sostiene el Dr. Bidart Campos en cuanto refiere que solamente si se lo convenciera de que en esta disputa de intereses contrapuestos tiene mayor jerarquía valiosa el bien jurídico tutelado en el derecho de toda persona a conocer su filiación y a emplazar su status de familia, podría resignar el punto de vista de que por encima del derecho a la verdad biológica se encuentra el principio constitucional de que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo, que el sostiene que no es solo aplicable al derecho penal sino a todos los derechos como norma genérica que no distingue clases de proceso: “Por eso decimos que si bien puede pedirse absolución de posiciones no es constitucional tenerlas por absueltas en rebeldía”. El sostiene que en ningún proceso, civil o penal, es viable obligar a declarar a una persona contra sí mismo, ni tampoco inferir presunciones en contra de quien se niega a una declaración ni a un examen. No es viable exigirle a alguien que se preste a una prueba para lo cual tenga que ofrecer su cuerpo.

Decididamente no compartimos ese criterio. La garantía constitucional del art. 18 de la C. N. está brindado para que nadie sea obligado a declarar contra sí mismo en causa penal. La propia Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha expedido en el sentido de la legalidad y legitimidad de la extracción compulsiva de sangre como un procedimiento científico ordinario e inocuo que no produce ningún tipo de secuela física, y además, como ya lo hemos expresado, no se pueden equiparar en jerarquía el derecho de la persona a conocer la identidad con el derecho del demandado como padre a salvaguardar su “integridad física”, ni aún encontramos razonabilidad en la excusa de que preserve su “dignidad”, dado que con ella solo consigue perpetuar la privación de la dignidad de quien quiere acceder a un pleno conocimiento de su emplazamiento filiatorio. Por otra parte, es ya añeja la doctrina de la Corte Suprema y de otros Tribunales en el sentido de que la extracción de sangre es una medida en la cual el individuo es “objeto” del proceso y no “sujeto” del proceso.

En el caso del juicio civil por paternidad no puede esgrimirse la cláusula de autoinculpación. Ni aún en el proceso penal —donde sí rige plenamente dicho principio— podría el imputado, por las razones antedichas oponerse a la extracción de sangre. Resulta aquí ineludible volver a citar el fallo de la Cámara Nacional Civil Sala “C” del 13 de junio de 1996 en cuanto refirió que “En los albores del Siglo XXI no es posible privar al más débil —menor cuya filiación se reclama— de la prueba más fuerte —exámenes biológicos— y que está fuera de su alcance dependiendo únicamente su producción de la voluntad exclusiva del sindicado como progenitor...”

En cuanto al entrometimiento del Estado en la faz privada es correcto que el emplazamiento filiatorio no dependa de la voluntad de las personas ni esté sujeta a manifestaciones variables, como que tampoco la confesión extrajudicial no resulte idóneas para excluir o incluir la filiación de nadie.

Los planteos más polémicos y traumáticos se producen normalmente en el ámbito del proceso penal, en el que hay una fuerte incidencia del orden público que reclama la determinación de la verdad en juicio y cae con fuerza y sin distinción sobre los derechos de cada individuo en la faz privada.

Se entremezclan aquí los sentimientos del niño víctima de un supuesto delito, el que, según su edad y capacidad de comprensión se dará cuenta de que lo que se encuentra en juego es su identidad biológica.

Se trata de dilucidar la problemática de qué valor tendrá la expresión de voluntad de ese niño de someterse o no a las pruebas médicas, y de querer o no saber su verdad biológica. Con ello nos enfrentamos entonces con el orden público, que por un lado investiga la posibilidad de un delito, en el que se encuentran en juego intereses de la sociedad y de terceros, y por el otro el derecho personalísimo de saber quién uno es.

Entonces el dilema de fondo a resolver es hasta qué punto ese orden público impuesto por el Estado puede generar en ese menor un deber a conocer su identidad biológica, anulando de tal modo un derecho propio que es el de querer conocer o no querer conocer su verdadera identidad biológica. Y en este interrogante cabe plantear cuál es la edad a partir de la cual la opinión del menor pueda tener trascendencia en la decisión.

También se plantea la cuestión de cómo juega la minoría de edad, dado que para nuestra ley la mayoría de edad se alcanza a los veintiún años, mientras que la Convención del Niño, considera niño a todo menor de dieciocho años.

Tratándose de un menor entonces, otro problema es el de cuáles son los límites de los representantes legales y/o terceros para disponer de la prueba biológica del niño y con ello decidir el conocimiento de la verdadera filiación.

La Corte, en numerosos fallos, ha sentado que para que la prueba genética sea procedente el niño tiene que ser víctima o estar imputado de un delito. Que la prueba tiene que ser conducente al esclarecimiento del hecho que se investiga. Y debe estar relacionada y dirigida razonablemente a la resolución de la causa en que se dispuso su realización, dado que las medidas instructorias deben ser siempre razonables y pertinentes con el objeto sumarial.

Asimismo la Corte ha confirmado fallos de primera instancia donde se ha obligado compulsivamente a realizar la prueba y en otros no, ya que hay que analizar el caso concreto y las pruebas penales que se presentan en cada uno.

Pensamos que como criterio general el derecho de saber la verdad biológica debe privar siempre. Ahora, ese derecho (Se transforma en algunos casos en un deber a tener que conocer la identidad biológica?

Trataremos de ir respondiendo los cuestionamientos planteados.

Es así que lo primero que recordamos para determinar el conflicto entre orden público vs. derecho personalísimo es el caso de la joven de veintitrés años Vazquez Ferrá, en el cual la jueza de primera instancia la obligó a realizarse el examen de A.D.N. para conocer la verdadera filiación, en un juicio en el que se investigaba secuestros ilegales y apropiación de bebés ocurridos durante el proceso militar. La Sala I de la Cámara hizo privar el orden público y confirmó la obligatoriedad para que esta persona se extrajera sangre a los fines de ese análisis.

En este ejemplo es muy claro que a quien se obliga a conocer la identidad biológica —contra su voluntad— es una persona mayor de edad y que por lo tanto conforme al Código Civil goza de todas las prerrogativas inherentes a la mayoría de edad, ya que no se ha discutido que pudiera padecer de alguna incapacidad por la que la manifestación de su voluntad pudiera encontrarse viciada.

Es más que claro en este ejemplo aplicable la pregunta de si puede ese derecho transformarse en un deber. Pensamos que esta posición es insostenible.

No es exigible en modo alguno imponer a una persona mayor de edad la obligación de que conozca su “supuesto” verdadero origen biológico.

No le puede ser oponible ninguna razón de orden público, ni debe prevalecer ninguna ficción jurídica en cuanto al interés social en el esclarecimiento del hecho delictivo y el castigo a los responsables. El delito debe verificarse por otra vía y con otras pruebas.

En el caso en concreto los imputados continuaron detenidos dada la existencia de otras pruebas suficientes para imputarles el delito.

Por otra parte debe primar la autonomía de la voluntad de quien libremente y sin coerción a su voluntad no quiere —no siendo imputado, y como en este caso, siendo presuntamente víctima de un delito— someterse a ningún examen, y además porque su negativa no hace referencia al examen en sí mismo, sino a su completa falta de interés en conocer su verdadera identidad.

Esto es claro en el caso del mayor de edad, dado que, reiteramos, en un estado de derecho republicano y democrático, la voluntad pública no puede invadir esferas específicas de privacidad, las que por otra parte se encuentran además resguardadas en las acciones

imprescriptibles que esta persona tiene para hacer valer en

cualquier momento de su vida el derecho a conocer -voluntaria y

libremente- su identidad.

(Qué sucede cuando encuentran comprometidas personas menores de edad?

En la mayoría de los casos analizados, son niños de corta edad, por lo que son sus representantes legales los encargados de autorizar el examen para conocer la identidad.

En estas situaciones, estamos de acuerdo con varios fallos de la Corte que obligaron a efectuar el examen. Coincidimos con ese criterio porque el representante debe obrar en interés del niño y no a favor de sus propios intereses, por lo que es lógico considerar que el parámetro normal en todo ser humano es conocer la verdad biológica y tiene derecho a ello, por lo que para hacerlo efectivo se debe proceder a realizar el estudio científico.

Compartimos el criterio que sostiene el Dr. Fayt (Recurso de Queja por apelación denegada en la causa “M., J. s/ denuncia del 13/11/90): “De allí cabe concluir que los menores solo pueden, en un sentido estricto, ser titulares de derechos, a cuyo protección concurren sus representantes, el Ministerio Público y los jueces y nunca objeto de derechos de terceros, sean éstos sus padres o sus

adoptantes. Los derechos de éstos últimos, extensos y respetables, que van desde la elección del nombre hasta las decisiones sobre la educación, hallan siempre un límite cuando el interés del menor aparece afectado. Este interés entonces, por el que velan la sociedad y la ley es el norte que debe guiar lo que se decida en relación a ellos.”

Ahora, esto está claro cuando el niño tiene muy corta edad y resulta indiscutible que no tiene ningún grado de discernimiento ante la situación planteada. Sin embargo dentro de la minoría de edad, hay una etapa en la que precisamente ya cuenta con un grado bastante importante de discernimiento, a tal punto que en el juicio de familia es escuchado, por ejemplo, en temas tan delicados como opinar con cuáles de los progenitores desearía convivir. Mucho más grave y decisivo es la autorización que otorga la ley de transplantes de órganos para donar a los dieciocho años.

También a esa misma edad decide el destino del país a través del voto.

Como se puede observar un menor de dieciocho años se encuentra autorizado a ejercer tales actos de trascendencia, pero no a decidir por propia voluntad y libremente el conocer o no su verdad biológica.

Creemos que se debería armonizar la mayoría de edad que estipula la Convención del niño -"se considera niño al menor de dieciocho años"- y admitir que a partir de los dieciocho años las personas deberían tener capacidad para determinar si se van a someter a los exámenes médicos que lo harán conocer el origen biológico.

Creemos que en definitiva es cumplir el mandato constitucional de la Convención.

Otra cuestión que ha tratado la jurisprudencia es la de la investigación de la identidad biológica de menores adoptados en forma plena.

Hay dos casos relevantes en el Alto Tribunal: "M. J." del 13 de noviembre de 1990" y "C J A" del 4 de diciembre de 1995.

Ambos tratan hechos similares. Se diferencian en que al tratar el segundo ya se encontraba en vigencia la reforma constitucional del año 1994.

En el primero la mayoría no hizo lugar a la investigación, y hubo dos votos en disidencia cuya opinión y fundamentos coinciden con el segundo caso. En este último la mayoría decidió que la acción penal había prescrito.

En el fallo "M. J." del 13 de noviembre de 1990, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo — por voto mayoritario— que no era admisible que una investigación sobre la verdadera filiación de un menor adoptado bajo el régimen de la adopción plena, pueda tener lugar con base en la sola aplicación mecánica de reglas procedimentales del fuero penal, exorbitando su sentido y poniéndolas en contradicción con normas de fondo como las contenidas en los arts. 14 y 19 de la ley 19.134. Reiteró además sus precedentes en cuanto a que no se podía someter a examen a un menor que no fuera víctima o imputado de un delito y remarcó la razonabilidad y la adecuación que deben tener las medidas probatorias en el proceso penal al objeto procesal materia de juicio.

Concordamos plenamente con el voto del Dr. Petracchi, quien a nuestro entender en forma correctísima discrimina la prohibición legal que contiene la ley mencionada, perfectamente armónica con el fin por ella buscado, de una situación extraña a esa ley que es el derecho de toda persona a conocer su identidad biológica: "En efecto en el sistema regulado en la citada ley de adopción, lo prohibido son los actos jurídicos o las acciones de emplazamiento familiar incompatibles con los efectos que la sentencia de adopción plena producen, los que implican el desplazamiento del estado determinado por filiación consanguínea, en cambio, el derecho a conocer la identidad de origen opera en otro nivel muy superior, en tanto, que de rango constitucional que trasciende lo concerniente al estado de familia y revela el derecho de todo individuo a conocer su verdad personal, su irrepetible historia, que no el puede ser amputada o escamoteada”.

Y es que la ley —como herramienta instrumentada en beneficio del hombre— no puede atentar contra él, sino que tiene como deber su protección integral. Y dentro de su protección integral debe estar amparado a conocer su origen, lo cual puede ser perfectamente viable y conjugado con la permanencia de la adopción vigente, siempre y cuando ésta no fuera pasible de ser sancionada con nulidad.

Es así que más allá de lo jurídico, de lo legal, de lo correcto, como siempre la única víctima del ocultamiento de la verdad es el niño.

Así pasó el siglo y unos de los estandartes más pregonados fueron el derecho a la verdad; el derecho de los niños. Se formularon numerosas leyes, se organizaron infinidad de encuentros y congresos; se firmaron tratados internacionales; se propalaron propagandas institucionales...pero la realidad que se vive todos los días es cada vez más y más contradictoria con todo lo que se proclama.

Quién no recuerda las imágenes transmitidas por la televisión de una adolescente que fue sacada, luego de catorce años de convivencia con quien creía que eran sus padres, del seno familiar, para obligarla a vivir, de un día para otro, con quienes eran sus abuelos, a los que no había conocido con anterioridad. La imagen patética, desgarradora y grotesca de dos familias disputándose a la niña que era sujeto de violentos tironeos de ambas para ver quien obtenía el triunfo. Todo ello en los Tribunales debajo de la Estatua de la Justicia... (Es esa la manera de proteger la salud psicológica del niño? (Se atiende de ese modo "al mejor interés del niño"?)

No se puede justificar un delito. Pero no puede aceptarse una disputa vil sobre el menor como si fuera un trofeo. No se justifica, ni por parte de los abuelos —que la rescataron recientemente— ni por parte de su familia "adoptiva" que a su vez le mintió acerca de su verdadero origen por muchos años. Hay que contemplar la situación del niño en la familia en la que siempre vivió, dado que si pese a todo sus "padres adoptivos" le prodigaron una buena educación y una vida digna, no se le puede generar otro trauma quitándola de un medio al que ya estaba habituada. La solución es dar a los abuelos un amplio derecho de visita o la tenencia compartida o algo que contemple verdaderamente el interés del niño para no causarle más daño psicológico del que ya lleva consigo.

Los niños fueron, son, y serán utilizados por los intereses políticos, los intereses de los mayores, como trofeos de las peleas entre matrimonios desavenidos, etc.

Los niños constituyen víctimas directas y blancos específicos de los actos represivos, egoístas, horribles que organizan, planifican, y llevan a cabo los mayores.

No hay que castigar a la víctima como ocurre frecuentemente, sino a sus padres o a sus abuelos o progenitores que le ocultan lo que él debe y debió saber por el solo hecho de existir y de ser un individuo independiente de éstos.

Nadie, absolutamente nadie, puede decidir quien en definitiva debemos ser. Menos aun el Estado.

Por eso junto con Antígona que desafía a los poderes públicos, expresando imperativos familiares de protección y cuidados de los otros, debemos decir: "no creí que tus decretos tuvieran fuerza para borrar e invalidar las leyes divinas e inmutables. Pues existen leyes que no son de hoy ni de ayer, sino que siempre han estado en vigor y nadie sabe cuando aparecieron. Y esas leyes no deben ser violadas por temor al castigo de ningún gobernante".

DATOS DE PUBLICACIÓN

Publicación: www.saij.jus.gov.ar

Fecha: 2001

REVISTA: 0000 Página: 0000

Editorial:

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art.18, Constitución Nacional Art.19, Ley 14.367

Ref. Jurisprudenciales: "R c/O", Cám.Nac.Civ. Sala M, 22/07/91, "M., C. S. c/E. y L. F., C.M. s/Filiación", Sala L, Cám. Nac. Civ, 14/04/94, "M., J s/denuncia", 13/11/90

El derecho a la identidad.

TABERNERO, RODOLFO - DE LASTIRI, MARTA - DE BERTOLOTTI, MIRTHA - ORSI, RAUL

Publicación: CONGRESO INTERDISCIPLINARIO DE ADOPCIÓN NACIONAL Y DEL CONO S UR, 1992

SUMARIO

DERECHO A LA IDENTIDAD: ALCANCES-ADOPCIÓN-FECUNDACIÓN ASISTIDA

La coordinación de los antecedentes de la materia habrán de servir de base para elaborar una legislación adecuada que posibilite la individualización de los padres, asegurando así el respeto del "Derecho a la Identidad".

El Derecho a la Identidad es un derecho personalísimo, como lo es el de la intimidad o el de la personalidad, de raigambre constitucional y que por lo tanto es de incumbencia de todos los Poderes Públicos.

Los antecedentes doctrinarios, las recomendaciones, despachos y resoluciones emanados de Congresos y Jornadas, tanto nacionales como efectuadas en el exterior, los precedentes existentes en la legislación comparada, como asimismo el anteproyecto radicado en el Senado Nacional, constituyen un basamento científico de gran trascendencia, que habrá de permitir concretar y con seria fundamentación, el reconocimiento legislativo en nuestro ordenamiento jurídico el derecho del individuo para encontrar su verdadera identidad dentro de ciertos límites.

Esta recepción en la legislación del derecho a conocer su origen, deberá alcanzar a la adopción y también a los distintos casos de aplicación de las técnicas de la fecundación asistida.

DATOS DE PUBLICACIÓN

Publicación: CONGRESO INTERDISCIPLINARIO DE ADOPCIÓN NACIONAL Y DEL CONO S UR

Fecha: 1992

REVISTA: 0000 Página: 0000

Editorial:

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 340 Art.242, Constitución Nacional Art.33, Ley 19.134

Ref. Jurisprudenciales: C.S.J.N. B-11-90, voto en Disidencia del Dr. Petracchi. .

REF. BIBLIOGRÁFICAS

Frankl, Víctor. "El Hombre en busca de sentido".

Esser, Albín. "Genética. Gen - Etica, Derecho Genético".

Merchante, Fermín. "La Adopción".

Lledo, Jague. "Informe ante la Comisión de Estudios de la Fecundación in Vitro y la Inseminación Artificial Humana".

Ossorio, Manuel. "Dicc. Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales"

La reforma al Código Civil: la protección del ser humano biológico, estético, moral, psíquico y económico

IV Congreso Internacional de Derecho de Daños.

COMISION 2

Publicación: JURISPRUDENCIA ARGENTINA, 16 DE AGOSTO DE 1995

SUMARIO

DERECHOS PERSONALISIMOS-DERECHO A LA IDENTIDAD-DERECHO A LA IDENTIDAD SEXUAL

I- DE LEGE LATA:

1- Los derechos de la personalidad o personalísimos tienen rango constitucional y supranacional. Su tutela es operativa, sin perjuicio de señalar que el actual ordenamiento legal que los reglamenta es fragmentario e incompleto.

2- Los derechos de la personalidad o personalísimos están relacionados con el contexto histórico, social, económico y cultural.

3- Los llamados derechos de la tercera generación, orientados a proteger la calidad de vida, constituyen nuevas manifestaciones de la tutela de la dignidad de la persona, y por su propio dinamismo, tienen fuerza expansiva.

4- Los derechos personalísimos de las personas con discapacidad por motivos psíquicos deben ser protegidos mediante acciones positivas tendientes a su rehabilitación y reinserción social (art. 75 inc. 23 CN.).

5- El derecho a conocer su identidad de origen, como faceta del derecho a la identidad personal, tiene rango constitucional por la incorporación de la Convención de los Derechos del Niño (arts. 7 y 8) en el art. 75 inc. 22 CN.

6- El derecho de controlar los datos personales existentes en bases de datos, en organismos públicos o privados, es un derecho autónomo, que puede ser ejercido con independencia de eventuales ataques a otros derechos de la personalidad.

7- Toda persona tiene derecho a conocer los datos contenidos en su historia clínica. La negativa del médico o del establecimiento puede dar lugar al resarcimiento del daño causado.

8- Todo ser humano tiene derecho a que se respete su identidad sexual.

II- DE LEGE FERENDA:

1- La reforma prevista al Código Civil deben contener un capítulo que tutele los derechos de la personalidad o personalísimos.

2- En este sentido es aconsejable la solución normativa propuesta por el proyecto elaborado por la Comisión designada por decreto 468-92 del Poder Ejecutivo Nacional (arts. 110 a 125).

3- El daño resarcible debe alcanzar al que derive de la lesión a intereses no reprobados por la ley.

4- La legitimación activa de los damnificados indirectos en materia del llamado "daño moral" debe ampliarse.

5- Se propicia, en este sentido, la complementación de los criterios contemplados en los textos de los dos proyectos con estado parlamentario (parentesco, convivencia, etc.).

6- En materia de daños, la legislación no debe limitarse al aspecto resarcitorio, sino que también deben implementarse mecanismos adecuados para la prevención del daño en un marco de razonabilidad y eficacia.

7- Debe reformularse el sistema legal concerniente a las personas con enfermedades mentales con el fin de adecuarlo a las propuestas elaboradas por los organismos internacionales.

DATOS DE PUBLICACIÓN

Publicación: JURISPRUDENCIA ARGENTINA

Fecha: 16 DE AGOSTO DE 1995

REVISTA: 5946 Página: 0027

Editorial: JURISPRUDENCIA ARGENTINA S.A.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art.75 (incisos 22 y 23), Ley 23.849 Art.7 al 8

El realismo jurídico y el derecho al nombre

CARNOTA, WALTER F.

Publicación: JURISPRUDENCIA ARGENTINA S.A., 31 DE JULIO DE 1996

SUMARIO

DERECHO AL NOMBRE-INSCRIPCIÓN DE NOMBRE-NOMBRE EXTRANJERO-APELLIDO COMO NOMBRE

El derecho al nombre de las personas físicas es tradicionalmente materia regulada por el Derecho Civil —Ley 18.248— y no por el Derecho Constitucional. La reforma de la Constitución Nacional efectuada en 1994 no modificó expresamente esta situación pero al asignar jerarquía constitucional a ciertos tratados internacionales de derechos humanos se reconoce dicha jerarquía al derecho al nombre.

En autos “Cavallero, Hugo c/ Registro del Estado Civil y Capacidad de las personas” el padre del menor apela la disposición administrativa que le impidió imponer a su hijo el nombre de Latimer.

La mayoría del Tribunal interviniente hace un encuadre meramente técnico para fundar su posición y aplicando estrictamente la letra de la ley confirma la disposición apelada. Funda su decisión en un informe de la Academia Argentina de Letras en el que se afirma que el nombre Latimer es un apellido. Argumenta además que es de aplicación al caso el art. 3 inc 2 de la ley 18.248 ya que se trata de un nombre extranjero inusual, no castellanizado por el uso.

El voto en minoría del Dr. Fermé merece destacarse ya que enfoca la cuestión desde una perspectiva de realismo jurídico y toma en cuenta las influencias culturales permanentes. Dice además que si bien el nombre elegido se presenta como inglés tiene connotaciones remotas latinas, no lesiona la moral o las buenas costumbres, es de fácil escritura y posee grafía castellana. Asimismo pondera la sensibilidad demostrada por el padre del menor en cuanto al motivo determinante de su elección sin que pudiera detectarse “ligereza, frivolidad o adhesiones a una moda caprichosa o pasajera”. Por último entiende que es altamente probable que el menor sea llamado Latimer en el seno de la familia pese a la oposición del Estado.

Las restricciones legales a la elección del nombre deben ser interpretadas restrictivamente. En cuanto a la extranjería del nombre, en un país inmigratorio como la Argentina, bien podría decirse que ningún nombre es puramente extranjero o bien todos lo son o lo fueron y luego se castellanizaron por el uso.

Resultaría entonces una contradicción que la ley permita imponer nombres foráneos castellanizados por el uso pero por otro coarte su utilización de modo de inhibir sus virtualidades futuras.

DATOS DE PUBLICACIÓN

Publicación: JURISPRUDENCIA ARGENTINA S.A.

Fecha: 31 DE JULIO DE 1996

: Página: 0041

Editorial: JURISPRUDENCIA ARGENTINA S.A.

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art.75, Ley 18.248

Ref. Jurisprudenciales: “Cavallero, Hugo J. c/Registro Estado Civil y Capacidad de las personas”, 15/03/1996, Sala I.

Construcciones jurídicas y filosóficas de la dignidad

Ponencia presentada al II Congreso Internacional "Derechos y garantías en el siglo XXI.

ZENERE, GISELA GUILLERMINA - BELFORTE, EDUARDO ARIEL

Publicación: www.saij.jus.gov.ar, 2001

SUMARIO

DERECHO A LA VIDA-DERECHOS PERSONALISIMOS-DERECHO A LA IDENTIDAD

Para hablar de derecho a la identidad es presupuesto indispensable el derecho a la vida, sin el cual no existiría el hombre. La identidad personal es "ser uno mismo" representado con sus propios caracteres y sus propias acciones, "constituyendo la misma verdad de la persona". Se entiende por identidad genética al patrimonio genético heredado de los progenitores biológicos, o sea su genoma.

Todos los hombres tienen derecho a la igualdad en la dignidad y es por eso que no puede tolerarse la discriminación de derechos fundamentales.

La C.S.J.N en Bahamondez estipula que "...el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo -más allá de su naturaleza trascendente- su persona es inviolable. El respeto por la persona humana es un valor fundamental, jurídicamente protegido, con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental. Los derechos de la personalidad son esenciales para ese respeto de la condición humana. " También hace referencia en los fallos como "Ekmekdjian"; "Costa" y "Sejean" que el derecho a la dignidad opera aún cuando caduquen los demás derechos personales emergentes de la constitución. En "Pupelis" define a la dignidad humana como el centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales del hombre y de la Constitución. También ha dicho que hay derechos que existen antes que el derecho positivo. La reforma de la Constitución Nacional del año 1994 refuerza aún más este criterio, con el art. 75 inc 22, la tutela hacia la vida y la dignidad de la persona.

En cuanto al derecho a la vida, la Corte en innumerables fallos ha sostenido que ese derecho emerge necesariamente del reconocimiento del hombre y su dignidad como centro del sistema de la democracia liberal. Ha enfatizado el carácter de primer derecho natural preexistente a toda legislación positiva. La incorporación de los tratados internacionales a raíz de la reforma constitucional expresamente consagran aquel derecho y amplían las protecciones y seguridades en orden al derecho a la vida del ser humano; de los individuos; de los grupos: de la persona humana y de los niños.

Acerca del derecho innegable del niño de conocer su verdad biológica, la reforma constitucional y la incorporación de los diferentes tratados proclama que éste comienza con la existencia de la persona humana que se inicia "...desde el momento de la concepción, sin hacer distinción entre la concepción natural o artificial". Así, nuestro derecho protege a la identidad en toda su extensión. Por ello se admiten pruebas genéticas para la indagación de los vínculos filiales.

Conforme el art. 16 de la C.N. el Dr. Linares Quintana expresa que no consagra una igualdad utópica ni contraria a la naturaleza, sino que "la igualdad ante la ley supone simplemente que todos los habitantes de la Nación están sujetos a los mismos deberes, gozan de los mismos derechos y están tutelados por las mismas garantías.

Una igualdad es la que tienen todos de conocer su identidad.

En resumen a la jurisprudencia de CSJN y otros tribunales referida en el trabajo: a) que no corresponde proceder a una extracción compulsiva de sangre sobre un menor que no estaba imputado en la causa cuando además la medida no era conducente para el esclarecimiento del hecho -falsedad ideológica-; b) que si la negativa del agente a la extracción de sangre se dirige a obstaculizar una investigación criminal en la que es imputado y víctima un menor, debe rechazarse el agravio referente al derecho a disponer del propio cuerpo, c) que no se observa la afectación de otros derechos fundamentales, como la vida, la salud, o la integridad corporal, porque la extracción de unos pocos centímetros cúbicos de sangre, si se realiza por medios ordinarios adoptados por la ciencia médica; d)

que no ocasiona una perturbación ínfima en comparación con los intereses superiores de resguardo de la libertad de los demás, la defensa de la sociedad y la persecución del crimen; e) estando en juego el derecho a la identidad de un menor; admitir la negativa del imputado del delito de suposición de estado civil, a que se le extraiga sangre para realizar un estudio médico ADN importaría desconocer lo estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño; f) en los albores del Siglo XXI no es posible privar al más débil -menor cuya filiación se reclama- de la prueba más fuerte -exámenes biológicos- y que está fuera de su alcance dependiendo únicamente su producción de la voluntad exclusiva del sindicado como progenitor. Entender lo contrario, y al no existir fundamentos de peso para negarse a la producción de la prueba que da lugar al indicio legal, se impediría que quien reclama su filiación ejerza derechos fundamentales en la vida de cualquier ser humano; g) que el art. 4 de la ley 23511 no es factible aplicarlo en el ámbito penal. Cuando no se halla en tela de juicio la validez de la adopción, preciso es concluir que rige en toda su plenitud lo establecido por el art. 19 de la ley 19134 que veda toda acción que tienda al restablecimiento o a la averiguación del vínculo de sangre del adoptado, sin que esa disposición legal pueda ser ignorada o postergada bajo pretexto de la investigación de un delito por la justicia del crimen, si éste no pone en cuestión ni está directa e inmediatamente ligado a la validez del título que sustenta la adopción”; h) que las pruebas solicitadas deben ser racionalmente justificadas y conforme a la sana crítica; debe tenderse a la verdad objetiva y sin descuidar los intereses del menor y lo que resulte mejor para su persona, desarrollo espiritual, mental y psicológico”; i) el derecho a obtener emplazamiento de hijo es un derecho esencial, inherente a la persona. Es por ello que, conforme a pacífico criterio interpretativo la actitud de la parte que se niega a someterse a dichas pruebas biológicas representa un indicio que unido a otras pruebas determina una presunción contraria.

Es de esperar que este camino de asombrosa evolución científica no resulte inversamente proporcional al desarrollo del derecho, y que éste en definitiva involucre hacia un positivismo a ultranza, a partir del cual se negará a determinados individuos, la calidad de personas, tal como sucedió con la esclavitud, dado que dicha calidad resulta una construcción jurídica que hace el mundo del derecho.

En la identidad de la persona se encuentra la específica verdad personal, que es la cognición de aquello que “se es realmente”, lo que el sujeto naturalmente anhela conocer y desentrañar. Ese derecho se encuentra mancillado cuando el acceso a la verdad biológica es obstruido o negado. el A.D.N. tiene dos facetas que resultan importantes a los fines del presente análisis: una es el interés social, en el que está involucrado el orden público, y tiene como objetivo esencial la averiguación de la verdad biológica; y la otra es el interés privado de saber quien uno es y tener derecho a saberlo. La ocultación del origen es lo que se tiende a evitar y lo que se trata de dilucidar con esta prueba médica.

Los problemas fundamentales de estos tres conceptos -A.D.N., filiación e identidad- se observan cuando la realidad biológica no coincide con la filiación biológica revelada.

Es por ello que la identidad genética no necesariamente es siempre coincidente con la identidad filiatoria.

Se entiende por identidad genética al patrimonio genético heredado de los progenitores biológicos, o sea su genoma. El patrimonio genético heredado a través de los cromosomas, que son portadores de los aproximadamente cien mil genes con que cuenta el ser humano, establece la identidad propia e irreplicable de la persona.

El derecho a la identidad se encuentra en estrecha relación con el derecho a la vida, sin el cual no existiría el hombre. La Corte en innumerables fallos ha sostenido que ese derecho emerge necesariamente del reconocimiento del hombre y su dignidad como centro del sistema de la democracia liberal. Ha enfatizado el carácter de primer derecho natural preexistente a toda legislación positiva.

Cualquier menoscabo a ese derecho por las múltiples formas con que se puede agredir, se traduce en una agresión a la sociedad y a la propia naturaleza de la doctrina Aristotélica, que considera que existe una ley natural, inmutable y eterna, a la que el derecho positivo debe ajustarse para lograr el bien de la sociedad.

Cicerón también consideraba que hay una ley verdadera inscrita en el corazón del hombre, por la que éste sabe lo que está bien y lo que está mal. Se encuentra presente el reconocimiento de una ley

superior que en su obra “La República” define como “congruente con la naturaleza, que se extiende a todos los hombres y es constante y eterna; sus mandatos llaman al deber y sus prohibiciones apartan del mal...Existe una ley única, eterna e inmutable, que obliga a todos los hombres y para todos los tiempos; y existe un maestro y gobernante común de todos: Dios que es el autor, intérprete y juez de esa ley y que impone su cumplimiento”

De Cupis en su libro “I diritti della personalità” define la identidad personal es “ser uno mismo” representado con sus propios caracteres y sus propias acciones, “constituyendo la misma verdad de la persona”. Ella no puede, en sí, por sí, ser destruida, ya que “la verdad, precisamente por ser la verdad no puede ser eliminada”.

“El ser uno mismo significa serlo también en el conocimiento en la opinión de los otros: significa serlo también socialmente. “ El autor en todo su libro recalca que es importante no sólo afirmarse como persona sino como “una cierta persona”, precisamente como aquella persona que realmente es.

Messineo decía que toda persona tiene derecho a no ser confundida con las demás.

Dogliotti individualiza en la identidad personal el complejo de las características que concurren a formar la personalidad, como las experiencias pasadas, la condición presente y, sobre todo, las posiciones, las aspiraciones y convicciones ideológicas, políticas y morales de cada individuo. Implica este derecho a exigir ser reconocido socialmente como uno mismo, en la perspectiva de una cumplida representación de la personalidad individual en todos sus aspectos e implicaciones, en sus calidades y atribuciones. El autor reafirma la importancia de saber y ser reconocido como “uno mismo”.

Ese reconocimiento cada vez más se ve expuesto a la agresión por parte de la sociedad.

Por su parte Scalisi concibe a la identidad personal como aquello que individualiza al sujeto, “que lo distingue y hace diverso, cada cual respecto del otro” Lepp refería que “por paradójico que parezca, más que en mi soledad soy yo mismo en el Nosotros, que resulta de la comunión con los demás”. Es en el otro y por el otro que “me realizo como persona y aprendo a conocerme a mí mismo”.

La persona es única e irrepetible pero a su vez se interrelaciona con las demás.

La identidad como apunta Fromm es la experiencia que permite a una persona decir “yo”.

La identidad real debería estar conformada entre la autenticidad y la verdad. Esto es posible de lograr en cuanto el ser humano es libre para trazar su proyecto vital, pese a los condicionamientos que de hecho lo constriñen y limitan.

De esto a su vez entonces podemos afirmar que todos los hombres tienen derecho a la igualdad en la dignidad y es por eso que no puede tolerarse la discriminación de derechos fundamentales de las personas por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión o condición social.

La C.S.J.N. en Bahamondez estipula “...El hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo -más allá de su naturaleza trascendente- su persona es inviolable. El respeto por la persona humana es un valor fundamental, jurídicamente protegido, con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental. Los derechos de la personalidad son esenciales para ese respeto de la condición humana.”

Agrega en ese mismo fallo que existe un señorío del hombre a su vida, su cuerpo, su identidad, su honor, su intimidad, sus creencias, es decir los que configuran su realidad integral y su personalidad, que se proyecta al plano jurídico como transferencia de la persona humana. Se trata, en definitiva, de los derechos esenciales de la persona humana, relacionados con la libertad y la dignidad del hombre.

También hace referencia, la C.S.J.N. en otros fallos como “Ekmekdjian” que el derecho a la dignidad opera aún cuando caduquen los demás derechos personales emergentes de la constitución; en “Costa” refiere que este derecho es fuente de otros derechos; en “Sejean” expresó claramente que este derecho es un derecho constitucional no enumerado y por lo tanto comprendido en el art. 33 de la C.N.; agrega en este fallo que exige que las necesidades del hombre sean satisfechas con decoro y en orden a la realización de la persona humana, siempre que no ofendan a la moral y al orden público, ni

perjudiquen a terceros; en “Pupelis” define a la dignidad humana como el centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales del hombre y de la Constitución.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que hay derechos que existen antes que el derecho positivo, las garantías de nuestra constitución y los pactos internacionales incorporados refuerzan la noción de dignidad de la persona.

Acerca de cuál es el momento a partir del que se es persona, y acerca del derecho innegable del niño de conocer su verdad biológica, la reforma constitucional hizo ingresar a través de la Carta Magna y con la misma jerarquía que las leyes locales en nuestro ordenamiento jurídico, distintos tratados Internacionales, entre ellos: La Convención sobre el Derecho del Niño, que establece que “el niño tiene derecho en la medida de lo posible, a conocer a sus padres.”. Asimismo dispone que “...los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la Ley sin injerencias ilícitas”; “...cuando un niño sea privado ilegalmente de alguno de los elementos de su identidad, o de todos ellos, los Estados Parte deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.”; el Pacto de San José de Costa Rica, que también proclama que la existencia de la persona humana lo “...es desde el momento de la concepción, sin hacer distinción entre la concepción natural o artificial.

La Convención Americana sobre derechos Humanos extendió el respeto a la vida, en general, desde la concepción.

La nueva Constitución de la Provincia de Buenos Aires, prevé expresamente que todas las personas tienen derecho a conocer su identidad. El Proyecto del Código Civil poniéndose a la altura de los Tratados Internacionales, quita la frase “seno materno” dejando únicamente en claro que se es persona desde la concepción.

Así, nuestro derecho protege a la identidad en toda su extensión.

Por ello se admiten pruebas genéticas para la indagación de los vínculos filiales.

Conforme la cláusula del art. 16 de la C.N. como sostiene el Dr. Linares Quintana ésta no consagra una igualdad utópica ni contraria a la naturaleza, sino que “la igualdad ante la ley supone simplemente que todos los habitantes de la Nación están sujetos a los mismos deberes, gozan de los mismos derechos y están tutelados por las mismas garantías. La C.S.J.N. dijo que “La garantía de la igualdad sólo comporta la consecuencia de que todas las personas sujetas a una legislación determinada dentro del territorio de la República sean tratadas del mismo modo y que las distinciones que efectúe el legislador en supuestos que estime distintos, obedezcan a una objetiva razón de diferenciación y no a propósito de persecución o indebido privilegio de personas o grupos de personas.

De esta jurisprudencia del Alto Tribunal puede advertirse, como señala el Dr. Barra, que la protección contra la segregación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, o condición social, es inherente a la garantía constitucional.

Se consagra la igualdad ante la justicia en el art. 14 inc primera parte del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos “todas las personas son iguales ante los tribunales y Cortes de Justicia”

Con respecto a estos temas, tenemos que tener en cuenta los avances logrados por los tratados internacionales: a) La Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas por su resolución 96 del año 1946 del genocidio como delito de derecho internacional; b) La Convención de las Naciones Unidas del año 1948 para la prevención y la sanción del delito de genocidio; c) La Declaración de las Naciones Unidas sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales del año 1950 con las prácticas de discriminación y segregación; d) La Declaración de la UNESCO del año 1951 sobre racismo; e) La Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial;

f) La Convención de las Naciones Unidas del año 1973 sobre supresión y castigo del crimen del apartheid; g) La Declaración de las Naciones Unidas sobre protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes;

h) La Convención de las Naciones Unidas del año 1979 sobre la eliminación de las formas de discriminación contra la mujer; i) La Convención de las Naciones Unidas sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes, del año 1984; j) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre; k) Pacto Internacional de los derechos civiles y políticos; l) XXIX de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre - derecho a la convivencia-.

La ley 23592 define lo que considera discriminación en su art. 1 “Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja, o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre las bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar del daño moral y material ocasionados. A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social, o caracteres físicos”

JURISPRUDENCIA

En el caso MULLER la C.S.J.N. denegó la posibilidad de extracción compulsiva de sangre para pruebas hematológicas a un menor de edad que había sido adoptado plenamente. Los padres adoptivos habían expresado su negativa a realizar dichas pruebas y la Corte Suprema de Justicia de la Nación revocó el fallo del juez de primera instancia que hacía lugar al pedido de extracción obligatoria, en el contexto de una causa en la que se investigaba la supuesta falsedad ideológica del certificado de nacimiento del menor que constituía el fundamento de la reclamación de filiación que pretendía su supuesto abuelo biológico contra los padres adoptivos.

Entre otros argumentos, la Corte afirmó que “una extracción compulsiva de sangre, presupone ejercer cierto grado de violencia- por mínima que sea- sobre el cuerpo. Lo que de por sí invade la esfera íntima, restringe la libertad en cuanto más tiene ella de esencial -eso es, la disponibilidad del propio cuerpo- y comporta la lesión a la integridad física del niño, bien jurídico este último que es susceptible en sí mismo de tutela”.

Sin embargo, el primer argumento de la Corte para denegar la medida fue el hecho de que el menor no estaba imputado en la causa. Lo que implicaba que la medida no era conducente para el esclarecimiento del hecho, esto es, la falsedad ideológica, además, habiendo una adopción plena, se alegó la subsistencia de la garantía declarada por el art. 19 de la Ley de Adopción.

Los votos en disidencia fueron de los Dres. Fayt y Petracchi. El primero fundamenta su disidencia que en el caso concreto no parece que la obtención de la prueba cuestionada sea traumatizante por sí, y que resulta evidente que es sólo en interés del menor que puede resultar lo que haga a la determinación de su identidad, ya que a su criterio, nada duradero parece poder fundarse a partir de la ignorancia consciente de la verdad, por lo que cabe valorar positivamente la producción de la prueba en cuestión que puede conducir, en el caso a aquella. El segundo voto, se fundó en el hecho de que existen derechos y prerrogativas esenciales e intransferibles del hombre y de la sociedad que, aunque no estén expresamente consagradas en la Constitución Nacional, deben ser consideradas garantías implícitas, comprendidas en el artículo 33 y merecedoras de resguardo y protección. Que entre ellas, debe incluirse sin duda, al derecho de toda persona a conocer su identidad de origen. Para este voto conocer su propia génesis, su procedencia, aspiración connatural del ser humano que incluyendo lo biológico, lo trasciende. El normal desarrollo psicofísico exige que no se trabe la obtención de respuesta a esos interrogantes vitales. La dignidad de la persona está en juego, porque es la específica “verdad personal” lo que el sujeto anhela poseer, como vía irremplazable que le permita optar por proyectos de vida, elegidos desde la libertad. Pues ésta es finalmente la que resulta mancillada cuando el acceso a la verdad es obstruido. También se hace mención en la disidencia a la Convención sobre los derechos del niño donde se establece que el niño tiene derecho en la medida de lo posible, a conocer a sus padres. Asimismo en el art. 8 se dispone que se debe preservar su identidad, nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley y sin injerencias ilícitas y que cuando un niño sea privado ilegalmente de alguno de los elementos de su identidad, los Estados partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su

identidad. Desestima la violación a los art. 16 y 18 de la C.N., los que no resultan lesionados por una medida de prueba la cual tiende a esclarecer la identidad de origen del menor.

Este fallo el Alto Tribunal tuvo en cuenta el carácter de no imputado, ni víctima del menor, "...resulta necesario destacar que la cuestionada diligencia importa someter a un menor de edad que no es víctima del hecho de esta causa, y a quien no se imputa acto antijurídico alguno, a una extracción compulsiva de sangre..." En el caso "H. G. S." s/ apelación de medidas probatorias el Juez de Primera Instancia ordena la realización de un estudio médico de histocompatibilidad respecto de los imputados y de su hija la menor D. D. H. para determinar si ésta es hija de los primeros, en una causa en que se investigaban entregas a terceros de niños de corta edad abandonados o sustraídos a sus padres, a cambio de una suma de dinero.

Llega al Superior Tribunal en queja, por haberse rechazado el recurso extraordinario interpuesto.

Se declara procedente la queja.

La defensa sostiene que la medida ordenada por el Juez de Primera Instancia causa un gravamen irreparable por afectarse garantías constitucionales esenciales: inviolabilidad de defensa en juicio; el debido proceso; los derechos a la vida, a la integridad física, a la salud, a la libre determinación y a la intimidad; que afectan los derechos personalísimos de la menor; que la extracción de sangre implica un cierto grado de violencia en su cuerpo; invade la esfera íntima y se restringe la libertad y el derecho de disponibilidad del propio cuerpo. Se violan los arts. 18 y 19 de la C. N. y que la decisión es contraria a su interpretación del art. 4 de la ley federal 23.511 que prevé la negativa a este tipo de pruebas. Que la investigación acerca de la filiación de la menor extralimita el objeto procesal de la causa.

Que el Juez carece del consentimiento para avanzar sobre la persona de la menor atento que los padres lo han negado expresamente.

En cuanto a la Fiscalía considera que se debe revocar la resolución recurrida por no constituir una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las particulares circunstancias que el caso ofrece, lo que afecta de un modo directo las garantías tuteladas por los arts. 18 y 19 de la C. N. "...sólo a partir de un indicio tan endeble como el que existe en autos, se avance sin más sobre los derechos a la intimidad, a la libertad de disposición corporal y a la integridad física, los cuales se verían menoscabados por la realización de una medida de prueba que, en tales condiciones, no aparece racionalmente justificada." "...la ley establece dos precauciones: la inadmisibilidad de la demanda si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funda y la procedencia de la realización de las pruebas biológicas si no son impertinentes o inútiles...". Hace mención y referencia al caso Muller.

La Corte dijo que si la negativa del agente a la extracción de sangre se dirige a obstaculizar una investigación criminal en la que es imputado y víctima un menor, debe rechazarse el agravio referente al derecho a disponer del propio cuerpo.

Que la medida solicitada en su momento por el Sr. Fiscal y otorgada por la Jueza guarda relación directa con el objeto procesal de la causa, es conducente para el esclarecimiento de los hechos.

Que no se observa la afectación de otros derechos fundamentales, como la vida, la salud, o la integridad corporal, porque la extracción de unos pocos centímetros cúbicos de sangre, si se realiza por medios ordinarios adoptados por la ciencia médica, ocasiona una perturbación ínfima en comparación con los intereses superiores de resguardo de la libertad de los demás, la defensa de la sociedad y la persecución del crimen.

También se debe rechazar el agravio referente al derecho a disponer del propio cuerpo en relación con la zona de reserva e intimidad del individuo toda vez que la negativa a la extracción de sangre no se dirige al respeto de aquel sino a obstaculizar una investigación criminal en la que ellos resultan imputados y la menor víctima, es decir que afecta derechos de terceros.

Y a ello cabe agregar que por no constituir una práctica humillante o degradante, la intromisión en el cuerpo que la medida dispuesta importa, se encuentra justificada por la propia ley (arts. 178,207, y 322 del CPCCN) pues en el procedimiento penal tiene excepcional relevancia y debe ser siempre tutelado

el interés público que reclama la determinación de la verdad en el juicio, ya que aquél no es sino el medio para alcanzar los valores más altos: la verdad y la justicia.

Que son diferentes las causas, el objeto y la finalidad en el ámbito penal, que en el ámbito civil.

Estando en juego el derecho a la identidad de un menor; admitir la negativa del imputado del delito de suposición de estado civil, a que se le extraiga sangre para realizar un estudio médico inmunogenético de histocompatibilidad importaría desconocer lo estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño. El art. 7 "...los Estados partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación Nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera..." "...los Estados partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad ...de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas" y "...cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiada y con miras a restablecer rápidamente su identidad" (art. 8); "...los Estados partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos..." (art. 9). Violar el Convenio importaría no sólo desconocer lo estipulado sino además podría ocasionar la responsabilidad del Estado por incumplimiento de los compromisos internacionales asumidos.

"...en la medida...se encuentra involucrada una razón de justicia que exige que el delito comprobado no rinda beneficios".

Se confirmó finalmente la sentencia apelada.

En el CASO "C., J. A.: C., J. A. s/ querrela por retención y ocultamiento del menor" los argumentos sobre el tema de análisis se deben extraer de lo que expresan el Fiscal ante la C.S.J.N. y la disidencia de los Dres. Fayt y Petracchi. Ello es así porque el Superior Tribunal dispone en el fallo de la mayoría que la acción penal se encuentra extinguida y por lo tanto no ingresa en el fondo de la cuestión. Lo importante del fallo de la mayoría es que se considera equiparable a sentencia definitiva la resolución que dispone practicar compulsivamente una extracción de sangre a un menor víctima de los delitos de retención y ocultamiento del menor.

El Procurador fiscal no obstante haber tratado en su dictamen la cuestión de prescripción de la acción penal, emite opinión sobre la resolución que dispone practicar compulsivamente una extracción de sangre a un menor presuntamente víctima en los hechos investigados.

El menor tenía 17 años y no le interesaba conocer su verdadera filiación.

Dato de interés relevante y diferentes a otros casos. Aquí se opone el menor y sus padres adoptivos. El matrimonio adoptivo en ningún momento se atribuye la paternidad del menor.

Que se debe tener en cuenta lo que establece la ley de adopción -ley 19134 art. 19- donde prohíbe toda acción tendiente al restablecimiento o a la averiguación del vínculo de sangre del adoptado y que, especular con lo contrario implicaría convertir cualquier proceso penal en un juicio tendiente a determinar la filiación de una persona.

Que el art. 4 de la ley 23511 no es factible aplicarlo en el ámbito penal.

Hace referencia al caso Muller y en especial al voto de la mayoría y del Juez Moliné O'Connor: "...el examen pericial sea pertinente a la causa..." "...cuando no se halla en tela de juicio la validez de la adopción, preciso es concluir que rige en toda su plenitud lo establecido por el art. 19 de la ley 19134 que veda toda acción que tienda al restablecimiento o a la averiguación del vínculo de sangre del adoptado, sin que esa disposición legal pueda ser ignorada o postergada bajo pretexto de la investigación de un delito por la justicia del crimen, si éste no pone en cuestión ni está directa e inmediatamente ligado a la validez del título que sustenta la adopción".

Haciendo referencia a fallos de la Corte Norteamericana "...que en caso de ser necesaria esa invasión, era imprescindible que el Estado demostrase, en forma más que justificada la Razonabilidad de la medida" El Fiscal considera que la Corte no sólo fijó límites a la actividad instructoria de los jueces, impuso razonabilidad en las diligencias dispuestas en función del objeto procesal y ha proscripto toda posibilidad de discusión acerca del estado civil de una persona en un juicio penal, salvo en que el emplazamiento en ese estado civil haya sido la consecuencia de un delito.

Para el Fiscal es fundamental en el caso ya que el menor no es víctima, ni imputado del hecho de la causa.

Su razonamiento se basa es una disquisición de la razonabilidad de la medida adoptada con las constancias de la causa y del hecho investigado.

No deja de lado de reconocer que "...en el proceso penal...presenta características propias por la incidencia del interés de la sociedad en la investigación y castigo de los delitos, ese interés no autoriza, a mi modo de ver, que sin nuevos elementos de juicio, se avance sin más sobre los derechos a la intimidad, a la libertad de disposición corporal y a la integridad física, los cuales se verían menoscabados por la realización de una medida de prueba que, en tales condiciones, no aparece racionalmente justificada".

El Tribunal ya ha dicho que este tipo de medidas hay que analizarla conforme "...la verdad objetiva y los intereses del menor y resueltas sin descuidar lo que resulte mejor para su persona y desarrollo espiritual, mental y psicológico"

Por lo tanto la medida viola el derecho de intimidad del menor que expresó su voluntad de no conocer su origen biológico y sería violatoria de los derechos de la patria potestad del recurrente que surgen del dictado de una sentencia de adopción plena.

Por otra parte los disidentes que confirman el pronunciamiento estipularon: Que en el caso sub lite no es aplicable el caso Muller debido que el menor sí resulta ser la presunta víctima de un delito.

Que es aplicable al caso los principios desarrollados en el caso "H., G. S. y otro s/ apelación de medidas probatorias" donde se determinó que no se encontraban afectados derechos fundamentales como la vida, la salud, o la integridad. No comparten tampoco que la medida ordenada es irrazonable para la investigación del delito. CASO DUARTE: Recurso de hecho. El voto de la mayoría desestima el recurso extraordinario. Disidencia del Dr. Gustavo A. Bossert: "El actor interpuso un recurso extraordinario contra la sentencia del Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos que dejó sin efecto la sentencia de la Cámara de Apelaciones que había hecho lugar a la demanda de reclamación de filiación extramatrimonial interpuesta contra los sucesores universales de su presunto padre.

Que el recurrente señala que el a quo excedió el marco de decisión que le confería el recurso de inaplicabilidad de la ley planteado por los demandados en tanto no quedó acreditado que el fallo de cámara fuera absurdo, como se invocó para introducir dicho recurso y por haber fundado su decisión en el examen de pruebas producidas en el proceso, lo que convirtió al superior tribunal en una tercera instancia en la que se privó al actor del derecho de defensa un juicio. La posición del recurrente es sostenida también por el Fiscal General de la Provincia.

Que aún cuando los agravios propuestos remiten al examen de los términos en que ha sido concedido el recurso local ante el superior tribunal de la provincia, y a cuestiones de hecho o prueba y derecho común, ajenas por su naturaleza a la instancia del art. 14 de la ley 48, ello no impide la apertura del recurso cuando la decisión contiene defectos graves de fundamentación que redundan en menoscabo de las garantías constitucionales invocadas y traduce una comprensión inadecuada de la ley que implica fallar en contra o con prescindencia de sus términos.

Que esta situación se da en la especie ya que, a través de una interpretación inadecuada de elementos del proceso y de normas con incidencia en el vínculo de filiación que se pretende acreditar, fue injustamente desestimada la posibilidad del actor de obtener emplazamiento en el estado de hijo, afectándose así un derecho esencial inherente a la persona.

Que el a quo ha dejado sin efecto la sentencia de cámara no obstante advertir que, a pedido del actor, se dispuso la realización de pruebas biológicas, HLA Y ADN, en base a la extracción de sangre del actor, de su madre y de los demandados, hermanos del presunto padre, ante lo cual, en forma reiterada, los demandados opusieron obstrucciones de índole procesal, hasta finalmente negarse a la realización de dichas pruebas.

Que conforme lo ha reconocido la corte, surge de los estudios científicos especializados, que dichas pruebas arrojan conclusiones de certeza prácticamente absolutas sobre el vínculo de filiación que se

discute. Es por ello que, conforme a pacífico criterio interpretativo la actitud de la parte que se niega a someterse a dichas pruebas biológicas representa un indicio que determina una presunción contraria a la posición que esa parte asuma en el proceso...”

“...Cabe admitir que no ha sido probada la posesión de estado con la plenitud de efectos que le atribuye el art. 256 del C.C., pero sin que ello impida al Tribunal tener en cuenta los elementos probatorios, precisos y concordantes que demuestran la relación personal que existió entre los sujetos, exteriorizada ante terceros, similar a la que corresponde entre un padre y un hijo, para ratificar la conclusión que debe extraerse de la infundada negativa de los demandados a someterse a las pruebas biológicas.

Que lo expuesto lleva a considerar que el a quo, para dejar sin efecto la sentencia de cámara ha hecho una interpretación de elementos probatorios que resulta ajena a la naturaleza de la intervención que le compete en el recurso de inaplicabilidad de la ley, ya que no ha obtenido como resultado corregir un anterior absurdo interpretativo, sino que por el contrario, ha establecido una interpretación diversa a la que cabe conferir al conjunto de elementos probatorios acumulados en autos.

Por ello, se hace lugar al recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia del Superior Tribunal de la Provincia de Entre Ríos...” CASO MIARA: “Miara, Samuel y Castillo de Miara, Beatriz s/suposición de estado civil”. Contra la decisión de la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal la defensa interpuso recurso extraordinario que fue parcialmente concedido en relación al planteo de inconstitucionalidad de las leyes 23.492 y 23.521.

Por lo demás se denegó el recurso que dio lugar a una presentación directa. El remedio federal ha sido concedido en cuanto al planteo de inconstitucionalidad de las leyes, pero el recurso debe ser declarado mal concedido debido a que los agravios resultan insustanciales. “Los agravios del recurrente son los siguientes: a) arbitrariedad en la negativa a realizar un peritaje de histocompatibilidad y A.D.N. con intervención y contralor de la defensa; b)...”.

Que en cuanto al primero de los agravios el remedio federal es inadmisibles (art. 280 del C.P.C.C.N.).

CASO NIVIA, NOEMI DIEZ v. EDUARDO JOSE CATAN: “Recurso de hecho” Contra el pronunciamiento de la Sala “B” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que, al revocar el fallo de primera instancia rechazó la demanda por reconocimiento de filiación, la actora dedujo el recurso extraordinario cuya denegación originó la presente queja. La Corte hizo lugar a la queja aunque las cuestiones sean de hecho y de derecho común, porque la sentencia de cámara incurre en defectos graves que menoscaban garantías constitucionales invocadas: “Que en los fundamentos de la sentencia que se refieren a la apreciación de las pruebas técnicas -que motivan las impugnaciones más importantes de la recurrente- se advierte también una valoración carente de objetividad que priva de razón suficiente a las conclusiones. En efecto, no solo se ha restado credibilidad a un método científico que contribuye a esclarecer el nexo biológico, sino que se lo ha hecho con apoyo en razones subjetivas que llevan ínsito un claro voluntarismo sobre el tema que permite descalificar las conclusiones a tenor de la doctrina de la arbitrariedad que se alega.

Que, en tal sentido, la prueba H.L.A., que no fue objeto de impugnación por las partes reviste particular relevancia por la importancia de las investigaciones en que se apoya y por la índole de los análisis que requiere, a pesar de lo cual la alzada le resta mérito, sobre la base de meras aserciones o de otros elementos de juicio que no resultan apreciados conforme con las reglas que hacen a un adecuado entendimiento del caso.

Que, al respecto, se advierte que la razón que enuncia el “a quo” para no asignarle al referido estudio del H.L.A. mayor eficacia que a los demás peritajes practicados, no se apoya sobre base científica alguna ni responde a objeciones de la demandada. Lo propio ocurre cuando intenta desmerecer su contenido con apoyo en el informe de la Academia de Medicina, pues aún cuando efectivamente hubiesen mediado anomalías cromosómicas, la probabilidad de que el demandado fuese el padre biológico seguía siendo muy alta (99,19%) y no se ha explicado razonablemente cómo, en tales circunstancias, se pudo dar mayor crédito a otros peritajes que brindan menor grado de certeza en la investigación de que se trata, cuando tenían algunas deficiencias en relación a elementos considerados o no eran de similar envergadura científica.

Que aún cuando las conclusiones del dictamen señalado no obligan a los jueces que son soberanos en la ponderación de la prueba para prescindir de ella, se requiere cuando menos que se le opondan otros elementos no menos convincentes, carácter que no tienen los peritajes obrantes en la causa, máxime si se los aprecia en función de las restantes pruebas producidas en el proceso.

Que en tales condiciones, las garantías constitucionales que se invocan como vulneradas guardan nexo directo e inmediato con lo resuelto, según lo exige el art. 15 de la ley 48, por lo que corresponde declarar procedente el recurso extraordinario e invalidar el fallo..." SALA II C. DE APEL. CIV. COM. MORON 11/8/92 "M. de G., D. R. c. S., S."

Este fallo es importante porque relaciona las cuestiones de identidad que se dilucidan en la parte penal y en la civil.

Llegó a la Cámara por recurso de la sentencia de primera instancia que hizo lugar a la demanda por nulidad absoluta de la adopción plena del 21/9/81 otorgada por el Juzgado en lo Civil y Comercial nro. 4 de Morón, de la menor X.V. y admitió la impugnación de la inscripción de nacimiento que en su momento dispuso el Tribunal de Menores nº 1 de Morón y dispuso la identidad de persona entre R.P.S. y X.V. La acción fue promovida por la abuela materna de la hija desaparecida.

Entre lo destacado del fallo es que la sentencia civil de nulidad de adopción se otorga sin estar culminado el proceso penal que se inició por privación ilegítima de la libertad de la hija de la presentante y su nieta. En dicho proceso penal se le dictó prisión preventiva a la demandada por el delito previsto y reprimido por el art. 146 del C.P.

Los agravios de la adoptante recurrente son fundamentalmente la cuestión de prescripción; que no se ha alcanzado sentencia en el aspecto penal conforme el art. 1101 del C.C. y que no se han probado los hechos.

El objetivo de la sentencia de cámara gira fundamentalmente en todo lo referente a la Convención sobre los derechos del niño y el interés superior de la menor de conocer luego de tantos años de proceso su verdadera identidad. La menor cuando llega la causa a la Cámara tiene catorce años. "Más allá del amor que la demandada en el juicio de nulidad de adopción manifieste profesar por la menor, está el superior interés de la niña. Además es impostergable su derecho al verdadero nombre y a ser cuidada por su familia biológica, como asimismo su derecho a la preservación de la identidad y sus relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

Con referencia al agravio interpuesto por el art. 1101 del C.C. que la recurrente considera absolutamente violado y que esto podría originar un escándalo jurídico la Cámara resolvió: "Coincido con la nulificante y así lo he sostenido al votar en las causas... que la sentencia civil dictada antes de que exista pronunciamiento firme en sede penal es nula conforme lo tiene resuelto reiteradamente nuestros Tribunales. También creo que la norma invocada resulta aplicable no solamente cuando se reclama la indemnización por los daños derivados de un delito, sino en todos los casos en que un juicio se encuentre íntimamente vinculado al resultado de un proceso criminal, atento que en todos los casos existe la misma razón de orden público que fundamenta aquella norma.

Sin embargo, no propiciaré la solución a que aspira la accionada, por dos razones, una principal y otra subsidiaria...

Sostuvo el Fiscal de Cámara en su dictamen... que no hay identidad de hechos entre lo juzgado en uno y otro juicio. La supresión de estado civil es delito penal que se comete con hechos materiales que no necesariamente incluyen la falsedad documental, ni llegan necesariamente al registro de la identidad falsa. Y lo que aquí se juzga es el fraude procesal por el que se logró la inscripción de una adopción que, aunque complementaria, no es el delito criminal en sí mismo, sino su consecuencia. Es por ello que tampoco puede producirse el escándalo jurídico que teme la apelante...no se advierte la identidad fáctica que pudiera servir de génesis a las acciones en trámite ante distintas jurisdicciones ni la posibilidad de escándalo jurídico ante sentencias contradictorias".

Alberto Etkin en ED 97-592 "Si la justicia criminal anduviera en el tiempo paralelamente a la civil podría admitirse la prejudicialidad como la ha legislado Vélez, pero nunca cuando importa un retardo inusitado para la solución de la causa civil. La C.S.J.N., en el fallo "Ataka Co. Ltda. c. González Ricardo y otros", frente a una causa penal que a más de cinco años de tramitación no se advertía la posibilidad de que

se le pusiera pronto término lo que posterga irrazonablemente el dictado de la sentencia comercial declaró que lo precedentemente reseñado demuestra la existencia de una dilación indefinida en el trámite y decisión de este litigio, que ocasiona agravio a la garantía constitucional del derecho de defensa, produciendo una efectiva privación de justicia dispuso por consiguiente que la Cámara debía pronunciarse sobre el mérito de la apelación valorando las constancias del juicio ejecutivo y de la causa criminal.

En el fallo que es materia de análisis a los fines de este trabajo, las actuaciones penales llevan más de quince años de trámite, por lo tanto la razón de urgencia e importancia que hacen al orden público es solucionar el problema de la menor que al día de la fecha no conocía su filiación ni su identidad.

Es por ello que el fallo deja de lado el principio conocido del derecho francés como “lo criminal mantiene lo civil en suspenso” ya que comenta “que en determinadas circunstancias la aplicación estricta del art. 1101 puede constituirse en una verdadera trampa o burla legal, pues so pretexto de evitar un eventual escándalo jurídico de pronunciamientos contradictorios se genera uno mayor, como es de privarlo del derecho a que su acción civil sea juzgada en tiempo razonable, prolongando indefinidamente el juicio.

Otra cuestión a tener en cuenta en este fallo es la determinación de cómo se debe valorar la prescripción: “Las acciones de estado de familia son imprescriptibles; por lo tanto una acción de estado de familia que persigue determinar la verdadera filiación e identidad de una menor y el emplazamiento en el estado de familia preexistente al que ostenta constituye una especie dentro de aquel GÉNERO.

No puede argumentarse que las acciones de estado cuya imprescriptibilidad no están expresamente previstas, le sea aplicable la norma general del art. 4023 C.C., pues esta norma establece la prescripción decenal de acciones personales por deudas exigibles salvo disposición especial y para interponer acciones de nulidad de los actos jurídicos, si no estuviese previsto un plazo menor; razón por la cual ninguno de los supuestos encaja en la caracterización de acciones de estado”.

“... ya que, cuando la nulidad es absoluta, y por lo tanto inconfirmable, la acción tendiente a su declaración es imprescriptible. Por lo tanto, jamás puede prescribir la acción tendiente a dicha determinación filial con la consecuencia...de la nulidad de la adopción plena y de la invalidez en las anotaciones efectuadas en el registro de estado civil...”

“La concesión de la adopción plena de una menor que se enunció como abandonada cuando no se hallaba en tal situación y falseándose los datos relativos al lugar, tiempo y modo en que comenzó la guarda, fue otorgada en fraude de la ley y como tal su nulidad es absoluta.

La circunstancia de que se haya necesitado de una larga investigación de hecho, porque el vicio no aparecía como manifiesto no impide que una vez constatado se declare su nulidad absoluta; lo que sucede, técnicamente, es que no puede hablarse de acto nulo, sino de acto anulable, pero dicha anulabilidad es absoluta, pues se está afectando el orden público y se dicta ante la necesidad de proteger el orden social.

La CAM. NAC. CIV. SALA “D” 18/4/96 expresó que “En el juicio de filiación, no se rehuye a la extracción de sangre para la realización de la prueba biológica, sino por el fundado temor que inspira un descontado desfavorable o al menos incierto resultado, pues aparece como asaz inverosímil que, quien se sepa por completo ajeno al hecho, se abstenga de someterse a la prueba por consideraciones que hacen a una minúscula e indolora punción, que ha pasado a ser una cosa habitual para la realización de numerosos actos de la vida de relación; vacunación obligatoria, análisis de rutina, etc.”

El mismo Tribunal, SALA “C” 13/6/96 dijo que “En los albores del Siglo XXI no es posible privar al más débil —menor cuya filiación se reclama— de la prueba más fuerte —exámenes biológicos— y que está fuera de su alcance dependiendo únicamente su producción de la voluntad exclusiva del sindicado como progenitor. Entender lo contrario, y al no existir fundamentos de peso para negarse a la producción de la prueba que da lugar al indicio legal, se impediría que quien reclama su filiación ejerza derechos fundamentales en la vida de cualquier ser humano.

Si el demandado ampara su negativa a someterse a los estudios biológicos en la Convención Americana sobre los Derechos Humanos e invoca el honor, la dignidad, el buen nombre, preocupándose porque hombres y mujeres no sean presas de “extorsiones” que puedan vulnerar esos valores como los de la intimidad, el domicilio y la familia, evidencia una actitud de poca credibilidad si luego de comprometerse a someterse a dichos estudios si los ordena el sentenciante incumple su compromiso sirviéndose de argumentos estériles. Con tal actitud, contradictoria y arbitraria, parece evidenciar el temor a que se le practiquen los análisis por ser el padre de la reclamante.”

JDO. DE I INST. CIV. Y COM. ROSARIO, 13ºNOM. 21/12/78 “D., J. D. s/ información sumaria”: El caso es el de una mujer embarazada de siete meses, que junto con su esposo, por ser presuntos desertores de una organización subversiva fueron secuestrados y desaparecidos de su domicilio. Dos meses más tarde un bebé de pocos días fue dejado en el umbral de la calle de la casa de los padres del marido secuestrado con un panfleto en el que se daba cuenta de la muerte del matrimonio, que había la mujer dado a luz una niña y que se la dejaban en el domicilio para que los abuelos se hicieran cargo. En base a estos antecedentes los presuntos abuelos paternos de la niña solicitaron y obtuvieron la guarda y luego solicitaron al Juzgado la inscripción en el Registro Civil de la beba como hija del matrimonio desaparecido. A tal fin acreditaron la celebración de las nupcias por parte de los padres, el embarazo notorio de la nuera, las fechas del secuestro, embarazo y alumbramiento posible y la coincidencia de los grupos sanguíneos de la niña y de ambos progenitores. También testifica el médico que atendió en su momento a la madre y testigos que confirman el estado de embarazo. Se realiza la pericia para determinar la edad probable y una prueba hematológica para constatar el grupo sanguíneo con sus progenitores.

Se encuentra un informe del Comando del II Cuerpo del Ejército donde se especifica que el panfleto es presumiblemente auténtico y que por la terminología empleada y el procedimiento se trataría de un documento propio de la banda de delincuentes terroristas.

Por todo ello el juez considera acreditado en forma satisfactoria la maternidad de la esposa desaparecida y presume la consiguiente paternidad del marido por el art. 245 del C.C. Ante la imposibilidad de que uno de los progenitores logre la inscripción de la niña en el Registro Civil, el sentenciante entendió que por aplicación del art. 30 del D.L. 8201/63, los abuelos estarían no solo facultados sino obligados a hacer la denuncia del nacimiento y que si lo hubiesen realizado dentro del término de los cuarenta días a contar desde el presunto día del nacimiento no hubieran necesitado la vía judicial. Por todo ello ordena la inscripción de la niña.

Lo característico del caso es que no medió reconocimiento expreso por la mujer que dio a luz el niño y además en el caso de filiación extramatrimonial se requiere el reconocimiento de los padres.

El Dr. Zannoni, que comenta este fallo cree que el juez ha resuelto con justeza y ha aplicado cabalmente las normas legales de fondo como registrables. Le resulta difícil considerar la inscripción del bebé si no era por la vía judicial y abierta esa instancia para poder lograr la inscripción la atribución de maternidad y paternidad quedan a salvo cuando el padre y la madre no pudieron denunciarlo directamente.

A manera de conclusión cabe esperar que este camino de asombrosa evolución científica no resulte inversamente proporcional al desarrollo del derecho, y que éste en definitiva no involucre hacia un positivismo a ultranza, a partir del cual se negará a determinados individuos la calidad de personas, tal como sucedió con la esclavitud, dado que dicha calidad resulta una construcción jurídica que atañe al mundo del derecho y no a la naturaleza de la persona.

DATOS DE PUBLICACIÓN

Publicación: www.saij.jus.gov.ar

Fecha: 2001

REVISTA: 0000 Página: 0000

Editorial:

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 340 Art.245, Ley 340 Art.256, Ley 340 Art.1101, Ley 340 Art.4023, Constitución Nacional Art.16, Constitución Nacional Art.18 al 19, Constitución Nacional Art.33, Constitución Nacional Art.75 (inc. 22), Ley 17.454 Art.178, Ley 17.454 Art.207, Ley 17.454 Art.322, Ley 11.179 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 3992/84 Art.146, Ley 19.134 Art.19, Ley 23.492, Ley 23.511 Art.4, Ley 23.592, Ley 6.286, Ley 17.722, Ley 23.054, Ley 23.221, Ley 23.313, Ley 23.338, Ley 23.849, RES 48/104, Constitución de la Provincia de Buenos Aires

Ref. Jurisprudenciales: "Muller", CSJN, "Nivia N.Diez c/Eduardo J. Catan s/Recurso de hecho", "M. de G., D.R. c/S.,S", Sala II , C. de Apel. Civ Com. Morón ,11/08/92

La negativa a someterse a las pruebas biológicas en las acciones de filiación

Ponencia presentada a las xix jornadas nacionales de derecho civil, realizadas en rosario, del 25 al 27 de septiembre. 2003. Comisión nº 5: familia: "autonomía de la voluntad en las relaciones personales de familia". (texto completo)

CASTRO, VERONICA ADRIANA

Publicación: www.saij.jus.gov.ar, 2004

SUMARIO

BANCO DE DATOS GENETICOS-DETERMINACION DE LA FILIACIÓN-RECLAMACION DE LA FILIACIÓN-PRUEBA DE HISTOCOMPATIBILIDAD-PRUEBA HEMATOLOGICA-PRUEBA DE LA FILIACIÓN-OPOSICION A LA PRUEBA-EXTRACCION FORZADA-DERECHO A LA IDENTIDAD-AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD-FAMILIA

Desarrollo

I.- La disposición normativa al respecto dispone en el art. 4 de la ley 23.511 que "...La negatoria a someterse a los exámenes y análisis necesarios constituirá indicio contrario a la posición sustentada por el renuente...".

Primeramente considero importante saber qué debemos entender por indicio. Zwanck explica que es toda acción o circunstancia relacionada con el hecho que se investiga y que permite inferir su existencia y modalidades. Los indicios, corroboran hipótesis o las descartan. Pueden evidenciar la realidad de dos maneras: Mostrándola o demostrándola y a su vez esta última puede ser la demostración propiamente dicha cuyas premisas son verdades necesarias, o la demostración de probabilidades con fundamentos en la analogía, la hipótesis y la estadística.

Los indicios, como medio de prueba, abarcan un ámbito muy amplio y mal definido. Consiste en recoger e interpretar todos los hechos y circunstancias que puedan conducir al descubrimiento de la verdad, cuando ésta se desconoce, o a demostrarla, por parte de quien la conoce, a quien la ignora.

Por sobre todas las cosas en las acciones investigatorias de la filiación, se trata de llegar a la verdad material y no a la denominada "verdad meramente formal".

El autor mencionado pregunta (A qué grado de certeza se llega a través de los indicios?. La concordancia de los indicios posee innegable valor objetivo, y conduce a conclusiones seguras, luego de descartar las explicaciones de la parte contraria. El trabajo del juez requerirá la aplicación de las reglas de la sana lógica, penetración psicológica , suficiente experiencia de la vida y conocimiento sobre los diferentes problemas que pueden plantearse en el proceso. La posibilidad de error siempre existe; en todo lo humano se encuentra presente, sea el que fuere el medio probatorio empleado.

Existe una tendencia a identificar los términos indicio y presunción , usándolos indistintamente; pero muchos autores hacen hincapié en que considerarlos de tal modo es desconocer el verdadero sentido de cada uno de ellos.

Siguiendo a Oderigo podríamos decir que media entre ambos una relación de causa a efecto. Indicio es la circunstancia o antecedente que autoriza a fundar una opinión sobre la existencia del hecho;

mientras que presunción es el efecto que esa circunstancia o antecedente produce en el ánimo del juez, sobre la existencia del hecho.

López Moreno considera que la presunción denota un juicio incompleto o sin motivo suficiente y puede derivar muy bien del indicio.

Bartoloni Ferro sostiene que las presunciones conservan siempre el carácter de datos generales probables y los indicios el carácter de datos específicos ciertos.

Considerando la opinión de Vázquez concluiríamos diciendo que el indicio es la raíz u origen de donde nace la presunción, que, sintetizando no es otra cosa que el juicio u opinión formada, partiendo de un hecho conocido para llegar a la averiguación de otro desconocido, infiriendo, deduciendo, de acuerdo con el modo más constante y común de obrar en los hombres, del orden, de la naturaleza o de la ley. (Enciclopedia Jurídica Omeba).

Doctrinariamente existen posiciones encontradas de cómo considerar la renuencia por parte del demandado a realizarse las pruebas biológicas. Un primer grupo habla de una presunción que obliga al juez en su resolución. Una segunda tesis sostiene que es un simple indicio, y la tercera, que si bien es un indicio, su importancia es tal que muy poca prueba más es suficiente para fallar contra quien usó tal negativa. (La Ley, 1989-E-570).

II.- Las pruebas biológicas pueden clasificarse en dos grandes grupos. Uno las que se basan en la transmisión de enfermedades hereditarias y anomalías constitucionales, y el otro, el que se funda en la herencia biológica de caracteres normales; encontrando dentro de éste, caracteres morfológicos, psíquicos, fisiológicos y físico-químicos.

La prueba del HLA consiste en advertir que en el sexto par cromosómico de todas las células nucleadas del ser humano hay un conjunto de partículas antigénicas codificadas denominado genotipo, que se encuentra dividido en dos partes, cada una de las cuales se denomina haplotipo y es invariable. Los haplotipos de cada individuo tienen que coincidir uno con el de su madre y otro con el de su padre. Según la frecuencia con que el haplotipo paterno pueda darse en el fenotipo, denominación que se da a las posibilidades matemáticas de combinación de genes de cada haplotipo para una población dada, será más o menos alta la posibilidad de que el padre alegado sea o no el padre de ese individuo.

La prueba de ADN consiste en un estudio molecular para generar perfiles genéticos. Se hace una confrontación para determinar si el individuo debe ser incluido o excluido y, en el supuesto que sea incluido, se ponderan las posibilidades de que algún otro de la población en general haya proporcionado una igual evidencia. (Di Lella, Pedro: "Paternidad y pruebas biológicas", Ed. Depalma 1997, p.16,18.23).

El análisis de las pruebas biológicas debe ser hecho siempre por duplicado, es decir, realizado por dos laboratorios, los cuales deberían ignorar el resultado al que ha arribado el otro. Esto podemos apreciarlo ya jurisprudencialmente en el controvertido caso Simpson, en el que se estableció que la forma de validar el examen era realizarlo por dos laboratorios diferentes, llevando de este modo a confirmar los resultados recíprocamente. (Revista "Science", Vol.265 del 2/9/94).

En cuanto a los especialistas encargados de la realización de las pruebas mencionadas podemos citar a inmunogenetistas, hematólogos, bioquímicos especializados en estadísticas o bioestadísticas. Estas intervenciones tienen su razón de ser dada la complejidad del informe. Cada uno, y desde su rol, examinará la realización del examen y sus conclusiones que refuerzan o disminuyen su fuerza de convicción.

Los laboratorios intervinientes en tales estudios deberán contar con técnicas de electrofocalización, electroforesis y además sistemas de computación.

En cuanto a la realización de la pericia se tomarán los recaudos necesarios que, hacen a la importancia de la cuestión; como identificar a las personas a las que se le extraerá el material, tomar dicho material evitando posibles confusiones, para luego los expertos poder realizar los estudios correspondientes proporcionando una vez finalizados, toda la información detallada al juez, no debiendo interesarse por los hechos subjetivos, sino llegar a la máxima objetividad posible en sus procedimientos, describiendo criterios, elementos, indicadores, problemas, márgenes de error, estadísticas,

conclusiones, etc., de forma tal de otorgar a aquellos la mayor seriedad posible. El juez podrá requerir todas las explicaciones que estime necesarias; y si no hubiese coincidencia en los resultados obtenidos por ambos laboratorios intervinientes, nada le impedirá -al juez- recurrir a un tercero para dilucidar el caso concreto.

Es dable aclarar que éste no es un juicio de peritos, sino una acción que el juez resolverá según las reglas de la sana crítica; valiéndose de esos peritajes como auxiliares de su labor. De lo contrario sería más fácil, más rápido y económico dejar que los peritos dicten sentencias de filiación. (Di Lella, ob.cit.p.46 y sgtes.).

III.- En el año 1987 se dicta la ley 23.511 cuya finalidad radica en la creación de un Banco Nacional de Datos Genéticos, tal como reza su art. primero: "Créase el Banco Nacional de Datos Genéticos (BNDG) a fin de obtener y almacenar información genética que facilite la determinación y esclarecimiento de conflictos relativos a la filiación. El BNDG funcionará en el Servicio de Inmunología del Hospital "Carlos A. Durand", dependiente de la Municipalidad de la ciudad de Buenos Aires, bajo la responsabilidad y dirección técnica del jefe de dicha unidad y prestará sus servicios en forma gratuita".

El mencionada Banco, al margen de estar al servicio de la determinación de la filiación de hijos desaparecidos; también a través del Servicio de Inmunología del Hospital Durand, realiza los exámenes genéticos requeridos en juicio filiatorio. (Art. 4 de la citada ley).

Un problema que se plantea es el alcance de las normas comentadas, ya que existe una doctrina que las considera como disposiciones "locales", es decir aplicables sólo al ámbito de Capital Federal; y de dudosa aceptación en Tribunales de Provincia. (Spota: "Tratado de Derecho Civil", t. II, vol. IV p.57, nota 63 bis).

A ciencia cierta, pero con discusiones de por medio, podríamos afirmar que la norma es de alcance federal. Lo fundamentamos en el mismo precepto legal cuando establece que "...Los jueces Nacionales requerirán ese examen al BNDG admitiéndose el control de las partes y la designación de consultores técnicos. El BNDG también evacuará los requerimientos que formulen los jueces provinciales según sus propias leyes procesales".

Y, aún no entendiéndose así, siguiendo a Zannoni, podemos decir que la elaboración jurisprudencial anterior a la vigencia de la ley 23.511 permite arribar a idéntico resultado, en cuanto a la presunción en contra que carga quien no se someta a las pruebas biológicas dispuestas por el juez de la causa. (Zannoni, Eduardo: "Derecho de familia", t II, p.493).

Otra cuestión que debemos tener presente es que aunque la ley menciona al Hospital Durand como el único facultado para la realización de tales exámenes; actualmente por cuestiones prácticas y dada la imposibilidad o improbabilidad de dicha disposición, se permitiría, y así efectivamente se hace, a otros centros la realización de los mismos.

IV.- Una actitud es que el demandado en una acción filiatoria se niegue a la realización de las pruebas biológicas, y otra diferente es que se oponga a las mismas.

La negativa consiste en que la persona requerida invoque su derecho constitucional de no someter su cuerpo a una prueba que no desea, simplemente porque la Constitución lo libera de ello.

La oposición en cambio, existe cuando se lo hace por motivos justificados, oponiéndose a la realización de tal probanza. Tales motivos pueden consistir en cuestiones de salud o religiosos que contengan la seriedad suficiente dada la entidad del planteamiento. A modo de ejemplo citamos al demandado que se opone a las mismas por ser testigo de Jehová, quienes no admiten manipulación con sangre humana como sería la extracción para el estudio biogenético (ADN). Cuestión zanjada dado que el mismo puede realizarse con muestras de otro tipo de materia orgánica.

También existe un motivo de oposición sumamente respetable fundado en que la pericia que se propone no reúne los recaudos necesarios; ejemplificativamente podemos mencionar algún fallo donde se designó, al menos en primera instancia, a un médico de la lista pericial para que realice el estudio, lo cual debió ser revocado por la Cámara. Lo que demuestra que algunos jueces no comprenden la complejidad y especialización que estos estudios entrañan. (Fallo del 31/5/95 J.A.

1995-IV-332). El magistrado deberá resolver en cada caso concreto si esos motivos son suficientes o no. (Di Lella: ob.cit.p.61 y sgtes.).

V.- El art. 253 del Código Civil establece que “En las acciones de filiación se admitirán toda clase de pruebas, incluso las biológicas, las que podrán ser decretadas de oficio o a petición de parte”.

Esta disposición consagra la amplitud de las pruebas en los procesos en que se suscitan acciones de estado relativas a la filiación; trayendo además la gran innovación que las pruebas biológicas representan y que cada vez revisten mayor importancia dados los avances científicos.

Debemos reparar en que la disposición normativa mencionada “ut-supra” faculta a la autoridad judicial a disponer la realización de dichas pruebas, aunque lo más probable es el que las partes las ofrezcan en el proceso.

Es importante notar que el art. en cuestión en ningún momento habla de prioridades probatorias. Por lo tanto estamos en condiciones de aseverar que todas ellas se encuentran en pie de igualdad. Aunque la redacción del mismo no es del todo feliz. La Dra. Mendez Costa interpreta que del texto mencionado se deduce un cierto orden de prelación en las pruebas filiatorias, pues dispone que se practicará la investigación genética cuando la pretensión “apareciere verosímil o razonable”. Es decir según la autora, no podría exigirse la prueba hematológica si antes no se ha demostrado por cualquier medio que el hecho de la filiación demandada es posible.

(Mendez Costa, María J.: “Sobre la negativa a someterse a la pericia hematológica y sobre la responsabilidad civil del progenitor extramatrimonial no reconociente”, L.L. 1989-E-563).

Lo que sí podemos plantear es la prioridad para analizar la exclusión de la filiación, que por cuestiones prácticas y metodológicas se hace primero (incompatibilidades), y luego ante la imposibilidad de exclusión realizar un análisis de semejanzas o inclusión (compatibilidades). Traduciendo esto a un ejemplo podemos decir que sería absurdo realizar el estudio genético a dos personas considerándolos padre e hijo si ambos tuvieran muy poca diferencia de edad, o se demostrara una clara incompatibilidad de cualquier naturaleza entre ellos.

La evaluación de eventuales incompatibilidades para el parentesco debe ser agotada antes de iniciar el estudio de las semejanzas. (Martínez Picabea de Giorgiutti; Elba: “Algunas reflexiones sobre la asignación de parentesco”, L.L. 1989-A, sec. doctrina, p.983).

Respecto a la paternidad extramatrimonial, no existiendo reconocimiento voluntario, será siempre exigible prueba.

Existe una presunción legislativa en el art. 257 del Código Civil que establece: “El concubinato de la madre con el presunto padre durante la época de la concepción hará presumir su paternidad, salvo prueba en contrario”. Acreditado éste -el concubinato- como cohabitación estable, singular, permanente y público, surge tal presunción, produciéndose una inversión de la carga probatoria.

El hijo no deberá probar el nexo biológico, porque este opera en virtud del precepto legal, entonces sería el demandado quien deberá ofrecer prueba contraria para descartar la paternidad, entre ellas las pruebas biológicas tendientes a acreditar que él no es el padre.

Aunque existe la presunción del art. 257 el demandado puede oponer la exceptio plurium concumbentium contra la madre, u otros hechos impeditivos tales como esterilidad, imposibilidad física durante la época de la concepción, etc., no obstante probarse el concubinato será menester acreditar que la madre tuvo contemporáneamente relaciones íntimas con terceros. En estos casos volvemos a que si la parte actora sostiene la paternidad, deberá ofrecer las pruebas que establezcan el nexo biológico. lo que hace concluir que es conveniente siempre ofrecer la prueba biológica para acreditar el vínculo. Pero si la parte actora esgrimiera -de acuerdo al art. 256 del Código Civil- la posesión de estado respecto del demandado (tractatus), nuevamente se invierte la carga de la prueba en contra del accionado. (Zannoni. ob.cit. p.498).

VI.- Ya en el año 1941 Mercader refiriéndose a la extracción de sangre en forma compulsiva decía que “Es cierto que en un primer momento, repugne la idea de la violencia ejercida sobre el hombre, pero nos parece que la reacción reflexiva demora poco, tan pronto como se vea que la fuerza es un medio necesario para la paz jurídica”. Sosteniendo que la potestad del juez de declarar y aplicar el

derecho implica un poder coactivo que resulta lesionado si ante la providencia que ordena la prueba puede alzarse el particular en condición dominadora y resolutoria. (Mercader, Amílcar: “La jurisdicción y la prueba. Investigaciones en el cuerpo humano”.L.L.t.23-130).

Es de suma importancia poner de manifiesto que las pericias que se efectúan en las acciones filiatorias son totalmente inocuas, y haciendo propias las palabras de Morello, podemos aseverar que no son vejatorias, ni afectan a la salud. Consisten generalmente en una simple extracción de sangre, cuestión rutinaria en cualquier examen médico.

Pareciera inadmisibles la coerción física para la realización de las mismas. Pero no debemos sorprendernos ya que en la realidad existen numerosas normas , de larga data que han planteado esto. A modo de ejemplo podemos mencionar que el negarse al sometimiento a los exámenes prenupciales da como resultado la imposibilidad de celebrar el matrimonio. O numerosas leyes que imponen obligaciones de tipo sanitarias o educativas a los padres, aún en contra de sus voluntades (vacunas).

En los diferentes ámbitos del derecho lo vemos a menudo, como el caso de que si una persona citada como testigo de un proceso no comparece voluntariamente, será llevado por la fuerza pública a declarar. También en el juicio de insania se permite el sometimiento del presunto insano a una revisión forzada si se negara, etc.(Grosman y Arianna: “Los efectos de la negativa a someterse a los exámenes biológicos en los juicios de filiación paterna extramatrimonial”. L.L. t.1992-B,Sec. doctrina).

En la situación que nos ocupa tenemos dos derechos constitucionalmente reconocidos a salvaguardar. Por una parte, el derecho del hijo a conocer su verdadera identidad, principio consagrado en la Convención de los Derechos del niño, y ratificada por nuestro país según ley 23.849. Y por otra parte confrontándose con el anterior, el *ius in se ipsum*, es decir, el derecho personalísimo a disponer del propio cuerpo negándose el accionado a someterse a las pruebas biológicas.

Esto llevaría , como bien lo expresa Zannoni, a la facultad de toda persona de impedir, en razón de objeciones de conciencia, pudor, prejuicios, sensibilidad o cualquier otra razón, un menoscabo de su intimidad personal; pero sintetizando de admitirse semejantes alegaciones se “cerraría la posibilidad de conocer con la mayor certeza de las posibles, las relaciones que están en juego, lo que también es un resultado destacadamente contrario a la actuación invalorable de la justicia”. (Cifuentes, fallo de CN Civ.; Sala C, 22/10/93, ED 157-270).

No debe admitirse la renuncia como actitud arbitraria del demandado, llevando a una incertidumbre inaceptable la realidad filiatoria del accionante.

Un fallo del Tribunal Supremo español del 15-3-89 ha sostenido que “mantener a ultranza el derecho individualista a negarse a las pruebas biológicas supone un fraude a la ley y un ejercicio antisocial del derecho. El derecho del hijo a que se declare su filiación biológica, implica que el demandado por filiación no sólo es sujeto en el proceso, sino que, a su vez, es objeto del mismo proceso, pues el cuerpo humano sobre el cual habrían de operar las pruebas biológicas pasa a ser el fin de la prueba pericial”.

En la doctrina española también se ha sostenido que la negativa a someterse a las pruebas biológicas constituye un abuso de derecho y una falta de solidaridad y colaboración con la administración de justicia. (Rivero Hernandez: “La presunción de la paternidad legítima”, Ed. Tecnos 1971, p.537).

Bidart Campos, considera que el solo hecho del indicio en contra del renuente vulnera la cláusula del art. 18 de la Constitución Nacional de que “Nadie está obligado a declarar contra sí mismo”, Continúa diciendo: “Si en ningún proceso es viable obligar a declarar contra sí mismo, y si tampoco es viable inferir presunciones en contra de quien se niega a esa declaración; no es demasiado extravagante ni difícil aseverar que tampoco es válido exigir que alguien se preste a una prueba para la cual tenga que ofrecer su cuerpo”.

También los defensores de esta postura lo cimentan en el art. 19 del mismo cuerpo legal, en cuanto éste establece que “las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados”.

Si bien el precepto consagra la protección jurídica de la vida privada, incluyendo el derecho fundamental a la intimidad, ésta encuentra límites establecidos unos en función de la seguridad del Estado, otros en base al bienestar general y también frente al ejercicio de derechos por parte de terceros (Ferreira Rubio: "El derecho a la intimidad", p.179 y Sgtes.).

No comparto esta posición. Inicialmente diremos que ante la negativa es lógico que surja el indicio, ya que éste es directamente proporcional a la certidumbre que podrían arrojar esos estudios. (Zannoni. ob. cit. p.494).

Nuestro sistema abunda en ejemplos de normas procesales que establecen consecuencias disvaliosas para la parte que incurre en una omisión prevista por la norma: el art. 143 del Código Procesal Civil y Comercial dispone que la falta de contestación a la demanda, aún en el juicio en rebeldía , o a la reconvencción implica el reconocimiento de los hechos articulados por el actor o reconviniente, sin perjuicio de la prueba en contrario; el art. 142 inc. 3 del mismo digesto adjetivo establece que en él responde el demandado debe reconocer o negar la autenticidad de los documentos privados que se le atribuyen , so pena de que se los tenga por reconocidos; el art. 162, preceptúa el apercibimiento de que si el citado no compareciera sin justa causa a absolver posiciones, es tenido por confeso en la sentencia.(L.L. t.1992-D).

Es de tener presente el siguiente razonamiento: si se está seguro de que no se es el padre -como afirmó el demandado oportunamente-, no se advierte por qué razón no se sometió al referido estudio, (coincidentemente, fallo de la CNCiv., sala F, del 12-11-89, publicado en La Ley, 1991-D, 6).

El Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Dr. Petracchi, desarrolla el tema del derecho a la identidad, en su voto en disidencia en el caso "Muller, Jorge s/denuncia", fallo del 13 de noviembre de 1990 -La Ley, 1991-B,470-). Señala que entre los derechos y prerrogativas esenciales e intransferibles de hombre y de la sociedad, que aunque no estén expresamente consagrados en la Constitución deben ser considerados garantías implícitas, figura el derecho de toda persona a conocer su identidad de origen. "En efecto, poder conocer su propia génesis, su procedencia, es aspiración connatural al ser humano, que incluyendo lo biológico, lo trasciende. Tender a encontrar las raíces que den razón del presente a la luz de un pasado -aprehendido- permita reencontrar una historia única irrepetible (tanto individual como grupal) es movimiento esencial, de dinámica particularmente intensa en las etapas de la vida en las cuales la personalidad se consolida y estructura". Y continúa: "La dignidad de la persona esta en juego, porque es la específica "verdad personal", es la cognición de aquello que se es realmente, lo que el sujeto naturalmente anhela poseer, como vía irremplazable que le permite optar por los proyectos de vida, elegidos desde la libertad". Y más adelante: "...justamente, por el carácter medular de la aspiración del ser humano a conocer quienes lo han engendrado, son tan devastadoras las consecuencias de las vallas puestas en el camino de acceso a la verdad".

Y por otro lado, considero que obligar al accionado a someterse a las pruebas biológicas no constituye "forzarlo" a confesar su paternidad, sino que dicho análisis ayudará al esclarecimiento de la verdad, sea ella cual fuere, ya sea excluyendo o incluyéndolo como padre. Siendo una de las posibilidades la exclusión, y resultando factible en un 50 % , le facilitaría al renuente su situación, dado que quedaría desobligado a hacerse cargo de un hijo que no le pertenece.

Concluyendo podríamos decir que de no admitirse, -resultando ser la doctrina mayoritaria en nuestro país-, la coerción en la persona del demandado se estaría sustituyendo el derecho del hijo a ser declarado como tal sobre la base de pruebas eficientes, por una filiación fruto de un reconocimiento "ficto". Frente al avance de la ciencia que permite una prueba directa de paternidad, no aparece como valioso acudir a una presunción basada en la negativa a someterse a exámenes periciales, dejándose al arbitrio de los particulares el estado de familia.(Grosman y Arianna: trab. cit.).

VII.- La negativa a someterse a la prueba filiatoria no resulta del mismo modo si procede del pretendido progenitor o de un pariente de éste.

El estudio de ADN es perfectamente viable realizándose a presuntos abuelos, medio hermanos, tíos; no así el HLA que es suficiente para determinar la exclusión del abuelismo, pero no basta para la inclusión, dado que el tratamiento de los datos, cuando se salta una generación (padre), produce un artificio en el estudio.

Pero ante la negativa no debe dársele la entidad de indicio contrario, porque las circunstancias son diferentes, no es lo mismo el grado de conocimiento de la situación que posee el supuesto padre, quien sabrá si existen posibilidades de que él sea el progenitor y no obstante se niega para evitar las responsabilidades que la paternidad conlleva, a la ignorancia del caso en la que seguramente se encuentran los demás parientes.

Una posibilidad existente es la de exhumar el cadáver del presunto padre para proceder a los estudios genéticos, ante la oposición formulada por los herederos del muerto argumentando pretender salvaguardar la paz e intimidad familiares que exige el respeto por el cadáver. Existe la pregunta de si es factible no obstante, solicitar la exhumación para la realización de la prueba. Considero, siguiendo al Dr. Zannoni, que efectivamente debería permitirse dado que el derecho personalísimo de disponer de los restos mortales y a preservar la memoria del difunto no sufre mengua ni avasallamiento al disponerse la obtención de muestras del cadáver. Y a su vez, el interés del actor al haber promovido la investigación para establecer su identidad, -derecho de raigambre constitucional-, es jerárquicamente superior. (Zannoni, ob. cit.p.499).

VIII.-Hay diferentes situaciones en lo que a pruebas se refiere que se producen en el proceso de filiación extramatrimonial cuando existe de por medio la negativa del demandado a someterse a las pericias biológicas.

Una de ellas se plantearía cuando el único elemento de juicio existente es dicha negativa. Como segunda hipótesis tenemos el supuesto de que junto a la renuencia del presunto padre, existan otras pruebas que avalan la filiación invocada. Y en último lugar cuando se han producido comprobaciones que desvirtúan el nexo biológico.

Al analizar la primera posibilidad planteada con casos de frecuencia cotidiana, en los cuales no hubo convivencia o vinculación entre la madre y el accionado, resulta dificultoso arrimar elementos de juicio que permitan acreditar la existencia de relaciones íntimas durante la época de la concepción y tampoco es posible probar trato alguno del hombre con el niño que reclama la filiación. Ante este planteo la única posibilidad de demostrar la paternidad con un alto grado de probabilidad, lo constituyen las pruebas biológicas; debiendo acogerse la demanda de filiación, sin perjuicio de que el demandado pueda demostrar la falta de nexo biológico, produciéndose en tal caso la inversión de la carga de la prueba. (Grosman y Arianna, trab. cit.).

En L.L.,1988-D,310, el Asesor de Menores de Cámara Alejandro Molina, sostuvo en sus dictámenes que debe otorgarse a la negativa el valor de plena prueba respecto de la paternidad atribuida, pues con dicha negativa el demandado busca beneficiarse con la duda al impedir la realización de una prueba que permite establecer la veracidad de la paternidad con un alto grado de probabilidad.

El considerar a la prueba biológica como autosuficiente para determinar la paternidad fue el criterio adoptado por las II Jornadas Interdisciplinarias de Derecho de Familia y Minoridad, Morón, oct.1991.

En un fallo el Dr. Bossert sostuvo que salvo que medien justificadas y probadas razones, la expresa negativa del demandado hará presumir el acierto de quien reclama la paternidad. No es razonable dice (CN Civ., Sala F, marzo 7-989 L.L. 1989-E-112) “adoptar otra actitud cuando lo que está en cuestión es el estado de familia de una persona”

Si el juez rechazara la demanda por ausencia de elementos de convicción, el emplazamiento filial, que representa un derecho para el niño, perdería efectividad por voluntad y arbitrio del presunto padre.

Es decir, la igualdad de las filiaciones se convertiría en una declaración formal desprovista de contenido.

No basta que un texto legal acuerde al hijo la acción de reclamación de estado; es necesario darle los recursos para que ese derecho sea efectivo y tal intención se desnaturaliza si desde la ley y la justicia se tolera la traba de una prueba esencial en la determinación del vínculo familiar. (Grosman y Arianna. trab. cit.)

Arazi señala que el indicio es fuente de presunción y la sentencia puede fundarse exclusivamente en presunciones cuando hubiere imposibilidad de obtener otra prueba. (Arazi,Roland: "La prueba en el proceso civil" p.108 Ed. La Rocca, Bs.As.,1986).

En el presente tema el indicio que significa la negativa a someterse a las pruebas lleva a la presunción en contra del renuente, porque, aunque si bien es único, es lo suficientemente grave y preciso para formar convicción de la verdad.

Con respecto a la segunda situación planteada, es decir que existan además otros elementos de prueba, amén de la negativa del demandado, dicha resistencia no hará más que robustecer la prueba ya existente; debiendo ser ponderada teniendo en cuenta todo el plexo probatorio. A esta conclusión se arribó en las II Jornadas de Derecho de Familia y Minoridad de Morón oct.1991.

Ante la tercera hipótesis posible, en la que existen elementos probatorios que demuestran fehacientemente la ausencia de nexo biológico el indicio que surge de la negativa del accionado, razonablemente, no debe ser tomada en cuenta.

Conclusiones

I.- La negativa a someterse a las pruebas biológicas crea un indicio -no presunción- en contra del renuente.

II.- Para que el resultado de las pruebas biológicas sea considerado indicio debe haberse practicado por especialistas de por lo menos dos laboratorios específicos, sin que a cada uno de ellos le conste el resultado obtenido en el otro.

III.- Las disposiciones de la ley 23.511 sobre creación del Banco Nacional de Datos Genéticos es norma aplicable en todo el territorio de la Nación Argentina.

IV.- La negativa y la oposición al sometimiento a las pruebas biológicas constituyen actitudes diferentes para la apreciación judicial ante una acción filiatoria.

V.- Las pruebas biológicas no son supletorias de otras en una acción de reclamación de paternidad, sin mediar concubinato previo de la madre con el accionado.

VI.- El someterse a la realización de las pruebas biológicas constituye una carga procesal, siendo admisible la "inspectio corporis" forzada del remiso en la acción de reclamación de paternidad.

VII.- La oposición formulada por los herederos del demandado ya fallecido en juicio de reclamación de paternidad no es indicio suficiente para considerarlo como tal -progenitor-.

VIII.- El juez debe hacer lugar a la filiación reclamada cuando el único medio de prueba es la negativa del demandado a prestarse a las pruebas biológicas.

DATOS DE PUBLICACIÓN

Publicación: www.sajj.jus.gov.ar

Fecha: 2004

:

Editorial:

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 340 Art.253, Ley 340 Art.256, Ley 340 Art.257, Constitución Nacional Art.18, Constitución Nacional Art.19, Ley 17.454 Art.142, Ley 17.454 Art.143, Ley 17.454 Art.162, Ley 23.511, Ley 23.511 Art.4, Ley 23.849

Ref. Jurisprudenciales: "Muller, Jorge s/denuncia", CSJN , 13/11/1990.

Acerca de la extracción compulsiva de sangre en el proceso penal, a propósito de los casos “Vázquez” y “Feretton”

SOLARI, NESTOR E.

Publicación: LEXIS NEXIS. JURISPRUDENCIA ARGENTINA, 2004-i, FASCÍCULO Nº 12, 24 DE MARZO DE 2004

SUMARIO

EXTRACCION FORZADA: PROCEDENCIA; IMPROCEDENCIA-PROCESO PENAL-PRUEBA HEMATOLOGICA-MENORES-DERECHO A LA IDENTIDAD-DERECHOS PERSONALISIMOS-DERECHO A LA INTIMIDAD-DESAPARICION DEL MENOR-SUSTRACCIÓN DE MENORES-HIJOS DE DESAPARECIDOS-SUPRESION DEL ESTADO CIVIL-INSCRIPCIÓN COMO PROPIO DE HIJO AJENO

I. INTRODUCCION

Se cuestiona en el ámbito del proceso, acerca de si es posible ordenar la extracción compulsiva de sangre, específicamente en el marco de un proceso penal. En particular, en el contexto de la investigación penal por el delito de sustracción de un menor del poder de sus padres, o personas encargadas de él, así como su retención y ocultamiento, en concurrencia con el delito de supresión de estado civil.

Recientemente, dos casos, uno de la Corte Suprema y otro de Casación Penal, han tenido que expedirse acerca de la procedencia o no de la medida compulsiva, fallos que motivan el presente trabajo.

1. Caso “Feretton”.

La sala II de la Cám. Fed. Apel. de San Martín con fecha 8/5/02, resolvió confirmar la resolución del Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional No. 1 de San Isidro, del 20/11/01, que había dispuesto proceder a la extracción compulsiva de muestras sanguíneas en la persona del entonces menor inscripto como Carlos Daniel Feretton, a los fines de determinar su verdadera identidad, en un proceso penal donde se investigaba el delito de sustracción y alteración de estado civil.

En el recurso de casación interpuesto, la Cám. Nac. Casación Penal, sala IV, por unanimidad (votos de los Dres. Amelia Lydia Berraz de Vidal; Gustavo Hornos; Ana María Capolupo de Durañona y Vedia) anuló la disposición de extracción compulsiva de sangre, dejando sin efecto la medida.

La Dra. Capolupo de Durañona y Vedia entendió que la medida ordenada afectaba derechos constitucionales. En el mismo sentido, los Dres. Gustavo Hornos y Berraz de Vidal.

2. Caso “Vázquez”.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en causa “Vázquez Ferrá, Evelin Karina s/inc. de apel.”, con fecha 30/9/03, también tuvo que resolver acerca de si la extracción compulsiva de sangre era procedente en un juicio penal.

En la causa se investigaba la presunta sustracción de un menor de 10 años a sus padres y su retención por parte del matrimonio imputado; la alteración del estado civil y la consiguiente falsedad ideológica del parto y nacimiento y del documento de identidad.

La causa se origina con la querrela promovida por la madre de Susana Pegoraro, alegando que su hija desapareció en el curso del año 1977, cuando estaba embarazada de 5 meses. Después de haber estado detenida en el centro de detención clandestino existente en la Escuela Mecánica de la Armada, nació su nieta, que habría sido entregada a Policarpo Vázquez -quien se desempeñaba en la base naval de submarinos de Mar del Plata- e inscripta en el Registro Civil como Evelin Vézquez Ferrá.

Tanto Policarpo como su esposa -Ana María Ferrá-, admitieron en la declaración indagatoria no ser los padres biológicos de la menor. Se les dictó auto de prisión preventiva por los delitos de falsedad ideológica de documento público y de supresión de estado civil y retención de un menor de 10 años.

La Cám. Nac. de Apel. Crim. y Correc. Federal, sala I, con fecha del 24/3/00, confirmó lo resuelto por la magistrada en cuanto dispuso retener los documentos filiatorios de Evelin Vázquez (E.V., en adelante) y ordenó la realización de una prueba hemática sobre ella a fin de determinar su verdadera identidad, a los fines de comprobar si la recurrente es nieta de la querellante. Asimismo, resolvió dejar sin efecto la decisión del juez que sucedió a la magistrada anterior, en cuanto revocó por contrario imperio el carácter compulsivo del examen hemático, disponiendo, consiguientemente, que la prueba se lleve a cabo con el auxilio de la fuerza pública en el hipotético caso de que E.V. no preste su consentimiento.

Contra tal decisión, el representante legal de E.V., invocando su carácter de tercero interesado, interpuso recurso extraordinario. Alegó que la medida violaba derechos constitucionales, tales como la integridad física, psíquica y moral; intimidad; dignidad; vida privada. Por lo demás, alegó que dicha medida implicaba una inadmisibles intromisión del Estado en la esfera de la intimidad, en cuanto a disponer de su propio cuerpo contra su voluntad.

El dictamen del Procurador General de la Nación, Dr. Becerra, consideró que la medida que ordenaba la extracción compulsiva de sangre era procedente. Fundamentaba, diciendo: “La Constitución admite que la ley autorice en ciertos casos la intromisión de los órganos estatales encargados de la persecución penal de la libertad, la intimidad, la vida privada y demás derechos de la persona en aras de salvaguardar el interés de la sociedad en la investigación y castigo de los delitos.”

La Corte Suprema, sin embargo, entendió que la medida compulsiva afectaba derechos constitucionales, por lo que, el voto de la mayoría (Dres. Fayt, Belluscio, Petracchi, Moliné O Connor, Boggiano, López, Vázquez) dejó sin efecto la decisión recurrida; en minoría votó el Dr. Maqueda.

II. VALORACIÓN.

1. La problemática.

La decisión acerca de si es procedente, en determinados procesos judiciales, la realización compulsiva de la extracción de sangre a los fines de determinar la identidad filiatoria es un tema que ha suscitado debates y controversias.

En el ámbito civil, la cuestión se encuentra resuelta expresamente en el art. 4 de la ley 23.511 (Banco Nacional de Datos Genéticos), por la cual se establece un indicio en contra del renuente a someterse a la prueba. De esta manera, no podría ordenarse compulsivamente la prueba de sangre ; solamente el juzgador deberá valorar esa conducta negativa en el momento de dictar sentencia.

En cambio, en el ámbito penal, a los fines de investigar delitos que importan la sustracción y alteración de estado civil, la cuestión se encuentra controvertida.

En algunas oportunidades se ha resuelto que la extracción compulsiva no es procedente ; otras veces se hizo lugar a la medida ; y en cierta oportunidad, en fin, se interpretó que es facultad propia del juez penal que investiga los delitos de supresión y suposición de estado civil.

En los casos resueltos por Casación Penal (“Ferretton”) y la Corte Suprema (“Vázquez”), se resolvió que la medida compulsiva no era procedente. En estos precedentes, el objeto de la cuestión estaba centrado en determinar si resultaba necesario, en el marco de la investigación de un delito penal, la medida compulsiva de extracción de sangre sobre la persona que no resultaba imputada, sino víctima del delito, y cuya comprobación requiere determinar si él es hijo sustraído de un matrimonio víctima del accionar ilícito de las fuerzas militares durante el período 76-83 de nuestra historia.

La cuestión de si es necesario, a los fines de la investigación penal, llevar a cabo la medida, aun en contra de la voluntad de la persona sobre quien hay que practicar dicha extracción, es, ciertamente, cuestión controvertida. En este contexto, es de preguntarse si es posible, en el proceso penal, investigar la realidad biológica, más allá de la conducta penal del imputado.

a) De acuerdo a un primer criterio, la dilucidación de la identidad biológica de la supuesta víctima de los delitos de sustracción de menores y supresión de estado civil no forma parte del objeto de la investigación llevada a cabo para comprobar la comisión de tales delitos, bastando, a los fines perseguidos, la acreditación de que la víctima no pertenece a la familia de los imputados. En consecuencia, la negativa de la víctima del delito de sustracción de menores y supresión de estado civil a permitir una extracción de sangre no afecta derechos de terceros ni interés público relevante, porque el objeto procesal de la causa penal seguida contra los imputados se encuentra delineado y la concreción de la medida en nada afectará a la comprobación del delito enrostrado; en consecuencia, esa convicción de no indagar en esta etapa de su vida, respecto de su identidad, merece amparo jurídico.

b) De acuerdo a otro criterio, se entiende que es procedente la realización de una medida de prueba sobre la persona de la presunta víctima del delito investigado sin contar con su consentimiento - la prueba hemática tendiente a acreditar su verdadera identidad-, si tal diligencia guarda estricta relación con el objeto procesal, tiene aptitud para acreditar directamente el hecho investigado y su no realización importaría un peligro cierto para el esclarecimiento del caso. Ello así, porque el peritaje ordenado resulta una diligencia complementaria de las otras probanzas colectadas, cuya realización deviene razonable, pertinente y encaminada a la obtención de certeza de los hechos que constituyen el objeto procesal de la investigación criminal, dentro de los límites formales de la ley en un estado de derecho y sin mengua del principio de proporcionalidad entre los bienes o derechos que puedan afectarse y el necesario beneficio que representa la prueba para la causa.

Compartimos este último criterio, pues, la medida que ordena la compulsión en la extracción de sangre, según los casos, puede estar justificada en razón de las circunstancias.

2. Conflicto de derechos.

El conflicto de derechos, de naturaleza constitucional, surge claramente en este tipo de procesos, siendo necesario tener en cuenta, como dijimos, el principio de proporcionalidad y razonabilidad.

Entendemos que cuando estamos en presencia de un proceso penal en donde se investigan delitos relacionados con la desaparición forzada de personas, que conllevaron la supresión y sustitución de estado civil, en la época comprendida entre 1976 y 1983, no dudamos en la procedencia de la medida compulsiva, dado los derechos en juego y el interés que debe predominar en estas cuestiones. Mas allá de la incriminación penal, o sin perjuicio de ella.

Ello así, porque la realización de un estudio inmunogenético de histocompatibilidad no afecta los derechos fundamentales atinentes a la vida, la salud o la integridad corporal, porque la extracción de unos pocos centímetros cúbicos de sangre, si se realiza por los medios ordinarios adoptados por la ciencia médica, ocasiona una perturbación ínfima en comparación con los intereses superiores de resguardo de la libertad de los demás, la defensa de la sociedad y la persecución del crimen.

Como lo sostuvo la jurisprudencia, no se lesiona garantías constitucionales, tales como la libertad personal e integridad física, cuando se ordena la realización de una medida de prueba sobre la persona de la presunta víctima del delito investigado sin contar con su consentimiento —en el caso, la prueba hemática tendiente a determinar fehacientemente su identidad—, si el medio empleado para concretarla es razonable, lo que ocurre cuando se le garantiza una adecuada asistencia sanitaria y la medida en cuestión no entraña un riesgo para su vida, salud o integridad física.

3. Distintas situaciones.

a) Persona imputada de cometer un delito. Un recurso muy utilizado en el proceso penal, cuando se ordena este tipo de medidas compulsivas, es el derecho constitucional a no ser autoincriminado, en virtud de que “nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo” (art. 18 C.N.)

Sin embargo, como se dijo, la realización de un estudio inmunogenético de histocompatibilidad, que demanda la extracción de sangre de la imputada, no afecta la garantía constitucional que prescribe que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo, desde que lo prohibido es compeler física o moralmente a una persona con el fin de obtener comunicaciones o expresiones que debieran provenir de su libre voluntad, pero ello no incluye los casos en los que cabe prescindir de su voluntad, entre los que se encuentran los supuestos en que la evidencia es de índole material.

b) Persona víctima del delito. Habrá que analizar, por su parte, cuando la persona que debe someterse a la extracción sanguínea no es imputado sino víctima del delito investigado.

En realidad, la presunta víctima del delito investigado no puede oponerse a la realización de una medida de prueba sobre su persona, si dicha diligencia no constituye una restricción a su libertad de tal entidad que vulnere las garantías constitucionales, dado que no existen inmunidades generales para ser compelido a colaborar en el esclarecimiento de un hecho delictivo -ni para la intervención sobre el cuerpo del imputado o de un tercero con esa misma finalidad-, a excepción de las inmunidades de tipo funcional .

Sostuvo la jurisprudencia que la medida se puede realizar aún frente a su oposición manifiesta, ya que puede prescindirse de la voluntad del sujeto al intervenir simplemente como objeto de prueba. En este sentido, es irrelevante su voluntad y no es necesario su consentimiento para llevar a cabo aquellos actos procesales que impliquen meramente su colaboración pasiva, por lo que puede realizarse aún en contra de su expresa voluntad .

c) Persona víctima menor de edad. También puede suceder que la medida deba ser realizada sobre la persona del menor de edad, víctima del delito. En cuyo caso, la autorización deberá ser dada por su representante legal.

La Corte, en un precedente, entendió que el representante legal del menor de edad —en el caso, adoptante— podía negarse a que su representado sea sometido a una extracción de sangre. En efecto, se determinó que la finalidad de la ley de adopción ha sido la de proteger a la infancia abandonada y preservar primordialmente el interés del menor a desarrollarse en el seno de una familia, donde sea destinatario de vínculos afectivos; la ley no conoce un derecho intangible de los padres respecto de su propia prole, cuando el interés de ésta resulta claramente comprometido en relación a otras alternativas más satisfactorias. Dentro de ese contexto, la ruptura del vínculo de sangre aparece como una consecuencia determinada por la voluntad legislativa de tutelar, por todos los medios posibles, tanto al adoptado, sujeto de la asistencia, como a aquéllos que lo asisten y que tiene el derecho a asistirlo y educarlo exclusivamente, sin la peligrosa interferencia de quien abandonó al menor y no cuidó de él por largo tiempo . De acuerdo con lo resuelto, se dijo que la justicia podría prescindir de la decisión paterna, si ésta fuera abusiva, o si, como la ley prevé, hubiese un conflicto de intereses entre el incapaz y su representante legal. Pero no es éste el supuesto, pues, a nadie sino a los padres podría corresponderle la decisión sobre someter o no al hijo a la investigación que se pretende .

Por ello, la prueba hematológica importa someter a un menor de edad que es víctima del hecho de la causa, y a quien no se imputa acto antijurídico alguno, a una extracción compulsiva de sangre, vale decir, a una prueba que presupone ejercer cierto grado de violencia -por mínima que sea- sobre su cuerpo, lo que de por sí invade la esfera íntima, restringe su libertad en cuanto más tiene ella de esencial -esto es la disponibilidad del propio cuerpo-, y comporta la lesión a la integridad física del niño, bien jurídico este último que —en punto al resarcimiento del daño causado— es susceptible en sí mismo de tutela .

Sin embargo, Petracchi, entendió que la representación es el medio por el cual el ordenamiento positivo permite suplir la situación de inferioridad de los incapaces, autorizando a otros a ejercer los derechos y facultades de cuyo ejercicio -con finalidad exclusivamente tuitiva- se los priva. Surge entonces, de su propia razón de ser, que no constituye un fin en sí misma, sino un instrumento que el legislador ha instituido para el solo beneficio de los incapaces, a los que supone protegidos, amparados, tutelados por la acción de los representantes que, por hipótesis, buscará lo más acorde para el interés en cuyo nombre actúan. Prueba de ello es que la ley los aparta cuando sus intereses entran en oposición con los de los representantes, situación para la cual prevé la designación de tutores o curadores especiales (arts. 61 y 397 C.Civil)

Fayt, por su parte, entendió que lo dispuesto en el art. 19 C.N. en el sentido de que “ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”, presenta para su interpretación y aplicación una especial dificultad en el caso de los incapaces de hecho. Lo que se procura es evitar los efectos que de lo contrario tendría la falta de un adecuado discernimiento en la producción de actos jurídicos. Esta falencia es suplida mediante la institución de

representantes, esto es, los padres —en el caso, el adoptante— y la intervención del ministerio público y de los jueces en determinadas circunstancias. También prevé la ley que cuando los intereses del representante y los del menor sean divergentes, se aparta al representante a los efectos de determinados actos jurídicos. Lo que la ley privilegia es el interés del menor. De ninguna manera confunde este interés con los del representante cuyas atribuciones no llegan por otra parte a suplir la voluntad del menor en la producción de actos tales como los personalísimos. De allí que cabe concluir que los menores sólo pueden, en sentido estricto, ser titulares de derechos, a cuya protección concurren sus representantes, el ministerio público y los jueces, y nunca objeto de derechos de terceros, sean éstos sus padres o sus adoptantes. Los derechos de estos últimos, extensos y respetables, que van desde la elección del nombre hasta decisiones sobre la educación, hallan siempre un límite cuando el interés del menor aparece afectado. Este interés entonces, por el que velan la sociedad y la ley es el norte que debe guiar lo que se decida en relación a ellos. En este caso, sólo en el interés del menor puede resultar lo que haga a la determinación de su identidad. Cabe afirmar como principio que nada duradero parece poder fundarse a partir de la ignorancia consciente de la verdad, por lo que cabe valorar positivamente la producción de la prueba en cuestión que puede conducir, en el caso, a aquélla. Coincidimos con esta interpretación, pues el representante legal, en el caso, al negar su autorización para la extracción de sangre, debe presumirse que no actúa en el mejor interés del niño, a los fines de esclarecer su realidad biológica, sino en su propio interés de ocultar la identidad cuestionada.

En consecuencia, también podrá ordenarse la medida cuando es el representante legal del menor el que se opone a la extracción de sangre. En este sentido, tratándose de una causa instruida a fin de investigar si quien figura como padre de un menor alteró o no la identidad de éste, ante el conflicto de intereses suscitado con motivo de la orden de realización de una prueba de ADN, el juez debe reemplazar la representación de aquél en amparo de los intereses del menor —en el caso, el defensor de menores consintió la realización de la prueba—, pues, como se dijo, a los fines de la investigación no puede ampararse en el ejercicio de esa función para negarse a la realización de la medida probatoria.

Sin embargo, en algunos casos, la medida puede ser excesiva, como lo sería a los fines de establecer el paradero de una menor. En este sentido, con buen criterio, se hizo lugar al habeas corpus interpuesto y se revocó la orden judicial que dispuso la realización de una pericia genética de la imputada para su cotejo con el patrimonio genético de su hija -en el caso, un estudio no impugnado de ADN excluyó el vínculo biológico con la alegada madre, pues, tal medida —absolutamente inconducente a los fines del objeto procesal fijado, cual es establecer el paradero de una menor—, constituye una injerencia ilícita y arbitraria en la vida privada, en la persona y en la de la familia. De ahí que, en esta oportunidad, es correcto sostener que la averiguación de la verdad histórica como meta del proceso penal encuentra su límite en el respeto a la dignidad del ser humano y en aras a la solución equitativa del conflicto que pueda suscitarse entre estos principios —en el caso, mediante un habeas corpus que revocó un estudio genético inconducente a los fines del objeto procesal trazado— deben conjugarse procurando un justo equilibrio.

Se invoca, muchas veces, para fundar la negativa a la extracción compulsiva, el precepto que prohíbe declarar contra parientes. Los códigos procesales penales de las distintas provincias, tienen expresamente prevista una norma al respecto.

En particular, el C.P.P.N. establece: “No podrán testificar en contra del imputado, bajo pena de nulidad, su cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos, a menos que el delito aparezca ejecutado en perjuicio del testigo o de un pariente suyo de grado igual o más próximo que el que lo liga con el imputado.” (art. 242).

Se alega, en este sentido, la defensa de la solidaridad familiar y el fin de mantener la institución de la familia, así como la preservación de la cohesión familiar. A ello se suman razones de índole moral y psicológica: evitar el dilema que se presenta al individuo que debe optar entre perjudicar a un pariente o mentir. Este argumento fue invocado en los votos de los Dres. Petracchi, Moliné O'Connor y Vázquez, en el caso E.V. Especialmente, se tuvo en consideración la relación “padre” e “hija”, o admitiendo que la “persona a la que se debiese especial gratitud”, no podía perjudicarse.

Es difícil imaginar que pueda justificarse la negativa a declarar, amparándose en estas situaciones, sobre todo cuando ya está comprobado, por la confesión de las partes, en la respectiva declaración indagatoria, de que ellos no son los padres biológicos de la persona cuya identidad se cuestiona.

Por lo demás, si bien la norma destaca la prohibición de declarar alegando tales vínculos, luego señala “a menos que el delito aparezca ejecutado en perjuicio del testigo”, siendo, precisamente, los delitos investigados en la especie de sustracción y alteración de estado civil, con lo cual está alterando la identidad del “testigo”. Por ello, entendemos, es inaplicable la disposición en estas controversias..

5. Derecho a la intimidad.

Se interpretó que resultan cuestionables, por vulnerar el derecho constitucional a la integridad personal, todas las medidas coercitivas que suponen una intromisión, bien en las funciones físicas de una persona o en su psiquis, practicadas en contra de su voluntad, por cuanto aquel derecho en determinados supuestos prima sobre cualquier investigación penal que haya de realizarse, máxime cuando las medidas recaen sobre el sujeto pasivo del delito investigado . Por ello, la adopción de una resolución contraria a la voluntad de una persona adulta, expresada con pleno discernimiento, contradice gravemente el art. 19 C.N., en cuanto al respeto de la dignidad inherente al ser humano, de la esfera de la privacidad de la persona y del proyecto personal de vida de la recurrente, que en modo alguno encuentra justificación .

Entonces, al aceptar que las inspecciones sobre partes íntimas del cuerpo de la víctima en búsqueda de una verdad extramuro impuesta, constituye de por sí una lesión al derecho de intimidad que tiene toda persona y configura por sí sola una violación del derecho a la integridad física y una conducta que ofende a la conciencia y al honor de quien es revisado y vejatoria a la dignidad humana, no hay una razón plausible para sacrificar la elección personal en pos de salvaguardar la identidad biológica .

Por ello, el Estado no puede permanecer insensible a los perjuicios que sufre la víctima como consecuencia del delito (victimización primaria) y a raíz de la investigación y del proceso legal mismo (victimización secundaria), máxime cuando toda persona tiene derecho a no ser objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, al debido respeto a su persona y que su salud sea preservada.

En el caso “Vázquez”, ha dicho la Corte: “Forzarla a admitir el examen de sangre resultaría, pues, violatorio de respetables sentimientos y, consecuentemente, del derecho a la intimidad asegurado por el art. 19 C.N., a más de contribuir una verdadera alteración la realización por medio de la fuerza de la extracción a la cual se niega.”.

En la misma línea argumental, en el caso “Feretton”, de Casación Penal, el Dr. Gustavo Hornos, en su voto, argumentaba: “La decisión libre e informada de C. Feretton, como adulto no imputado de delito, de no someter en el marco de este proceso penal un aspecto de su vida privada referido a su identidad de origen merece amparo jurídico. La solución contraria, la toma compulsiva de una muestra sanguínea, resulta irrazonable pues conllevaría una intromisión arbitraria en su esfera de libertad personal, de su intimidad y privacidad, pudiendo considerarse afectado gravemente en su dignidad como persona humana.”

Desde otra perspectiva, se entendió que debe rechazarse el agravio referido a disponer del propio cuerpo en relación con la zona de reserva e intimidad del individuo, toda vez que la negativa a la extracción de sangre que demanda la realización del estudio inmunogenético de histocompatibilidad no se dirige respecto de aquél, sino a obstaculizar una investigación criminal .

6. Derecho a la identidad.

Debemos preguntarnos si la persona, a quien se le alteró su identidad, no está interesada en conocer su realidad biológica. Surge el interrogante de si un tercero puede asumir la legitimación activa para investigar dicha identidad.

Algunos entienden que cuando el interés de una persona está protegido por un derecho, ese derecho no puede subordinarse a la comunidad de los deseos y preferencias de todos los miembros de la sociedad, como si se tratara de practicar un cálculo global de beneficios y perjuicios, sino que debe ser puesto en balance, teniendo presente que no siempre los intereses de los más cuentan más. Los derechos individuales no deben ser considerados como meros ítems a tomar en cuenta en la

estimación del bien común, sino valorados independientemente de éste y contrastados con él para sopesar su fuerza relativa, ya que si el bien común fuera el criterio último y exclusivo para la justificación de cualquier medida pública, no tendría sentido establecer derechos individuales .

El Dr. Boggiano, en el caso “Vázquez”, entendió que la prueba de histocompatibilidad era innecesaria, pues excedía el objeto del proceso en que fue dispuesta, entendiéndose que el interés público no se ve afectado por la negativa del recurrente a practicarla.

También es el parecer de la Dra. Durañona y Vedia, en el caso “Feretton”, al expresar: “Nos parece cuestionable la importancia que se le otorgó al conocimiento de la propia identidad biológica en la formación del individuo”, en referencia al decisorio del juez que había intervenido en la instancia inferior.

Sin embargo, en el caso de desaparición forzada de personas entendemos que la legitimación activa de los familiares es indiscutible, en punto a investigar la realidad biológica. Existe un verdadero interés subjetivo familiar.

En este sentido, en el caso “Urteaga”, se dijo que las circunstancias históricas en las que sucedieron los hechos que dan lugar a la pretensión de obtención de datos, conducen al reconocimiento del derecho del actor, fundado en derechos subjetivos familiares de los que es titular, así como en su derecho a conocer la verdad sobre la suerte corrida por su hermano, de lo que depende la subsistencia o no de vínculos jurídicos familiares con incidencia en uno de los atributos de la personalidad como es el estado de familia, y en su derecho a hacerse cargo y proteger los restos de aquél, en caso de haber muerto. Entre los derechos protegidos por el art. 33 C.N., y dada su amplitud, se encuentra el derecho a conocer la verdad sobre personas desaparecidas con quienes existen vínculos jurídicos familiares que originan derechos subjetivos familiares .

Asimismo, en otra oportunidad, se interpretó que no constituye una práctica humillante o degradante la intromisión en el propio cuerpo a los fines de la extracción de sangre, pues se encuentra justificada por la propia ley, ya que en el procedimiento penal tiene excepcional relevancia y debe ser siempre tutelado el interés público que reclama la determinación de la verdad en el juicio, no correspondiendo prescindir, además, en el caso, de la circunstancia de que se encuentra en juego el derecho a la identidad de una menor de edad .

7) Derecho a la verdad.

Desde una perspectiva general, como sostiene Gil Domínguez, el derecho a la verdad histórica creado por vía pretoriana, es un derecho emergente que integra el bloque de constitucionalidad federal e invade las esferas de los niveles infraconstitucionales .

En el caso “Suárez Mason”, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, sostuvo que el derecho a la verdad no significa otra cosa que la obligación por parte del Estado de proporcionar todos los mecanismos que estén a su disposición para determinar el destino final de los desaparecidos entre 1976 y 1983; que el derecho al duelo como la obligación de respeto al cuerpo como componentes del derecho internacional de los derechos humanos se encuentra íntimamente ligado con el derecho a la verdad. La sanción de las leyes que culminaron con los procesos en trámite en nada impide investigar sobre la suerte corrida por las víctimas, teniendo especialmente en cuenta los principios reconocidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual forma parte de nuestro ordenamiento jurídico .

En este entendimiento, el Estado argentino está obligado a investigar toda situación en la que se hayan violado los derechos humanos protegidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos y ese deber subsiste mientras se mantenga la incertidumbre sobre la suerte final de las personas desaparecidas y aún cuando existan circunstancias legítimas del orden jurídico interno que no permitieran aplicar las sanciones correspondientes a quienes sean individualmente responsables de delitos de esta naturaleza .

Precisamente, en protección de la verdad histórica, se ha considerado procedente la acción de amparo tendiente a impedir que se demuela un edificio donde presuntamente habrían fallecido personas desaparecidas en el Proceso de Reorganización Nacional —Escuela Mecánica de la Armada—, si la demolición es inminente -fue autorizada por el decreto 8/98 con miras al establecimiento de un espacio

verde-, pues la sola excavación de los terrenos circundantes podría lesionar el derecho colectivo a esclarecer la verdad, dada la posibilidad de encontrar elementos que demuestren la suerte corrida por los desaparecidos. Según el dictamen del procurador general, la legitimación de los amparistas, en virtud de que les asiste el derecho a conocer el destino de sus familiares desaparecidos y, en especial, a impugnar las decisiones que ordenen medidas que puedan significar la pérdida o destrucción definitiva de las pruebas y elementos que le permita acceder a aquella verdad. Por ello, la pretensión de los amparistas constituye una derivación del derecho que le asiste a conocer la verdad sobre el destino de sus familiares desaparecidos —y los demás derechos asociados a tal circunstancia (v. gr. duelo, respeto de los cuerpos, etc.)—; pues de muy poco serviría reconocerles este derecho si, por otro lado, se permite la destrucción de los rastros y las pruebas que les permitan ejercerlos plenamente.

Por ello, el hecho de que la persecución penal se encuentre clausurada, respecto de algunas personas y respecto de hechos que hayan tenido ciertas características, no implica, automáticamente, el cierre de la investigación. Frente a un hecho punible, se debe reunir todas las circunstancias que puedan influir en su calificación legal. Es decir que, con independencia de que la persecución penal, por razones de diversa índole, no pueda afectar a ciertos hechos o a ciertos autores, ello no exime al instructor de comprobar que efectivamente se haya tratado de esos hechos o de esos autores, con el objeto de descartar la posibilidad de que no se trate de ellos, como corolario del deber legal de persecución de oficio, el cual implica que cualquier causa de exclusión de la caracterización del hecho como punible se debe comprobar dentro del procedimiento penal .

En realidad, la desaparición forzada de personas, constituye no sólo un atentado contra el derecho a la vida sino también un crimen contra la humanidad. Por ello, conceder la información pretendida, lejos de ser improcedente, constituye la única manera de guardar respeto a los principios reconocidos por la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, que reviste jerarquía constitucional, y de expresar la más firme convicción moral de la Nación de asumir el papel de guardiana de los derechos humanos fundamentales .

Todo ello sin olvidar, la doctrina sostenida en el caso “Massera”, en donde se determinó que la desaparición forzada de personas constituye un crimen contra la humanidad, como tal imprescriptible y esa característica se impone por sobre las normas internas que pueden contener disposiciones contrarias, independientemente de la fecha de su comisión. De ahí que se haya considerado que la sustracción, retención y ocultamiento de menores y la sustitución de su identidad constituyen, de acuerdo con el derecho internacional público, delitos contra la humanidad, por lo que resultan imprescriptibles cualquiera sea la fecha de su comisión.

En consecuencia, ya sea que los autores de tales delitos no sean punibles, ya sea que la búsqueda de la verdad histórica se haga en el mismo proceso penal o en otro marco procesal, debe primar esa búsqueda y esclarecimiento como compromiso del Estado Argentino a esclarecer los hechos que dieron lugar a la desaparición forzada de personas.

Tiene dicho la jurisprudencia, que aun cuando pueda decirse que es legítimo que la tarea de reconstrucción de la verdad de lo sucedido con las víctimas de aquel período puede llevarse a cabo en el ámbito de los tribunales penales, que son además a los que han acudido los propios familiares de las víctimas desaparecidas, debe concluirse que las investigaciones a practicar deben llevarse a cabo independientemente de los procesos incoados, con el objetivo de determinar responsabilidades criminales y que, en la actualidad, carecen de objeto procesal .

Quiere decir que por más que la percepción penal en el proceso penal no pueda llevarse adelante respecto de determinados delitos y autores, ese mismo proceso penal debe dar por incluidos otros aspectos que, sin enderezarse a sancionar, guardan nexo directo con el denominado “derecho a la verdad”. O sea, a saber que pasó con tal o cual víctima. Por eso, quizá los expertos en derecho procesal, en derecho penal, y en criminología, habrán de ampliar con holgura el objeto que, en la mayor parte de los casos, se ha tenido y se tiene como propio del proceso penal y de la pretensión que le da impulso .

Por otra parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en diferentes informes, tanto especiales como anuales, se ha referido al grave problema de la desaparición forzada de personas adultas. Uno de los resultados de tal práctica —en la época del secuestro que antecede a la desaparición propiamente dicha— ha sido la agresión a las familias de las víctimas, al obligarlas al

silencio o a la declaración e intimidarlas para que presionen a la víctima principal a que se autoincrimine o brinde información sobre otros. De ese modo, en la mayoría de los casos de desapariciones forzadas ha habido niños que se convierten en víctimas indirectas de estas prácticas. En estos casos, los niños constituyen víctimas directas y “blancos” específicos del acto represivo, aun cuando su secuestro o sustracción tenga por fin castigar a sus padres o sus abuelos. Se trata del caso en que menores y niños son secuestrados con sus padres, o nacen durante el cautiverio de sus madres. Por cruel y despiadado que parezca el fenómeno, la Comisión se siente obligada a poner de manifiesto que los casos que han llegado a su conocimiento se cuentan por centenares . Todo lo cual hace imprescindible el esclarecimiento de esa verdad histórica.

Es importante destacar, en estos casos, que la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, con jerarquía constitucional , incentiva la búsqueda, localización e identificación de menores víctimas. Además, en el art. 12 señala: “Los Estados Partes se prestarán recíproca cooperación en la búsqueda, identificación, localización y restitución de menores que hubieren sido trasladados a otro Estado o tenidos en éste, como consecuencia de la desaparición forzada de sus padres, tutores o guardadores”.

Por todo ello, sostenemos que cuando en causas donde está en juego la desaparición forzada de personas, ocurridas durante el período de la dictadura militar comprensivas del período 1976-1983, debe ordenarse la extracción compulsiva de sangre, a los fines de esclarecer la verdad histórica.

Sostiene Barcesat que lamentablemente hemos debido asistir, y vencer, el desvío de pretender establecer procesos llamados de “verdad”, a los que habría que agregar -a su entender-, “y sin justicia”, como suerte de transacción entre una cerrada negativa a investigar toda responsabilidad por crímenes de lesa humanidad perpetrados por el terrorismo de Estado, y la aspiración de las entidades defensoras de derechos humanos, y de las víctimas y familiares de víctimas, de esclarecer los hechos y adjudicar la correspondiente responsabilidad a autores y partícipes del obrar criminoso .

Cuando comenzó la búsqueda de la verdad, las víctimas eran niños; ahora, son mayores; mañana, serán abuelos. La “paz familiar” no estará satisfecha hasta que el sistema no dé adecuada solución a los familiares de desaparecidos para que, al menos, puedan conocer esa verdad histórica, más allá del reproche penal a los autores de tales delitos.

Alguna vez la justicia encontrará la vía procesal adecuada para develar esa verdad histórica.

DATOS DE PUBLICACIÓN

Publicación: LEXIS NEXIS. JURISPRUDENCIA ARGENTINA, 2004-i, FASCÍCULO Nº 12

Fecha: 24 DE MARZO DE 2004

: Página: 0015

Editorial: LEXIS NEXIS

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 340 Art.61, Ley 340 Art.397, Constitución Nacional Art.18, Constitución Nacional Art.19, Constitución Nacional Art.33, Ley 23.984 Art.242, Ley 23.511 Art.4

El hábeas data: una garantía instrumental tendiente a tutelar una multiplicidad de derechos fundamentales

Ponencia presentada ante las XXI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal” a celebrarse en Lima del 16 al 18 de octubre de 2008.

MASCIOTRA, MARIO

Publicación: www.saij.jus.gov.ar, 22 DE JULIO DE 2008

SUMARIO

HÁBEAS DATA-DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES-DERECHO A LA JURISDICCIÓN-DATOS PERSONALES-BANCO DE DATOS PERSONALES-INFORMACIÓN ERRÓNEA O DESACTUALIZADA-INFORMACIÓN SENSIBLE-INFORMACIÓN TRIBUTARIA-INFORMACIÓN CREDITICIA-SECRETO PROFESIONAL-TRABAJADOR-DATOS PERSONALES DE SALUD-HISTORIA CLÍNICA-EXAMEN PREOCUPACIONAL-EXAMENES MÉDICOS PERIÓDICOS-DERECHOS PERSONALÍSIMOS-DERECHO A LA INTIMIDAD-DERECHO A LA DIGNIDAD-DERECHO A LA IDENTIDAD-DERECHO A LA IMAGEN-DERECHO AL HONOR-DERECHO A LA VOZ-DERECHO A LA INFORMACIÓN

I. INTRODUCCIÓN

El constitucionalismo latinoamericano ha consagrado el “Hábeas data”, en carácter de derecho-garantía con la finalidad de proteger los datos personales, que en la estela suprema del mundo normativo integra los derechos y garantías de “tercera generación”.

La Carta Magna brasileña de 1988 fue la primera en “bautizar” constitucionalmente al instituto como “Hábeas data” (art. 5 inc. LXXII),³⁵ y a partir de entonces, nuevas normas contenidas en Leyes Fundamentales contemplan la tutela judicial de los datos personales³⁶, mientras que otros países latinoamericanos consagran disposiciones constitucionales en orden a la protección de los datos personales, pero no prevén la pertinente garantía procesal jurisdiccional³⁷.

Conceptualmente el “Hábeas data” tiene por objeto permitir a toda persona conocer cualquier información que le concierne obrante en registros, archivos, bases o bancos de datos públicos y privados, que se le proporcione su fuente, origen, finalidad o uso que de la misma hagan, como asimismo requerir su rectificación, actualización, supresión o confidencialidad cuando el tratamiento de datos personales lesione o restrinja algún derecho.

En cuanto a su naturaleza procesal consideramos que estamos frente a un amparo específico, por cuanto goza de los elementos esenciales intrínsecos de la acción de amparo, que al tratarse de una pretensión urgente que requiere satisfacción oportuna, exige: celeridad, expedita -libre de estorbos-, sencilla, rápida, viabilidad de declaración de inconstitucionalidad de normas, un desarrollo procesal de bilateralidad atenuada, privilegio del logro de sus objetivos frente al rigorismo de las formas y protección de los derechos fundamentales, aunque difiera de los elementos accidentales de la

³⁵ Su fuente es la Ley 824 sancionada el 28.12.1984 en el Estado de Río de Janeiro, cuyo antecedente fue la “Propuesta de Constitución Democrática para Brasil” elaborada en 1981 en el Congreso Pontes de Miranda, reunido por la Orden de Abogados y el Instituto de Abogados de Río Grande do Sul. OTHON SIDOU, J. M., “Las nuevas figuras del derecho procesal constitucional brasileño: Mandato de ejecución y hábeas data”, en Revista La Ley 1992-E-1010.

³⁶ 2) Art. 15 de la Constitución Política de Colombia de 1991 (que se efectiviza a través de la acción de tutela regulada en el art. 86); art. 200 inc. 3 de la Constitución de Perú de 1993; art. 43 párrafo tercero de la enmienda constitucional argentina de 1994; art. 94 de la Constitución Política de Ecuador de 1998; art. 28 de la Constitución venezolana de 1999 y art. 23 de la Constitución de Bolivia de 2004. Chile, no obstante carecer de norma constitucional, fue el primer país latinoamericano en legislar en materia de protección de datos personales (Ley 19.628 del 18.8.1999).

³⁷ Art. 31 de la Constitución de Guatemala de 1981 enmendada en 1993; art. 26 inc. 4 de la Constitución de Nicaragua de 1987 reformada en 1995 y art. 28 de la Constitución paraguaya.

pretensión amparística, que exigen ciertas normas constitucionales —art. 43, pár. primero de la Carta Magna argentina—, pues en el Hábeas data no es exigible ni la violación o amenaza por acto u omisión de autoridad pública y de particulares, en forma actual o inminente, de un derecho o garantía explícita o implícitamente reconocido por la Carta Magna, tratado o disposición legal, ni la arbitrariedad o ilegalidad manifiesta del acto lesivo.

La acción de Hábeas data —inmersa en lo que se denomina jurisdicción “protectora” por diferenciarla de la meramente “dirimente”— constituye una vía protectora específica dentro del concepto genérico del amparo, por cuanto se identifica con todos sus elementos esenciales. Las particularidades especiales que presenta la misma, de manera alguna le hacen perder su calidad de “amparo específico”, habida cuenta que las diferencias existentes surgen, pues el objeto perseguido procesalmente difiere según las diversas pretensiones de Hábeas data que se pueden deducir.

Reclamamos, en definitiva, el carácter de amparo de esta garantía instrumental para que transite por carriles libres de cualquier condicionamiento formal para su admisibilidad y procedencia y nos conduzca a una decisión jurisdiccional urgente y oportuna; en dicho proceso, deberán satisfacerse los principios de igualdad de las partes y congruencia, con una bilateralidad atenuada y un activismo judicial que ejerza en forma inmediata el control de legalidad y constitucionalidad³⁸.

II. LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES Y LA ACTIVIDAD INFORMÁTICA

El progresivo desarrollo de las técnicas de recolección, almacenamiento y procesamiento de información y el desplazamiento de los registros manuales o mecánicos por las bases y bancos de datos, que trajo aparejado la aparición y avance de la informática, ha otorgado a los “datos personales” un rol descollante. A la rapidez en el acopio de la información, su capacidad inagotable y la diversificación de contenidos, se le suman la simultaneidad de su transmisión, sin restricciones de distancia, la perdurabilidad de los registros y la posibilidad de su alteración o su extinción, o bien de procesarla, vincularla y obtener de ello un nuevo producto. Estas inmensas posibilidades operativas generaron el advenimiento de un nuevo e inmenso poder social: el “poder informático”³⁹.

Es de pública notoriedad que actualmente la casi totalidad de las personas se encuentran registradas en un archivo, base o banco de datos y la evolución de las tecnologías modernas genera el tratamiento de la información colectada, que implica no sólo el almacenamiento sine die de los datos obtenidos, sino su relación, evaluación, bloqueo, destrucción, entrecruzamiento y cesión a terceros, con total y absoluto desconocimiento del titular de los datos personales.

La fuerza de penetración de la informática y su utilización generalizada la ha transformado en un instrumento sumamente eficaz para la obtención y circulación de la información y para el mejor conocimiento entre los hombres, pero estos adelantos científicos y técnicos no contribuyen al verdadero desarrollo de la humanidad si el accionar de quienes ejercen ese poder informático viola derechos fundamentales de las personas.

La realidad cotidiana nos enfrenta a numerosos peligros que provoca dicha actividad, entre los cuales podemos señalar: a) la información en poder de las autoridades y para finalidades que se presumen lícitas, no deja de conformar un cuadro preocupante para la libertad personal, situación ésta que se agrava en gobiernos autoritarios no democráticos por los abusos que pueden cometer con la información recolectada; b) el tratamiento de datos referidos a cuestiones íntimas de las personas, tales los atinentes a la religión, raza, ideología, opinión política, posición filosófica, tendencias psicológicas, prácticas deportivas, relaciones sexuales, situaciones familiares y parentales (origen de los nacimientos), conformación física, padecimiento de determinadas enfermedades, hábitos y vicios, pueden originar conductas discriminatorias por parte de los responsables y usuarios de dicha información; c) las innumerables situaciones en que se lleva a cabo el tratamiento de datos sin consentimiento del titular de los mismos; d) la utilización de la información con fines distintos para los

³⁸ MASCOTRA, Mario, “El hábeas data. La garantía polifuncional”, Librería Editora Platense, La Plata, 2003, ps. 536-39.

³⁹ BERGEL, Salvador D., “El hábeas data: instrumento protector de la privacidad”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, N°7, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1996, p.189.

que fueron obtenidos; e) el entrecruzamiento de la información verídica, desnaturalizándosela y perdiendo su finalidad legítima. La interconexión de información permite que datos que individualmente no tienen mayor trascendencia, al unirlos a otros pueden configurar un perfil determinado sobre una o varias características del individuo, que éste tiene derecho a preservar y a exigir que permanezcan en su ámbito de privacidad; f) el mantenimiento en los bancos de datos de información innecesaria por haberse agotado la finalidad de su registración, el plazo legal o contractual establecido; g) el impedir que los titulares de los datos personales tomen conocimiento de datos que les conciernen o dificultar su corrección o actualización o supresión o requerir la confidencialidad de aquellos, cuya transmisión se halla vedada o sean utilizados para fines distintos o incompatibles con los que motivaron su obtención; h) el advenimiento de la red de redes más extendida del planeta, "Internet" permite penetrar impunemente en la información subjetiva y personal.

III. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL "HÁBEAS DATA"

Habida cuenta de la multiplicidad de secuelas y derivaciones de la actividad informática que afectan los datos personales, puntualizaremos algunos de los supuestos en que esta garantía se transforma en el medio jurisdiccional más idóneo para lograr la tutela efectiva de derechos fundamentales:

1. Información tributaria

El Estado, como consecuencia del principio de autoridad, goza de prerrogativas tendientes a verificar y fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones tributarias, con el objetivo de que todas las personas contribuyan a su sostenimiento y para el cumplimiento de sus múltiples funciones. Para ello y a través del órgano fiscal correspondiente cuenta con amplias atribuciones, pudiendo recolectar, almacenar y proceder al tratamiento de información relacionada con sus potestades fiscales.

Al cumplimentar el contribuyente sus obligaciones brinda datos propios y de terceros; cuando una persona física o de existencia ideal, presenta una declaración jurada, informa sus actividades, sus ingresos, los bienes que posee, detallando su ubicación y su valuación, los familiares a cargo, etc. y además da cuenta de datos patrimoniales de terceros. Sin perjuicio de ello, el ente fiscal, ejerciendo las funciones que le son propias, colecta información no aportada por el sujeto en forma voluntaria o amplía la suministrada por el responsable.

Los datos personales proporcionados por los contribuyentes y terceros y los recabados por el órgano fiscal se hallan sujetos a los principios generales relativos a la protección de datos, específicamente, cumplimentar que los datos que se recojan deben ser ciertos, adecuados, pertinentes y no excesivos en relación al ámbito y finalidad para los que se hubieren obtenido, no pudiendo ser utilizados para finalidades distintas o incompatibles con aquellas que motivaron su recolección.

El titular de la información tributaria goza del derecho inalienable a acceder a la misma, pues en definitiva a él le pertenece, y además se encuentra legitimado para corregir calificaciones o conceptualizaciones erróneas, enmendar arbitrariedades, desviaciones de poder y subsanar errores administrativos. No se trata de que el justiciable pueda contar con diversos medios que resultarían en abstracto aptos, sino, si el tiempo que ellos insumieran en su ejercicio concreto, lejos de satisfacer la tutela demandada, resultaría susceptible de causar un perjuicio irreparable. Si deambular por los carriles normales previstos en las disposiciones que reglan el procedimiento administrativo impide el acceso, rectificación o supresión de datos obrantes en las actuaciones administrativas labradas por el organismo fiscal, deviene entonces admisible la pretensión de Hábeas data. Lo expresan con énfasis MORELLO y VALLEFÍN:⁴⁰ "el amparo también procede no obstante la existencia de otros procedimientos, si su tránsito puede ocasionar un daño grave e irreparable...".

Por otra parte, las declaraciones juradas, manifestaciones e informes que los responsables o terceros presenten ante el organismo fiscal, los juicios de demanda contenciosa o por repetición y ejecuciones fiscales se hallan sometidos al secreto fiscal y su violación admite requerir su pertinente reserva o confidencialidad.

⁴⁰ MORELLO, Augusto M. y VALLEFÍN, Carlos A., "El amparo. Régimen Procesal", Platense, La Plata, 1998, p. 33.

La publicidad de sumarios o actuaciones administrativas, materia de investigaciones de contribuyentes o responsables, que no han sido elevadas a instancia judicial, —y por ende, dichas resoluciones administrativas pueden ser objeto de revocación— genera enormes perjuicios, que se agravan cuando el ente fiscal comunica vía Internet a las instituciones bancarias la inhabilitación por supuestas deudas, no firmes, dudosas o litigiosas o potenciales incumplimientos en materia de seguridad social.

Las leyes imponen el secreto de causas penales y fiscales para quienes no revistan el carácter de parte o autorizado; por lo tanto, la vigencia de tales normas implica su respeto y cumplimiento, cualquiera sea la persona involucrada en la investigación, pues la protección de los derechos personalísimos y patrimoniales se encuentran por encima de la publicidad incompleta, apresurada o parcial de los actos propios de etapas previas a una sentencia o resolución definitiva que se dicte al respecto. Los conflictos de intereses entre los particulares y el Estado deben ser dirimidos por los medios legales dispuestos por el ordenamiento jurídico y no a través de la prensa u otros medios de comunicación.

La información impositiva se encuentra alcanzada por la confidencialidad y, de acuerdo a los registros en los que se asienta, como el carácter que tiene, se halla tutelada por la acción de Hábeas data, garante de los derechos constitucionales de los contribuyentes y responsables, que se ven obligados a suministrar información al Estado, quien debe guardar y respetar la reserva de la misma. Por ende, aquélla constituye una vía adecuada para hacer cumplir en forma rápida y expedita con la obligación de secreto o confidencialidad.

2. Información de deudas en registros públicos

Es sabido que las provincias, los estados, las municipalidades, los departamentos y las empresas públicas prestatarias de servicios registran las deudas que pesan sobre los contribuyentes y/o usuarios en concepto de impuestos inmobiliarios, municipales, patentes, servicios, etc. Esta información que consta en registros, archivos, bases o bancos de datos, debe ajustarse a los principios de calidad de los datos personales. Por lo tanto, aquélla información subjetiva, materia de su tratamiento, debe ser cierta, actual, adecuada, pertinente, no excesiva en relación al ámbito y finalidad para la que se obtuvo y sus titulares gozan a través del Hábeas data del derecho de acceso en caso de denegatoria, exigir su rectificación si la misma es errónea, la actualización cuando es obsoleta y su supresión cuando no se halla vigente⁴¹.

3. Sumarios o legajos de personal dependiente de la Administración Pública

La naturaleza de la información contenida en los sumarios o legajos de la Administración Pública excede el uso personal de quien la genera u organiza, por cuanto es utilizada para practicar evaluaciones que pueden tener una incidencia muy relevante en los derechos del titular de los datos, vinculados a su situación laboral (ascensos, traslados, despido, sanciones, etc.).

Partiendo de nuestra premisa liminar de que la garantía instrumental en tratamiento es un “amparo específico”, es decir, un proceso expedito y rápido y siendo de pública notoriedad la asfixia burocrática administrativa que, con su pesada red de idas y vueltas gravita e impide un pronto y oportuno desenlace⁴², consideramos que aquélla resulta aplicable a fin de obtener una información retaceada o rectificar una falsedad, actualizar un dato obsoleto, incorporar antecedentes pertinentes o reservar información confidencial, mientras que será inadmisibles para intentar, so pretexto de recabar información, la revisión de una sanción disciplinaria, materia de una resolución administrativa.

Afirmamos que si bien la Administración debe cuidar celosamente la legalidad de su actividad, el comportamiento correcto de sus agentes y la transparencia en el ejercicio de la función pública y que

⁴¹ En tal sentido, se declaró procedente la acción de hábeas data promovida contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires-Dirección General de Rentas, ordenándose a la demandada rectifique la información registrada, que constaba de deudas prescriptas, expidiendo la pertinente constancia de que la deuda en concepto de patentes con relación al vehículo de la actora ya no es exigible por tratarse de una obligación natural. CCont.Adm. y Trib. Ciudad Autónoma de Bs. As., 8.11.2002, “Bahouri, Graciela c. Gob. Ciudad Autónoma de Bs. As.”, en Rev. La Ley 17.3.2003.

⁴² Se preguntan sagazmente MORELLO y VALLEFÍN: “Pueden, en efecto, existir otras vías de tutela, pero si son inservibles (para qué recurrir a ellas?. MORELLO, Augusto M. y VALLEFÍN, Carlos A., obra citada, p. 216.

no existe obstáculo legal alguno de promover el esclarecimiento de los hechos que tiendan a resguardar el principio de legalidad en el obrar administrativo, tal atribución debe ejercerse en el marco del orden jurídico vigente, respetando los presupuestos necesarios para la emisión de la voluntad estatal como la garantía de los administrados.

En esa inteligencia, se declaró procedente la acción de Hábeas data y consecuentemente el desglose del legajo personal de determinada información —en el caso indisciplinas e incumplimientos laborales— al no adecuarse éstos en modo alguno a los requisitos impuestos por la juridicidad, por lo que debe ser tenida por falsa y corresponde su rectificación. Se sostuvo que “no pueden incorporarse al legajo personal inconductas menores no acreditadas en legal forma, ni antecedente negativo alguno susceptible de desmerecer la carrera administrativa del agente como de influir en las posibles sanciones y/o promociones”. Y en forma terminante, concluye el pronunciamiento judicial: “En modo alguno es dable consentir que pueda hacerse constar en el legajo personal que su titular ha cometido una irregularidad administrativa cuando los hechos que indica no fueron acreditados...El orden jurídico no acepta sanciones implícitas o solapadas, tampoco prevé que puedan incorporarse en el legajo personal inconductas no comprobadas que afecten el buen nombre y honor del agente”⁴³.

4. Datos personales de los trabajadores

En la economía moderna, el conocimiento y las calificaciones de los recursos humanos constituyen pilares de la productividad y competitividad de las empresas. En atención a ello, en la etapa previa al inicio de una relación laboral el trabajador además de sus datos filiatorios, se halla obligado a suministrar al empleador sus antecedentes laborales, dar cuenta de sus conocimientos técnicos y/o títulos habilitantes que posea, a fin de permitirle a aquél formar un juicio lo más certero posible respecto de su personalidad y de su capacidad profesional.

La información recolectada en dicha oportunidad, sumada a las diferentes alternativas que presenta el desarrollo de la relación laboral, tales como pedidos de licencias, justificativos médicos, sanciones, evaluaciones, etc., conforman el contenido de los legajos personales que si bien tienen un uso interno por parte de los empleadores —sean personas físicas o jurídicas—, por su naturaleza y finalidad tienen una relevante incidencia en los derechos del titular de los datos personales vinculados a su situación laboral, por cuanto en función de dicha información aquellos adoptan decisiones en materia de ascensos, traslados, medidas disciplinarias, despidos, etc.

En ese marco, el derecho de los trabajadores a preservar su intimidad queda ostensiblemente limitado, posibilitándose que se utilice indebida y/o abusivamente sus datos personales afectando su dignidad, por lo que resulta necesario salvaguardar la vida privada de aquellos.

Extender a los trabajadores el marco legal en materia de tutela de datos personales les otorga una mayor protección a su privacidad, por cuanto el mismo impone comportamientos negativos o de abstención, que neutralizan maniobras o injerencias indebidas, particularmente referidas a ideologías, creencias o conductas personales, es decir, permite crear una zona inmunizada frente a posibles intromisiones, limitando la posición dominante del empleador, obligándolo a respetar la dignidad y los derechos fundamentales del trabajador, evitando la observación o control de la vida de éste, más allá de la prestación laboral.

Los que administran la información suministrada por los empleados y obreros con motivo del inicio de la relación laboral y durante su vigencia están obligados a satisfacer los principios generales relativos a la protección de los datos personales, en lo que hace a su recolección, almacenamiento, evaluación, bloqueo, destrucción y cesión a terceros.

Por aplicación de los mismos, la información a requerirse a los dependientes se limitará exclusivamente a temas vinculados con la relación laboral; sólo podrá ser utilizada para la finalidad que motivó su obtención; no se podrá recolectar datos sensibles —que revelen origen racial y étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, información referente a la vida sexual—, y asimismo, deberán mantener actualizados los datos suministrados, asegurar su

⁴³ C1a.. Contenc.Adm., Córdoba, 23.3.1995, “García de Llanos c. Caja Jub. Pens. y Ret. de Córdoba s. hábeas data” (voto Dr. Domingo J. SESÍN), Semanario Jurídico, Tº 72 - 1995-A-567; Revista La Ley Córdoba 1995-948.

confidencialidad y no cederlos a terceros sin autorización del titular o a pedido de autoridad competente, como también evitar su deterioro o destrucción. Su incumplimiento hace admisible la acción de “Hábeas data”.

5. La información médica y los trabajadores

Es sabido que los empleadores se hallan obligados a disponer el examen preocupacional y revisión médica periódica del personal, registrando sus resultados en el respectivo legajo de salud. La realización de estos exámenes médicos genera una considerable intromisión en la esfera privada e íntima del trabajador, que éste se encuentra obligado a aceptar en la medida que con ello se salvaguarda en definitiva su propia salud y la de los demás integrantes de la empresa.

El trabajador goza del ineludable derecho a ser informado de sus resultados y de las dolencias que se le diagnostiquen en los exámenes y prácticas médicas. Ese derecho a la información constituye una herramienta participativa abierta y fundante, apta para un sistema de relaciones del trabajo elaborado de conformidad con una lógica moderna de la protección y del crecimiento; la plena vigencia de tal derecho permite la neutralización de medidas, conductas o decisiones que afecten negativamente a aquél⁴⁴.

En atención a ello, a los empleadores les pesa la obligación de informarle a los trabajadores los resultados de sus exámenes preocupacionales —ésta es aplicable no sólo al dependiente efectivo, sino al postulante a un empleo— y la totalidad de los que se practiquen durante la relación laboral.

Al gozar aquéllos del derecho para acceder a los pertinentes dictámenes, para el caso, de incurrirse en un diagnóstico falso o erróneo, podrán solicitar su correspondiente rectificación; debiendo asimismo mantenerse debida reserva con relación a aspectos confidenciales o que afecten su privacidad, tal el caso de alguna enfermedad que puede generar discriminación; el material informativo que surja de las prácticas médicas deberá ser tratado por personal alcanzado por la obligación de salvaguardar y respetar el secreto profesional y guardarse separadamente del resto de la información⁴⁵.

La Corte de Distrito de California, EE.UU., en un trascendente fallo consagró la extensión del derecho a la confidencialidad de la información médica personal, fundamentado en que la Constitución prohíbe indagaciones no reguladas y sin límites del empleador sobre cuestiones sexuales personales que no guardan relación con el desempeño laboral⁴⁶.

Estamos convencidos de que existen muy pocos temas que sean tan personales como el estado de la propia salud, por ello criteriosamente en el concepto de “datos sensibles” se incluye a la información referente a la salud.

6. Historias clínicas e información médica

Si bien la historia clínica es elaborada y confeccionada por el facultativo en base a la información que le suministra el paciente y al resultado de las prácticas y estudios que se le efectúan y que tiene por

⁴⁴ GOLDIN, Adrián, “Hacia el reconocimiento constitucional del derecho a la información”, Revista del Derecho del Trabajo, XLVIII-A-3.

⁴⁵ Todo ello sin perjuicio del derecho de los dependientes de cuestionar que se le sometan a análisis para detectar situaciones personales relacionadas con su propia salud que no guardan relación con el desempeño laboral, pues el llenado de un cuestionario o aceptando que se extraigan muestras de sangre u orina o que se le efectúen prácticas quirúrgicas no impide ejercer tal prerrogativa. MASCIOTRA, Mario, obra citada, p.205.

⁴⁶ El Tribunal consideró que la práctica de análisis de sangre y orina para detectar condiciones clínicas íntimas, como lo es la sífilis y las características de las células falciformes exclusivamente a los hombres negros y de embarazo a mujeres, en el marco de programas médicos pre-ocupacionales, como asimismo en “chequeos de salud periódicos”, constituyen una intromisión invasiva de la intimidad de los demandantes y violatorios de los derechos protegidos en la Cuarta Enmienda, del art. I, Sección 1 de la Constitución de California, de la Sección 703 (a) del Título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964 . Caso: “Bloodsaw, Norma vs. Laboratorios Lawrence Berkeley”, N° 96-16526, del 2.3.98.

finalidad coadyuvar para su mejor y más eficiente atención, es incuestionable que aquél es el titular de los datos que la misma contiene⁴⁷.

La información médica recolectada por los profesionales del arte de curar debe estar a total y entera disposición del paciente, pues éste goza del derecho a adoptar las decisiones respecto de las posibles acciones terapéuticas y para ello debe tener pleno conocimiento de sus antecedentes médicos. Debe recordarse que los facultativos deben respetar “los principios del secreto profesional”, pero éste debe cumplirse frente a terceros, nunca hacia el paciente⁴⁸.

Consecuentemente, todos aquellos que se sometan a exámenes médicos pueden ejercer el derecho de solicitar la información recogida y el resultado de las prácticas efectuadas, sin invocar un fundamento específico, por simple curiosidad o interés de conocer el contenido de la misma⁴⁹.

Ante el requerimiento del paciente y la negativa total o parcial del médico, centro médico u obra social, aquél se halla legitimado para interponer la acción de Hábeas data, por cuanto uno de los derechos esenciales de todo paciente es recibir la correcta y completa información de su estado de salud y de su evolución, que implica inexorablemente tener acceso y copia de su historia clínica y por ende, los facultativos y los centros hospitalarios se encuentran obligados a brindarla⁵⁰.

7. Imagen y voz de las personas

Es sabido que los datos pueden emanar o ser extraídos de documentos u otros soportes físicos que los contengan, con o sin carácter representativo, por ejemplo a través de imágenes no representativas de palabras que se encuentren documentadas en fotografías, filmaciones, grabaciones, etc., ya que la representación de la información percibida, sentida, pensada o comunicada mediante el dato es inmaterial, pero puede tener origen tanto en realidades materiales como inmateriales⁵¹.

Compartiendo el criterio sustentado por PEYRANO⁵² entendemos que las informaciones que pueden extraerse de documentos escritos (sea en soporte papel o en soporte magnético), de fotografías, de filmaciones, de grabaciones, o, que se encuentran constituidas por juicios, conceptos, valoraciones, etc., y cuyos soportes materiales se recopilan, almacenan en archivos, registros, base o bancos de

⁴⁷ La relación médico-paciente ha experimentado una enorme transformación; se avanzó desde una concepción verticalista, hacia la horizontalidad actual, más democrática y cuyo eje central es la dignidad de la persona; el paciente ya no es sumiso y acepta como palabra sagrada lo manifestado por el profesional, sino que debe ser convencido por éste de la conveniencia de su propuesta médico-asistencial. Por ello, al consentimiento informado se lo individualiza entre los más importantes derechos humanos. TALLONE, Federico C., “El consentimiento informado en el derecho médico”, en Rev. La Ley 2002-E-1013.

⁴⁸ BOADA, Claudio D., “Hábeas data e historia clínica”, Rev. El Derecho 190-978.

⁴⁹ El autor antes citado menciona algunas de las razones por las cuales el paciente se halla facultado para exigir la historia clínica, sin tener en cuenta una eventual acción judicial por resarcimiento de daños y perjuicios emergentes de mala praxis médica -que son los casos más frecuentes de requerimiento judicial de aquella-, tales como: cambio de Obra Social por parte del paciente, traslado de domicilio del paciente que lo obliga a cambiar de médico, prestador médico que deja de pertenecer a una determinada obra social o prepaga, cambiando así el paciente de médico; necesidad de una derivación a un especialista; mudanza, retiro de la actividad laboral o fallecimiento del médico; acreditar situaciones médicas ante la Caja previsional. Ibidem.

⁵⁰ Si la información médica resulta imprescindible para individualizar con precisión los sujetos pasivos de una futura acción judicial y/o determinar claramente el objeto litigioso o delimitar con la mayor exactitud posible la eventual pretensión u oposición, dicha petición entendemos debe ser encuadrada en las diligencias preliminares. Si se pretende obtener la historia clínica y/o la información médica ante el riesgo de que resulte imposible o sumamente dificultoso hacerlo en la estación procesal oportuna o ante la posibilidad de que la misma sea completada o alterada por parte de quien la posea a fin de colocarse en una situación más favorable, consideramos que es aplicable la producción de pruebas anticipadas. MASCIOTRA, Mario, “El ámbito de aplicación del hábeas data”, en obra colectiva “Derecho Procesal Constitucional”, Coord. Enrique A. CARELLI, Ed. Ad-Hoc, Bs. As., 2006, p. 313.

⁵¹ La fotografía de una persona -realidad material de carácter documental- permite percibir o extraer datos de la misma, tales como su color de piel y ojos, señas particulares, etc (informaciones de naturaleza inmaterial), datos que son percibidos y compartidos por todos los que pueden ver esa fotografía, estableciéndose entre los mismos una “comunidad” de información. PEYRANO, Guillermo F., “El acceso a la información pública y las restricciones emergentes del carácter de los datos archivados. Datos especialmente protegidos y datos sensibles. Bancos de documentos y bancos de datos. Los archivos “sensibles”, Rev. El Derecho, 12.5.2005.

⁵² Ibidem.

datos, tanto públicos como privados, y/o se relacionan, evalúan, bloquean, destruyen, se ceden, constituyen datos y si se vinculan o asocian con personas son “datos de carácter personal”.

En el ámbito normativo corresponde destacar que en el Considerando 14 de la Directiva Comunitaria 95/46 relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a su libre circulación se establece que “habida cuenta de la importancia que, en el marco de la sociedad de información, reviste el actual desarrollo de las técnicas para captar, transmitir, manejar, registrar, conservar, comunicar los datos relativos a las personas físicas constituidos por sonido e imagen, la presente Directiva habrá de aplicarse a los tratamientos que afecten a dichos datos”⁵³.

La evolución de la tecnología ha permitido en la última década la utilización de sistemas de grabación de imágenes y sonidos en un sinnúmero de lugares; es así que encontramos videocámaras emplazadas en autopistas para detectar la eventual infracción de normas de tránsito, en los estadios de fútbol a fin de controlar el comportamiento del público en general y de las “barras bravas” en especial, en algunas mesas de entradas de los juzgados, en las entidades bancarias y financieras, prácticamente en todos sus recintos y en infinidad de establecimientos comerciales y/o industriales a fin de supervisar el comportamiento de consumidores y usuarios e incluso de sus propios dependientes, y en numerosas puertas de entradas y paliers de casas de departamentos y viviendas residenciales, etc.

La videovigilancia opera como elemento disuasor de la comisión de delitos, amén de medio de prueba de su tentativa o consumación, de esta forma se incrementa sustancialmente el nivel de protección de los bienes y libertades de las personas, máxime en la situación de grave inseguridad y extrema desprotección que vive actualmente la sociedad, pero indudablemente las consecuencias de la utilización de estos sistemas de seguridad constituyen un peligro real para los derechos personalísimos —intimidad, privacidad, honor, reputación, fama, imagen— de las mismas personas que pretenden resguardar. La masificación e inmediatez de estos medios y el progreso acelerado de nuevos implementos técnicos y científicos potencian los daños que pueden ocasionar a todo individuo en la afectación tanto de su derecho a la imagen como al de su intimidad y honor.

La realidad cotidiana nos demuestra que la casi totalidad de las personas, producto del desarrollo de las tecnologías modernas —y muchas veces sin darse cuenta— tienen registrada su imagen y voz en un archivo, base o bancos de datos, las que además de recolectarse, conservarse, ordenarse, almacenarse, se encuentran expuestas a su modificación, evaluación, bloqueo, destrucción y cesión a terceros.

Entendemos que la captación, reproducción y tratamiento de imágenes y sonidos se encuentra sometida a los principios de calidad de los datos personales, por tanto, las mismas deben mantenerse reservadas y confidenciales y ser utilizadas exclusivamente para los fines de su obtención.

Resulta admisible que se omita el consentimiento de sus protagonistas cuando se recaben para el ejercicio de funciones propias de los poderes del Estado o en virtud de una obligación legal, pero es innegable que las personas objeto del tratamiento de las imágenes y sonidos gozan a través del “Hábeas data” de los derechos de acceso, rectificación, actualización, supresión y confidencialidad de las mismas.

IV. CONCLUSIONES⁵⁴

Si bien en los inicios de la investigación científica por una razón de conexidad intelectual se vinculó la protección de los datos personales con el derecho a la intimidad, la incuestionable trascendencia y el

⁵³ En España el Real Decreto 1332/94 que reglamenta la protección de datos personales, en su art. 1 define como datos de carácter personal a “toda información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo, susceptible de recogida, registro, tratamiento o transmisión concerniente a una persona física identificada o identificable”.

⁵⁴ Las limitaciones impuestas a la extensión de las ponencias han impedido desarrollar otras hipótesis en que es admisible esta garantía instrumental, tales como las informaciones estatales reservadas, crediticias, emergentes del servicio de telecomunicaciones, con fines de publicidad y base de datos periodísticos.

enorme potencial del desarrollo y difusión de la actividad informática y su impacto en la actividad política, económica, cultural y social de una comunidad, en la que abarca desde el concepto mismo y las formas de ejercicio de la soberanía nacional hasta aspectos directamente vinculados con la vida privada, determina la necesidad de otorgar una tutela jurisdiccional efectiva y con un amplio ámbito de aplicación. Ello deviene imprescindible, habida cuenta de su especial naturaleza y sensible aptitud de los intereses afectados, como de la situación de marcada desigualdad que padecen los titulares de los datos personales frente a los responsables de los archivos, registros, bases o bancos de datos.

La multiplicidad de secuelas y derivaciones de la actividad informática —un verdadero fenómeno multifacético— afectan un cúmulo variado de derechos: a la intimidad, a la privacidad, a la autodeterminación informativa, a la verdad, a la identidad, al honor, al patrimonio, a la imagen, a la voz, a la información, y en definitiva, a la dignidad humana⁵⁵.

Consecuentemente, la protección de los datos personales configura una impronta real y jurídica, con características disímiles atendiendo a diversas manifestaciones, que deben ser consideradas especialmente para evitar su frustración; por ende, su garantía, el Hábeas data constituye el medio instrumental polifuncional idóneo tendiente a tutelar en forma efectiva los aludidos derechos fundamentales.

DATOS DE PUBLICACIÓN

Publicación: www.saij.jus.gov.ar

Fecha: 22 DE JULIO DE 2008

:

Editorial:

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Constitución Nacional Art.43

⁵⁵ Aunque resulta claro que ninguno de los mismos los abarca íntegramente y cada uno goza de peculiaridades especiales, pues contienen individualmente elementos y presupuestos propios y se protegen conforme a determinadas agresiones y a tenor de diferentes consecuencias. RIVAS, Adolfo A., "Hábeas data" ponencia ante el XX Congreso Nacional de Derecho Procesal, celebrado del 5 al 9 de octubre de 1999, San Martín de los Andes, Neuquen, Argentina, publicación oficial, p. 336.

La revisión de la cosa juzgada en las sentencias de filiación

COLAZO, IVANA INES

Publicación: www.saij.jus.gov.ar, 8 DE JUNIO DE 2010

SUMARIO

FILIACIÓN-ACCIONES DE FILIACIÓN-SENTENCIA-COSA JUZGADA-REVISION JUDICIAL-SEGURIDAD JURIDICA-DERECHO DE PROPIEDAD-DERECHO A LA IDENTIDAD-INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

I.- INTRODUCCION:

A los fines de determinar la entidad de la cosa juzgada en las sentencias de filiación, es necesario analizar una serie de conceptos, valores y principios fundamentales, para así poder dilucidar si es inmutable la cosa juzgada en lo que atañe a la materia de filiación. Aquí entran en juego una tensión de valores constitucionales, por un lado la seguridad de la cosa juzgada frente a la justicia o no de mantener una resolución que lesiona derechos fundamentales.

La Cosa Juzgada puede definirse, en general, como “la inmutabilidad o irrevocabilidad que adquieren los efectos de la sentencia definitiva cuando contra ella no procede ningún recurso (ordinario o extraordinario) susceptible de modificarla, o ha sido consentida por las partes”⁵⁶.

Los Juristas nos dicen que la “Cosa Juzgada” es la decisión jurídica, que adquiere la condición de inmutabilidad. Para los procesalistas es cuando ya no caben recursos o impugnaciones y entonces decimos que ha adquirido firmeza ⁵⁷.

Existe cosa juzgada en sentido formal cuando, no obstante ser firme e irrevocable la sentencia dentro del proceso en el cual se dictó, carece del atributo de la indiscutibilidad en un proceso ulterior. Existe cosa juzgada en sentido material cuando, a la firmeza e irrevocabilidad de la sentencia, se agrega el imperativo de que, en cualquier otro proceso, se juzgue de un modo contrario u opuesto a lo decidido por aquélla, siempre que subsistan las circunstancias de hecho existentes al tiempo de la decisión⁵⁸.

Luego de definida a la Cosa Juzgada, es necesario analizar la inmutabilidad de la misma a luz de los principios constitucionales. Partimos de que cosa juzgada tiene su fundamento constitucional en el derecho de la propiedad y el principio de la seguridad jurídica. En cuanto al derecho a la propiedad, atento a que “el derecho reconocido por una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada constituye un bien que se incorpora al patrimonio del beneficiario del pronunciamiento, y del cual no puede ser privado sin mengua del precepto constitucional que asegura la inviolabilidad de la propiedad”, (art. 17 CN)⁵⁹. El principio de la seguridad jurídica se nutre de las sentencias válidas e inmutables, “basada en la imposibilidad de que un proceso ulterior altere el contenido de lo resuelto⁶⁰”.

Luego de lo expuesto, cabe preguntarse en esta instancia, (si el derecho a la propiedad y el principio de la seguridad sobre el que se asienta la inmutabilidad de la cosa juzgada, pueden ceder frente a otros valores y principios que se podrían aplicar a la materia filiatoria?

II.- ANÁLISIS DE FALLO:

⁵⁶ Palacio Lino Enrique. Derecho Procesal Civil. Tomo V. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1979, Tomo V, pag. 499.

⁵⁷ Cfr. Cuaderno N° 1 del Departamento de Derecho Procesal, Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Publicación del Departamento de Derecho Procesal, Doctrina: Reflexiones en torno a la Cosa Juzgada y su impugnabilidad. Mariano Arbonés, Córdoba, 1996, pag. 21.

⁵⁸ Palacio Lino Enrique. Derecho Procesal Civil. Tomo V. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1979, Tomo V, pag. 502.

⁵⁹ Palacio Lino Enrique. Derecho Procesal Civil. Tomo V. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1979, Tomo V, pag. 508.

⁶⁰ Clariá Olmedo, Jorge. Derecho Procesal, T. II, Desalma, Buenos Aires, 1983, p. 251.

Para responder al interrogante formulado, analizaré dos fallos, que citaré a continuación:

1).- SCBA de fecha 27 de AGOSTO de 2008, en causa C. 85.363, "F., S. B contra G., G. D - Filiación.

El Tribunal de Familia N° 2 de San Isidro dictó sentencia haciendo lugar a la demanda de filiación presentada por S. B. F. en representación de su hija menor de edad, basada en la negativa del demandado a someterse a la prueba genética, aplicando la presunción del art. 4 de la ley 23.511 y por existencia de suficientes indicios que constituyen la veracidad de la paternidad reclamada.

Contra dicho pronunciamiento se alza el demandado mediante los recursos extraordinarios de nulidad e inaplicabilidad de ley. La Suprema Corte de Justicia, por mayoría de fundamentos, rechazó el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por el demandado.

El demandado no ha planteado una negativa fundada a someterse a la prueba biológica y no ha expresado razón alguna para justificar su reticencia. "Las constancias de la causa enseñan, sin hesitación, que la paternidad adjudicada al demandado se asienta sobre bases presuntas: la paternidad adjudicada como consecuencia de la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica y la conducta procesal reticente y maliciosa asumida durante el curso de las actuaciones.", todo ello a la luz de las consecuencias jurídicas que impone el art. 4 de ley 23.511 (ley de creación del Banco de Datos Genéticos).

La norma del art. 4 de la ley 23.511 y la presunción derivada de la negativa al sometimiento de la prueba biológica por parte del demandado (sindicado como padre de la niña), solucionan solo un tema menor, relativo a las consecuencias materiales de la falta de reconocimiento de la paternidad atribuida, pero no contribuyen a brindar cabal solución al problema de base que el proceso filiatorio evidencia ante la sociedad, esto es, la cuestión vinculada con la verdadera identidad de origen del niño. La paternidad atribuida de esta forma se asemeja más a una sanción procesal, que a la efectiva actuación de la justicia en su misión de brindar tutela al personalísimo derecho del menor a conocer su verdadera identidad.

Del voto del Dr. Pettigiani surge que es necesario disponer complementariamente la posibilidad de que la medida probatoria ofrecida y frustrada en la instancia de origen, pueda ser efectiva y proporcionalmente llevada a la práctica, atendiendo a la finalidad perseguida con su realización. Es por ello que propone disponer, atento la concreta pretensión traída por la madre de la menor, una medida complementaria acorde con la naturaleza de los derechos afectados y a la medida de sus requerimientos, tendiente a la concreta determinación de la verdadera identidad de origen de la niña consistentes en la efectiva realización - eventualmente compulsiva - de la prueba biológica centrada en los test de ADN y HLA sobre la persona del demandado.

Lo que se destaca del fallo expuesto, es que expresa que la decisión recaída en esta causa hará cosa juzgada material, aunque este último carácter quedará sujeto a condición resolutoria, pues llegada a la edad de dieciocho años, podrá la menor en ejercicio de su derecho personalísimo, de inherencia personal, (que quedará sin efecto al fallecimiento de éste), manifestar expresamente su voluntad de continuar las presentes actuaciones y al efecto simultáneamente requerir la realización efectiva de la prueba biológica sobre material genético que se extraiga del demandado, quien deberá someterse a dicha prueba con el fin de determinarse si la paternidad ficta conferida en este fallo se condice o no con la realidad biológica del vínculo así establecido. Debiendo tal requerimiento tramitar ante el Tribunal de origen y para el supuesto que de que el demandado actualice su negativa de someterse al examen señalado, y persista en su actual reticencia, deberá hacérselo comparecer mediante el auxilio de la fuerza pública para su realización, con la presencia de funcionarios judiciales y la eventual asistencia letrada del demandado.

"El resultado que arroje la prueba, de ser positivo (es decir, de confirmar la paternidad del demandado), no producirá efecto modificatorio alguno respecto del estado actual de la causa, salvo la declaración de que la paternidad ficta ha adquirido el carácter de biológicamente comprobada (art. 554, Cód. Civil). En caso contrario, operará el cumplimiento de la condición, resolviéndose la paternidad atribuida y los efectos generados en consecuencia, debiendo atenderse a las especificidades propias del régimen familiar.

Se ha determinado la filiación ficta de la menor, pudiendo ésta llegada a la mayoría de edad, conformarse con aquella determinación a efectos de adquirir firmeza en sus derechos, y tratándose de una prerrogativa de índole personalísima, cuyo ejercicio le compete con exclusividad, cabe reconocerle la posibilidad de patentizar en cualquier momento a partir del arribo a aquélla situación, su voluntad de no ejercer la opción conferida. A tal efecto, deberá así declararlo expresamente ante el juez competente, que deberá labrar acta circunstanciada de dicha declaración bajo pena de nulidad. Tal manifestación dejará firme la atribución de paternidad ficta que se hace en la presente sentencia, cayendo la condición resolutoria impuesta y confiando a aquélla el carácter de acto puro y simple.”

Luego de lo expuesto, cabe decir que surge palmario el efecto que se le otorga a la sentencia de filiación, en este caso de “COSA JUZGADA MATERIAL”, y que quedará sujeto a condición resolutoria, atento a que de resultar positivo el resultado que arroje la prueba biológica, no va a producir efecto modificadorio respecto del estado actual de la causa y en caso de que dé resultado negativo la prueba biológica, operará el cumplimiento de la condición resolutoria, resolviéndose la paternidad atribuida con todos los efectos que conlleva.

Surge palmario del fallo que de surgir un conflicto entre los derechos del demandado y el derecho de la niña de conocer su verdadera identidad, debe prevalecer este último. Sin dudas, en el proceso de filiación, el derecho a la identidad juega un rol predominante, el que integra el derecho a conocer los orígenes, el derecho a conocer la verdad (sociológica, cultural y social), a tener filiación, el derecho a relacionarse con la familia de origen, etc.

Existe una responsabilidad social de garantizar al niño el derecho a conocer su origen, que moldea las aspiraciones de la justicia del caso, la que ya no se satisface ni a la cual le basta con llegar a una verdad jurídica de acuerdo con las pruebas aportadas por los litigantes, sino que va más allá al buscar la verdad objetiva: la existencia o no de nexo filial (conf. Grosman, Cecilia y Arianna, Carlos, “Los efectos de la negativa a los exámenes biológicos en los juicios de filiación paterna extramatrimonial”, “La Ley”).

Hay que destacar que el Estado Argentino ha asumido el deber social de garantizar el emplazamiento filiatorio de los habitantes de esta Nación (Cfr. arts. 1, 14 bis, 33, 75 inc. 22 y 23, y concs. Constitución nacional; 2, 3, 4, 5, 7, 8, 18, 41, 44 y concs. Convención sobre los Derechos del Niño; arts. XVII y concs. de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 6, 16, 29 y concs. de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 3, 17, 18, 19, 32 y concs. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Pacto de San José de Costa Rica-; 16, 23, 24, 26 y concs. del Pacto Internacional por los Derechos Civiles y Políticos; 10 y concs. del Pacto Internacional por los derechos Económicos, Sociales y Culturales; 253, 255 y concs. Código Civil; 1, 2, 3, 5, 11 y concs. ley 26.061; 1, 4 y concs. ley 23.511; 1, 12, 15, 36 y concs. Constitución provincial; etc.).

Además de los intereses y deberes estatales mencionados, se encuentra el propio interés del niño que reclama la actuación jurisdiccional en la determinación de la concreta identidad de origen desconocida.

La Convención sobre los Derechos del niño (1989), en su art. 3 y conc. “establece el interés superior del niño”. En la nueva ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las niñas, niños y adolescentes (2005), el principio de sustentación de los derechos es el “interés superior del niño”, según el art. 1º de la ley, definido en su art. 3º como “.la máxima satisfacción integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley”. Lo puntualiza el mismo artículo, cuando se refiere a aquello cubierto por el deber de respeto: La condición de sujeto de derechos de todo niño y adolescente, el derecho a ser oído y a que su opinión sea tenida en consideración entre otros. Está dispuesto que cuando existen conflictos entre los derechos e intereses de niños, niñas y adolescentes, frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.

Por último, cabe expresar que en el fallo analizado la inmutabilidad de la cosa juzgada cedió ante la justicia de determinar la verdadera identidad de la niña. A lo que hay que agregar que en los juicios de filiación hay un interés social en la averiguación de la verdad que no se encuentra sólo al servicio del interés privado, pues a la comunidad le interesa asegurar la responsabilidad procreacional y el derecho del niño a obtener su emplazamiento filial, que constituye un derecho de la personalidad.

El segundo fallo elegido es el siguiente:

El Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de La Rioja, rechazó el recurso de casación articulado contra la sentencia de la Cámara Primera en lo Civil, Comercial y de Minas, que rechazó la excepción de cosa juzgada opuesta por el demandado en el juicio de filiación extramatrimonial.

Señaló que el casacionista denunció que el tribunal de mérito dictó una resolución contraria a la cosa juzgada. El a-quo juzgó que este planteo no satisfacía los recaudos exigidos por la ley. Entendió que, a los efectos de determinar la inmutabilidad de la cosa juzgada en las acciones de estado, cabe estar en primer lugar al interés superior del menor, regla contenida en el artículo 3º de la Convención sobre los Derechos del Niño, de jerarquía constitucional. Añadió que el mismo tratado reconoce a los menores el derecho a conocer su verdadera identidad (arts. 7º, punto 1., y 8º).

Señaló que cuando la demanda de filiación se rechaza por cuestiones que atañen a deficiencias probatorias, en el caso, la imposibilidad de producir en tiempo oportuno la prueba llamada "complejo mayor de histocompatibilidad" y, por ende, no existe pronunciamiento respecto de la procedencia sustancial del planteo, corresponde dar primacía al derecho de identidad del niño sobre el principio de cosa juzgada.

Manifestó que la jurisprudencia que asigna carácter inmutable a la cosa juzgada en las acciones de estado, se aplica sólo en supuestos en que la pretensión de fondo ha sido objeto de debate, pero no en los casos en que fue rechazada por cuestiones de índole formal.

No obstante su esfuerzo impugnativo, el recurso no alcanza a rebatir los fundamentos expuestos por el juzgador, en especial los relativos a la prioridad del interés superior del niño, reconocido por la Convención respectiva que tiene jerarquía constitucional en virtud de lo establecido por el artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional, máxime cuando se trata del derecho a la identidad del menor. Se ha cuidado en salvaguardar este derecho, que se encuentra no solamente en la base de lo que denominamos acciones de estado, sino en la personalidad misma del individuo, esto es, en otros términos, el derecho a ser uno mismo y no otro, a encontrarse sustentado sobre las raíces que dan razón al presente, a la luz del pasado, que permite vivir una historia única e irrepetible, lo que resulta esencial y de inestimable valor en las etapas de la vida en las cuales la personalidad se consolida y estructura y que, precisamente, por su carácter sustancial, determina como dañosa cualquier restricción que impida su ejercicio.

Al respecto cabe mencionar un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que ha establecido la procedencia de la revisión de la cosa juzgada, señalando que no es absoluta y que la seguridad jurídica debe ceder a razón de la justicia. Ya la Corte Suprema Justicia de la Nación sentó en el año 1962 el estándar de inmutabilidad relativa de la cosa juzgada - fallo Tibold" (23/11/62 y en autos "Campbell Davidson c/ Pcia de Bs As. (19/2/71), donde por primera vez admitió la acción autónoma de revocación de cosa juzgada.

No podemos dejar de citar un fallo de la CNCiv, Sala B, Expte N° B404595 del 21/03/05, en autos G.R.M c/ E.J.M s/ Filiación, en donde se rechazó la demanda que pretendía la obtención de un nuevo pronunciamiento sobre la misma materia juzgada en el año 1982, frente a la existencia de nuevos elementos probatorios genéticos (ADN). El fundamento del fallo radica en que aunque se admita la jerarquía constitucional del derecho de todo individuo al conocimiento de su propia identidad, esta circunstancia no puede justificar la reapertura de un debate que se encuentra fenecido sin ocasionar lesión a la seguridad jurídica, máxime si la sentencia que pasó en autoridad de cosa juzgada no se encuentra afectada por vicio alguno que justifique volver a resolver aspectos definitivamente resueltos.

Con el último fallo analizado de la CSJN y su contracara, el de la CNCiv Sala B, se observan dos posturas en cuanto a la inmutabilidad de la cosa juzgada. Para el primero, ante un conflicto entre un derecho fundamental como es el derecho a la propiedad y el derecho personalísimo a conocer su propia identidad, debe prevalecer éste último, fundado en las disposiciones de la Convención de los Derechos del niño cuyos principios básicos tienen inmediata operatividad y supremacía superior a las leyes. Para el segundo fallo, los beneficios de la cosa juzgada que integran el derecho de propiedad que la Constitución tutela y el de la seguridad jurídica, que se nutre con sentencias válidas e inmutables, siguen siendo un pilar fundamental de cualquier estado de derecho.

III.- CONCLUSIÓN:

Luego de lo expuesto, podemos decir que nos encontramos ante el principio de inmutabilidad relativa de la cosa juzgada, es así que la jurisprudencia fue admitiendo diferentes causales que habilitan la revisión. Compartimos el criterio doctrinario que prevee que dicha revisión debe ser una verdadera novedad respecto del proceso donde se dictó la sentencia que se impugna. "Sin perjuicio de esta admisión el criterio es estricto, no admitiéndose para los casos en que se invoquen vicios de la voluntad procesal, errores de juzgamiento o agravios que debieron subordinarse o corregirse por medio de los recursos procesales pertinentes".

Luego de analizados los fallos citados, y ante el interrogante planteado en la introducción acerca de (si el derecho a la propiedad y el principio de la seguridad sobre el que se asienta la inmutabilidad de la cosa juzgada, pueden ceder frente a otros valores y principios aplicables a la materia filiatoria?, podemos aseverar que nos encontramos, frente a una clara oposición entre dos valores constitucionalmente protegidos: por una lado, el principio de inmutabilidad de la cosa juzgada, que se fundamenta en el derecho a la propiedad y el principio de seguridad jurídica, como un valor deseable en el mundo del derecho, y por el otro lado, el principio de justicia que en materia de filiación se plasmaría mencionando como ejemplo el derecho a conocer la propia identidad, con todos los derechos que el mismo integra. Si aplicamos el primer derecho a rajatabla estaríamos vulnerando el segundo.

Al analizar los fallos hemos visto que se admite la revisión de la cosa juzgada, cuando se trate de dar cumplimiento al principio de afianzar la justicia.

Cabe atribuir al valor de las pruebas genéticas y al avance de las mismas, un motivo suficiente para habilitar la revisión de la sentencia firme en un proceso de filiación, atento a que cerrar la puerta a la revisión sería incompatible con la necesidad de asegurar la verdad objetiva, irrenunciable en los procesos de familia.

Para finalizar queremos decir que no se puede subordinar la verdad biológica a una verdad aparente, más aún cuando ésta priva a una persona de conocer su propia identidad vulnerando principios fundamentales, consagrados en la Convención Internacional de los derechos del niño con jerarquía superior a las leyes.

DATOS DE PUBLICACIÓN

Publicación: www.saij.jus.gov.ar

Fecha: 8 DE JUNIO DE 2010

:

Editorial:

REFERENCIAS

Referencias Normativas: Ley 340 Art.253, Ley 340 Art.255, Ley 340 Art.554, Constitución Nacional Art.1, Constitución Nacional Art.14 Bis , Constitución Nacional Art.17, Constitución Nacional Art.33, Constitución Nacional Art.75, Ley 23.511 Art.1, Ley 23.511 Art.4, LEY 26.061 Art.1 al 3, LEY 26.061 Art.5, LEY 26.061 Art.11, Ley 23.054 Art.3, Ley 23.054 Art.17 al 19, Ley 23.054 Art.32, Ley 23.313 Art.10, Ley 23.313 Art.16, Ley 23.313 Art.23 al 24, Ley 23.313 Art.26, Ley 23.849 Art.2 al 5, Ley 23.849 Art.3, Ley 23.849 Art.7, Ley 23.849 Art.7 al 8, Ley 23.849 Art.8, Ley 23.849 Art.18, Ley 23.849 Art.41, Ley 23.849 Art.44, DECLARACION AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE Art.17, Declaración Universal de los Derechos humanos Art.29, Declaración Universal de los Derechos humanos Art.6, Declaración Universal de los Derechos humanos Art.16

Ref. Jurisprudenciales: "F.,S.B c/ G.,G.D s/ Filiación", SCBA, 27/08/2008., "Donoso, Patricia Rosa c/Romero, Daniel Adolfo", CSJN, 27/05/2004.

REF. BIBLIOGRÁFICAS

- Palacio Lino Enrique, "Derecho Procesal Civil". Tomo V. Actos Procesales. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1979.

- Universidad Nacional de Córdoba. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales - Cuaderno N° 1 del Departamento de Derecho Procesal. Córdoba - República Argentina - 1996.
- Faraoni Fabián Eduardo - Director. "Derecho de Familia" - Visión Jurisprudencial. Edith Lelia Ramacciotti - Coordinadora. Nuevo Enfoque Jurídico Editora, 2008.-
- X Jornadas Interdisciplinarias de Familia, Niñez y Adolescencia y Mediación - Homenaje a la Dra. Cecilia P. Grosman - Morón 10, 11 y 12 de octubre de 2007 - Ponencias - CAM - Colegio de Abogados de Morón.

NORMATIVA

Ley 26.061

Ley de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

BUENOS AIRES, 28 DE SETIEMBRE DE 2005

BOLETIN OFICIAL, 26 DE OCTUBRE DE 2005

- LEY VIGENTE -

REGLAMENTACIÓN

Reglamentado por: DECRETO NACIONAL 415/2006 ((B.O. 18-04-2006))

El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina reunidos en Congreso, etc. sancionan con fuerza de Ley:

SUMARIO

LEY DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES-DERECHOS DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE-DERECHO DEL MENOR A SER OÍDO-DERECHO A LA DIGNIDAD-DERECHO A LA INTEGRIDAD FISICA-DERECHO A LA VIDA-DERECHO A LA IDENTIDAD-DERECHO A LA SALUD-DERECHO A LA EDUCACION-DERECHO A LA LIBERTAD

OBSERVACIONES GENERALES

CANTIDAD DE ARTÍCULOS QUE COMPONEN LA NORMA: 78

TÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES (artículos 1 al 7)

OBJETO.

ARTÍCULO 1º - Esta ley tiene por objeto la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte.

Los derechos aquí reconocidos están asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados en el principio del interés superior del niño.

La omisión en la observancia de los deberes que por la presente corresponden a los órganos gubernamentales del Estado habilita a todo ciudadano a interponer las acciones administrativas y judiciales a fin de restaurar el ejercicio y goce de tales derechos, a través de medidas expeditas y eficaces.

APLICACIÓN OBLIGATORIA.

ARTÍCULO 2º - La Convención sobre los Derechos del Niño es de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los dieciocho años de edad. Las niñas, niños o adolescentes tienen derecho a ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos.

Los derechos y las garantías de los sujetos de esta ley son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles.

INTERÉS SUPERIOR.

ARTÍCULO 3º - A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley.

Debiéndose respetar:

- a) Su condición de sujeto de derecho;
- b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tomada en cuenta;
- c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural;
- d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales;
- e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común;
- f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.

Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse.

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.

POLÍTICAS PÚBLICAS.

ARTÍCULO 4º - Las políticas públicas de la niñez y adolescencia se elaborarán de acuerdo a las siguientes pautas:

- a) Fortalecimiento del rol de la familia en la efectivización de los derechos de las niñas, niños y adolescentes;
- b) Descentralización de los organismos de aplicación y de los planes y programas específicos de las distintas políticas de protección de derechos, a fin de garantizar mayor autonomía, agilidad y eficacia;
- c) Gestión asociada de los organismos de gobierno en sus distintos niveles en coordinación con la sociedad civil, con capacitación y fiscalización permanente;
- d) Promoción de redes intersectoriales locales;
- e) Propiciar la constitución de organizaciones y organismos para la defensa y protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

RESPONSABILIDAD GUBERNAMENTAL.

ARTÍCULO 5º - Los Organismos del Estado tienen la responsabilidad indelegable de establecer, controlar y garantizar el cumplimiento de las políticas públicas con carácter federal.

En la formulación y ejecución de políticas públicas y su prestación, es prioritario para los Organismos del Estado mantener siempre presente el interés superior de las personas sujetos de esta ley y la asignación privilegiada de los recursos públicos que las garanticen.

Toda acción u omisión que se oponga a este principio constituye un acto contrario a los derechos fundamentales de las niñas, niños y adolescentes.

Las políticas públicas de los Organismos del Estado deben garantizar con absoluta prioridad el ejercicio de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

La prioridad absoluta implica:

- 1.- Protección y auxilio en cualquier circunstancia;
- 2.- Prioridad en la exigibilidad de la protección jurídica cuando sus derechos colisionen con los intereses de los adultos, de las personas jurídicas privadas o públicas;
- 3.- Preferencia en la atención, formulación y ejecución de las políticas públicas;

4.- Asignación privilegiada e intangibilidad de los recursos públicos que las garantice;

5.- Preferencia de atención en los servicios esenciales.

PARTICIPACIÓN COMUNITARIA.

ARTÍCULO 6º - La Comunidad, por motivos de solidaridad y en ejercicio de la democracia participativa, debe y tiene derecho a ser parte activa en el logro de la vigencia plena y efectiva de los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes.

RESPONSABILIDAD FAMILIAR.

ARTÍCULO 7º - La familia es responsable en forma prioritaria de asegurar a las niñas, niños y adolescentes el disfrute pleno y el efectivo ejercicio de sus derechos y garantías.

El padre y la madre tienen responsabilidades y obligaciones comunes e iguales en lo que respecta al cuidado, desarrollo y educación integral de sus hijos.

Los Organismos del Estado deben asegurar políticas, programas y asistencia apropiados para que la familia pueda asumir adecuadamente esta responsabilidad, y para que los padres asuman, en igualdad de condiciones, sus responsabilidades y obligaciones.

TÍTULO II

PRINCIPIOS, DERECHOS Y GARANTÍAS (artículos 8 al 31)

DERECHO A LA VIDA.

ARTÍCULO 8º - Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la vida, a su disfrute, protección y a la obtención de una buena calidad de vida.

DERECHO A LA DIGNIDAD Y A LA INTEGRIDAD PERSONAL.

ARTÍCULO 9º - Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la dignidad como sujetos de derechos y de personas en desarrollo; a no ser sometidos a trato violento, discriminatorio, vejatorio, humillante, intimidatorio; a no ser sometidos a ninguna forma de explotación económica, torturas, abusos o negligencias, explotación sexual, secuestros o tráfico para cualquier fin o en cualquier forma o condición cruel o degradante.

Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a su integridad física, sexual, psíquica y moral.

La persona que tome conocimiento de malos tratos, o de situaciones que atenten contra la integridad psíquica, física, sexual o moral de un niño, niña o adolescente, o cualquier otra violación a sus derechos, debe comunicar a la autoridad local de aplicación de la presente ley.

Los Organismos del Estado deben garantizar programas gratuitos de asistencia y atención integral que promuevan la recuperación de todas las niñas, niños y adolescentes.

DERECHO A LA VIDA PRIVADA E INTIMIDAD FAMILIAR.

ARTÍCULO 10. - Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la vida privada e intimidad de y en la vida familiar.

Estos derechos no pueden ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales.

DERECHO A LA IDENTIDAD.

ARTÍCULO 11. - Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a un nombre, a una nacionalidad, a su lengua de origen, al conocimiento de quiénes son sus padres, a la preservación de sus relaciones familiares de conformidad con la ley, a la cultura de su lugar de origen y a preservar su identidad e idiosincrasia, salvo la excepción prevista en los artículos 327 y 328 del Código Civil.

Los Organismos del Estado deben facilitar y colaborar en la búsqueda, localización u obtención de información, de los padres u otros familiares de las niñas, niños y adolescentes facilitándoles el encuentro o reencuentro familiar. Tienen derecho a conocer a sus padres biológicos, y a crecer y desarrollarse en su familia de origen, a mantener en forma regular y permanente el vínculo personal y directo con sus padres, aun cuando éstos estuvieran separados o divorciados, o pesara sobre

cualquiera de ellos denuncia penal o sentencia, salvo que dicho vínculo, amenazare o violare alguno de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que consagra la ley.

En toda situación de institucionalización de los padres, los Organismos del Estado deben garantizar a las niñas, niños y adolescentes el vínculo y el contacto directo y permanente con aquéllos, siempre que no contraríe el interés superior del niño.

Sólo en los casos en que ello sea imposible y en forma excepcional tendrán derecho a vivir, ser criados y desarrollarse en un grupo familiar alternativo o a tener una familia adoptiva, de conformidad con la ley.

Referencias Normativas: Ley 340 Art.327 al 328

GARANTÍA ESTATAL DE IDENTIFICACIÓN. INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DEL ESTADO Y CAPACIDAD DE LAS PERSONAS.

ARTÍCULO 12. - Los Organismos del Estado deben garantizar procedimientos sencillos y rápidos para que los recién nacidos sean identificados en forma gratuita, obligatoria, oportuna e inmediatamente después de su nacimiento, estableciendo el vínculo filial con la madre, conforme al procedimiento previsto en la Ley N° 24.540.

Ante la falta de documento que acredite la identidad de la madre o del padre, los Organismos del Estado deberán arbitrar los medios necesarios para la obtención de la identificación obligatoria consignada en el párrafo anterior, circunstancia que deberá ser tenida especialmente en cuenta por la reglamentación de esta ley.

Debe facilitar la adopción de medidas específicas para la inscripción gratuita en el Registro del Estado y Capacidad de las Personas, de todos aquellos adolescentes y madres, que no hayan sido inscriptos oportunamente.

Referencias Normativas: Ley 24.540

DERECHO A LA DOCUMENTACIÓN.

ARTÍCULO 13. - Las niñas, niños, adolescentes y madres indocumentadas, tienen derecho a obtener los documentos públicos que comprueben su identidad, de conformidad con la normativa vigente y en los términos que establece el procedimiento previsto en la Ley N° 24.540.

Referencias Normativas: Ley 24.540

DERECHO A LA SALUD.

ARTÍCULO 14. - Los Organismos del Estado deben garantizar:

a) El acceso a servicios de salud, respetando las pautas familiares y culturales reconocidas por la familia y la comunidad a la que pertenecen siempre que no constituyan peligro para su vida e integridad;

b) Programas de asistencia integral, rehabilitación e integración;

c) Programas de atención, orientación y asistencia dirigidos a su familia;

d) Campañas permanentes de difusión y promoción de sus derechos dirigidas a la comunidad a través de los medios de comunicación social.

Toda institución de salud deberá atender prioritariamente a las niñas, niños y adolescentes y mujeres embarazadas.

Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la atención integral de su salud, a recibir la asistencia médica necesaria y a acceder en igualdad de oportunidades a los servicios y acciones de prevención, promoción, información, protección, diagnóstico precoz, tratamiento oportuno y recuperación de la salud.

DERECHO A LA EDUCACIÓN.

ARTÍCULO 15. - Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la educación pública y gratuita, atendiendo a su desarrollo integral, su preparación para el ejercicio de la ciudadanía, su formación para

la convivencia democrática y el trabajo, respetando su identidad cultural y lengua de origen, su libertad de creación y el desarrollo máximo de sus competencias individuales; fortaleciendo los valores de solidaridad, respeto por los derechos humanos, tolerancia, identidad cultural y conservación del ambiente.

Tienen derecho al acceso y permanencia en un establecimiento educativo cercano a su residencia.

En el caso de carecer de documentación que acredite su identidad, se los deberá inscribir provisoriamente, debiendo los Organismos del Estado arbitrar los medios destinados a la entrega urgente de este documento.

Por ninguna causa se podrá restringir el acceso a la educación debiendo entregar la certificación o diploma correspondiente.

Las niñas, niños y adolescentes con capacidades especiales tienen todos los derechos y garantías consagrados y reconocidos por esta ley, además de los inherentes a su condición específica.

Los Organismos del Estado, la familia y la sociedad deben asegurarles el pleno desarrollo de su personalidad hasta el máximo de sus potencialidades, así como el goce de una vida plena y digna.

GRATUIDAD DE LA EDUCACIÓN.

ARTÍCULO 16. - La educación pública será gratuita en todos los servicios estatales, niveles y regímenes especiales, de conformidad con lo establecido en el ordenamiento jurídico vigente.

PROHIBICIÓN DE DISCRIMINAR POR ESTADO DE EMBARAZO, MATERNIDAD Y PATERNIDAD.

ARTÍCULO 17. - Prohíbese a las instituciones educativas públicas y privadas imponer por causa de embarazo, maternidad o paternidad, medidas correctivas o sanciones disciplinarias a las niñas, niños y adolescentes.

Los Organismos del Estado deben desarrollar un sistema conducente a permitir la continuidad y la finalización de los estudios de las niñas, niños y adolescentes.

La mujer privada de su libertad será especialmente asistida durante el embarazo y el parto, y se le proveerán los medios materiales para la crianza adecuada de su hijo mientras éste permanezca en el medio carcelario, facilitándose la comunicación con su familia a efectos de propiciar su integración a ella.

MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD Y PATERNIDAD.

ARTÍCULO 18. - Las medidas que conforman la protección integral se extenderán a la madre y al padre durante el embarazo, el parto y al período de lactancia, garantizando condiciones dignas y equitativas para el adecuado desarrollo de su embarazo y la crianza de su hijo.

DERECHO A LA LIBERTAD.

ARTÍCULO 19. - Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la libertad.

Este derecho comprende:

a) Tener sus propias ideas, creencias o culto religioso según el desarrollo de sus facultades y con las limitaciones y garantías consagradas por el ordenamiento jurídico y ejercerlo bajo la orientación de sus padres, tutores, representantes legales o encargados de los mismos;

b) Expresar su opinión en los ámbitos de su vida cotidiana, especialmente en la familia, la comunidad y la escuela;

c) Expresar su opinión como usuarios de todos los servicios públicos y, con las limitaciones de la ley, en todos los procesos judiciales y administrativos que puedan afectar sus derechos.

Las personas sujetos de esta ley tienen derecho a su libertad personal, sin más límites que los establecidos en el ordenamiento jurídico vigente.

No pueden ser privados de ella ilegal o arbitrariamente.

La privación de libertad personal, entendida como ubicación de la niña, niño o adolescente en un lugar de donde no pueda salir por su propia voluntad, debe realizarse de conformidad con la normativa vigente.

DERECHO AL DEPORTE Y JUEGO RECREATIVO.

ARTÍCULO 20. - Los Organismos del Estado con la activa participación de la sociedad, deben establecer programas que garanticen el derecho de todas las niñas, niños y adolescentes a la recreación, esparcimiento, juegos recreativos y deportes, debiendo asegurar programas específicos para aquellos con capacidades especiales.

DERECHO AL MEDIO AMBIENTE.

ARTÍCULO 21. - Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, así como a la preservación y disfrute del paisaje.

DERECHO A LA DIGNIDAD.

ARTÍCULO 22. - Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a ser respetados en su dignidad, reputación y propia imagen.

Se prohíbe exponer, difundir o divulgar datos, informaciones o imágenes que permitan identificar, directa o indirectamente a los sujetos de esta ley, a través de cualquier medio de comunicación o publicación en contra de su voluntad y la de sus padres, representantes legales o responsables, cuando se lesionen su dignidad o la reputación de las niñas, niños y adolescentes o que constituyan injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada o intimidad familiar.

DERECHO DE LIBRE ASOCIACIÓN.

ARTÍCULO 23. - Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho de asociarse libremente con otras personas, con fines sociales, culturales, deportivos, recreativos, religiosos, políticos, laborales o de cualquier otra índole, siempre que sean de carácter lícito y de conformidad a la legislación vigente. Este derecho comprende, especialmente, el derecho a:

- a) Formar parte de asociaciones, inclusive de sus órganos directivos;
- b) Promover y constituir asociaciones conformadas exclusivamente por niñas, niños, adolescentes o ambos, de conformidad con la ley.

DERECHO A OPINAR Y A SER OÍDO.

ARTÍCULO 24. - Las niñas, niños y adolescentes tienen 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.

Este derecho se extiende a todos los ámbitos en que se desenvuelven las niñas, niños y adolescentes; entre ellos, al ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo.

DERECHO AL TRABAJO DE LOS ADOLESCENTES.

ARTÍCULO 25. - Los Organismos del Estado deben garantizar el derecho de las personas adolescentes a la educación y reconocer su derecho a trabajar con las restricciones que imponen la legislación vigente y los convenios internacionales sobre erradicación del trabajo infantil, debiendo ejercer la inspección del trabajo contra la explotación laboral de las niñas, niños y adolescentes.

Este derecho podrá limitarse solamente cuando la actividad laboral importe riesgo, peligro para el desarrollo, la salud física, mental o emocional de los adolescentes.

Los Organismos del Estado, la sociedad y en particular las organizaciones sindicales coordinarán sus esfuerzos para erradicar el trabajo infantil y limitar toda forma de trabajo legalmente autorizada cuando impidan o afecten su proceso evolutivo.

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL.

ARTÍCULO 26. - Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a obtener los beneficios de la seguridad social.

Los Organismos del Estado deberán establecer políticas y programas de inclusión para las niñas, niños y adolescentes, que consideren los recursos y la situación de los mismos y de las personas que sean responsables de su mantenimiento.

GARANTÍAS MÍNIMAS DE PROCEDIMIENTO. GARANTÍAS EN LOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES O ADMINISTRATIVOS.

ARTÍCULO 27. - Los Organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías:

- 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.

PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN.

ARTÍCULO 28. - Las disposiciones de esta ley se aplicarán por igual a todos las niñas, niños y adolescentes, sin discriminación alguna fundada en motivos raciales, de sexo, color, edad, idioma, religión, creencias, opinión política, cultura, posición económica, origen social o étnico, capacidades especiales, salud, apariencia física o impedimento físico, de salud, el nacimiento o cualquier otra condición del niño o de sus padres o de sus representantes legales.

PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD.

ARTÍCULO 29. - Los Organismos del Estado deberán adoptar todas las medidas administrativas, legislativas, judiciales y de otra índole, para garantizar el efectivo cumplimiento de los derechos y garantías reconocidos en esta ley.

DEBER DE COMUNICAR.

ARTÍCULO 30. - Los miembros de los establecimientos educativos y de salud, públicos o privados y todo agente o funcionario público que tuviere conocimiento de la vulneración de derechos de las niñas, niños o adolescentes, deberá comunicar dicha circunstancia ante la autoridad administrativa de protección de derechos en el ámbito local, bajo apercibimiento de incurrir en responsabilidad por dicha omisión.

DEBER DEL FUNCIONARIO DE RECEPCIONAR DENUNCIAS.

ARTÍCULO 31. - El agente público que sea requerido para recibir una denuncia de vulneración de derechos de los sujetos protegidos por esta ley, ya sea por la misma niña, niño o adolescente, o por cualquier otra persona, se encuentra obligado a recibir y tramitar tal denuncia en forma gratuita, a fin de garantizar el respeto, la prevención y la reparación del daño sufrido, bajo apercibimiento de considerarlo incurso en la figura de grave incumplimiento de los Deberes del Funcionario Público.

TÍTULO III

SISTEMA DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES (artículos 32 al 41)

CONFORMACIÓN.

ARTÍCULO 32. - El Sistema de Protección Integral de Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes está conformado por todos aquellos organismos, entidades y servicios que diseñan, planifican, coordinan, orientan, ejecutan y supervisan las políticas públicas, de gestión estatal o privadas, en el ámbito nacional, provincial y municipal, destinados a la promoción, prevención, asistencia, protección, resguardo y restablecimiento de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, y establece los medios a través de los cuales se asegura el efectivo goce de los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, demás tratados de derechos humanos ratificados por el Estado argentino y el ordenamiento jurídico nacional.

La Política de Protección Integral de Derechos de las niñas, niños y adolescentes debe ser implementada mediante una concertación articulada de acciones de la Nación, las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los Municipios.

Para el logro de sus objetivos, el Sistema de Protección Integral de Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes debe contar con los siguientes medios:

- a) Políticas, planes y programas de protección de derechos;
- b) Organismos administrativos y judiciales de protección de derechos;
- c) Recursos económicos;
- d) Procedimientos;
- e) Medidas de protección de derechos;
- f) Medidas de protección excepcional de derechos.

MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE DERECHOS.

ARTÍCULO 33. - Son aquéllas emanadas del órgano administrativo competente local ante la amenaza o violación de los derechos o garantías de uno o varias niñas, niños o adolescentes individualmente considerados, con el objeto de preservarlos, restituirlos o reparar sus consecuencias.

La amenaza o violación a que se refiere este artículo puede provenir de la acción u omisión del Estado, la Sociedad, los particulares, los padres, la familia, representantes legales, o responsables, o de la propia conducta de la niña, niño o adolescente.

La falta de recursos materiales de los padres, de la familia, de los representantes legales o responsables de las niñas, niños y adolescentes, sea circunstancial, transitoria o permanente, no autoriza la separación de su familia nuclear, ampliada o con quienes mantenga lazos afectivos, ni su institucionalización.

FINALIDAD.

ARTÍCULO 34. - Las medidas de protección de derechos tienen como finalidad la preservación o restitución a las niñas, niños o adolescentes, del disfrute, goce y ejercicio de sus derechos vulnerados y la reparación de sus consecuencias.

APLICACIÓN.

ARTÍCULO 35. - Se aplicarán prioritariamente aquellas medidas de protección de derechos que tengan por finalidad la preservación y el fortalecimiento de los vínculos familiares con relación a las niñas, niños y adolescentes. Cuando la amenaza o violación de derechos sea consecuencia de necesidades básicas insatisfechas, carencias o dificultades materiales, económicas, laborales o de vivienda, las medidas de protección son los programas dirigidos a brindar ayuda y apoyo incluso económico, con miras al mantenimiento y fortalecimiento de los vínculos familiares.

PROHIBICIÓN.

ARTÍCULO 36. - En ningún caso las medidas a que se refiere el artículo 33 de esta ley podrán consistir en privación de la libertad conforme lo establecido en el artículo 19.

MEDIDAS DE PROTECCIÓN.

ARTÍCULO 37. - Comprobada la amenaza o violación de derechos, deben adoptarse, entre otras, las siguientes medidas:

- a) Aquellas tendientes a que las niñas, niños o adolescentes permanezcan conviviendo con su grupo familiar;
- b) Solicitud de becas de estudio o para jardines maternos o de infantes, e inclusión y permanencia en programas de apoyo escolar;
- c) Asistencia integral a la embarazada;
- d) Inclusión de la niña, niño, adolescente y la familia en programas destinados al fortalecimiento y apoyo familiar;
- e) Cuidado de la niña, niño y adolescente en su propio hogar, orientando y apoyando a los padres, representantes legales o responsables en el cumplimiento de sus obligaciones, juntamente con el seguimiento temporal de la familia y de la niña, niño o adolescente a través de un programa;
- f) Tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico de la niña, niño o adolescente o de alguno de sus padres, responsables legales o representantes;
- g) Asistencia económica.

La presente enunciación no es taxativa.

EXTINCIÓN.

ARTÍCULO 38. - Las medidas de protección pueden ser sustituidas, modificadas o revocadas en cualquier momento por acto de la autoridad competente que las haya dispuesto y cuando las circunstancias que las causaron varíen o cesen.

MEDIDAS EXCEPCIONALES.

ARTÍCULO 39. - Son aquellas que se adoptan cuando las niñas, niños y adolescentes estuvieran temporal o permanentemente privados de su medio familiar o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio.

Tienen como objetivo la conservación o recuperación por parte del sujeto del ejercicio y goce de sus derechos vulnerados y la reparación de sus consecuencias.

Estas medidas son limitadas en el tiempo y sólo se pueden prolongar mientras persistan las causas que les dieron origen.

PROCEDENCIA DE LAS MEDIDAS EXCEPCIONALES.

ARTÍCULO 40. - Sólo serán procedentes cuando, previamente, se hayan cumplimentado debidamente las medidas dispuestas en el artículo 33.

Declarada procedente esta excepción, será la autoridad local de aplicación quien decida y establezca el procedimiento a seguir, acto que deberá estar jurídicamente fundado, debiendo notificar fehacientemente dentro del plazo de VEINTICUATRO (24) horas, la medida adoptada a la autoridad judicial competente en materia de familia de cada jurisdicción.

El funcionario que no dé efectivo cumplimiento a esta disposición, será pasible de las sanciones previstas en el Capítulo IV del Código Penal de la Nación.

La autoridad competente de cada jurisdicción, en protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes dentro del plazo de SETENTA Y DOS (72) horas de notificado, con citación y audiencia de los representantes legales, deberá resolver la legalidad de la medida; resuelta ésta, la autoridad judicial competente deberá derivar el caso a la autoridad local competente de aplicación para que ésta implemente las medidas pertinentes.

Referencias Normativas: Ley 11.179 - TEXTO ORDENADO POR DECRETO 3992/84

APLICACIÓN.

ARTÍCULO 41. - Las medidas establecidas en el artículo 39, se aplicarán conforme a los siguientes criterios:

a) Permanencia temporal en ámbitos familiares considerados alternativos. Las medidas consisten en la búsqueda e individualización de personas vinculadas a ellos, a través de líneas de parentesco por consanguinidad o por afinidad, o con otros miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según costumbre local, en todos los casos teniendo en cuenta la opinión de las niñas, niños y adolescentes;

b) Sólo en forma excepcional, subsidiaria y por el más breve lapso posible puede recurrirse a una forma convivencial alternativa a la de su grupo familiar, debiéndose propiciar, a través de mecanismos rápidos y ágiles, el regreso de las niñas, niños y adolescentes a su grupo o medio familiar y comunitario. Al considerar las soluciones se prestará especial atención a la continuidad en la educación de las niñas, niños y adolescentes, y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico.

Estas medidas deberán ser supervisadas por el organismo administrativo local competente y judicial interviniente;

c) Las medidas se implementarán bajo formas de intervención no sustitutivas del grupo familiar de origen, con el objeto de preservar la identidad familiar de las niñas, niños y adolescentes;

d) Las medidas de protección excepcional que se tomen con relación a grupos de hermanos deben preservar la convivencia de los mismos;

e) En ningún caso, las medidas de protección excepcionales pueden consistir en privación de la libertad;

f) No podrá ser fundamento para la aplicación de una medida excepcional, la falta de recursos económicos, físicos, de políticas o programas del organismo administrativo.

TÍTULO IV

ORGANOS ADMINISTRATIVOS DE PROTECCIÓN DE DERECHOS (artículos 42 al 68)

SISTEMA DE PROTECCIÓN INTEGRAL. NIVELES.

ARTÍCULO 42. - El sistema de protección integral se conforma por los siguientes niveles:

a) NACIONAL: Es el organismo especializado en materia de derechos de infancia y adolescencia en el ámbito del Poder Ejecutivo nacional;

b) FEDERAL: Es el órgano de articulación y concertación, para el diseño, planificación y efectivización de políticas públicas en todo el ámbito del territorio de la República Argentina;

c) PROVINCIAL: Es el órgano de planificación y ejecución de las políticas de la niñez, cuya forma y jerarquía, determinará cada provincia y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, respetando las respectivas autonomías así como las instituciones preexistentes.

Las provincias podrán celebrar convenios dentro del marco jurídico vigente para municipios y comunas en las jurisdicciones provinciales, como asimismo implementar un organismo de seguimiento de programas de protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes en coordinación articulada con las organizaciones no gubernamentales de niñez, adolescencia y familia.

CAPÍTULO I

SECRETARÍA NACIONAL DE NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y FAMILIA (artículos 43 al 44)

SECRETARÍA NACIONAL.

ARTÍCULO 43. - Créase en el ámbito del Poder Ejecutivo nacional, la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, organismo especializado en materia de derechos de infancia y adolescencia, la que funcionará con representación interministerial y de las organizaciones de la sociedad civil.

La misma será presidida por un Secretario de Estado designado por el Poder Ejecutivo nacional.

FUNCIONES.

ARTÍCULO 44. - Son funciones de la Secretaría:

- a) Garantizar el funcionamiento del Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia y establecer en forma conjunta, la modalidad de coordinación entre ambos organismos con el fin de establecer y articular políticas públicas integrales;
- b) Elaborar con la participación del Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia, un Plan Nacional de Acción como política de derechos para el área específica, de acuerdo a los principios jurídicos establecidos en esta ley;
- c) Ejercer la representación necesaria ante todos los organismos oficiales de asesoramiento y contralor en materia de medios de comunicación;
- d) Ejercer la representación del Estado nacional en las áreas de su competencia;
- e) Participar en forma conjunta con el Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia en la celebración y ejecución de los instrumentos de carácter internacional que la Nación suscriba o a los cuales adhiera, cuando éstos afecten o se refieran a la materia de su competencia;
- f) Realizar los informes previstos en el artículo 44 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y ejercer la representación del Estado nacional en su presentación, constituyéndose en depositario de las recomendaciones que se efectúen;
- g) Promover el desarrollo de investigaciones en materia de niñez, adolescencia y familia;
- h) Diseñar normas generales de funcionamiento y principios rectores que deberán cumplir las instituciones públicas o privadas de asistencia y protección de derechos de los sujetos de esta ley;
- i) Apoyar a las organizaciones no gubernamentales en la definición de sus objetivos institucionales hacia la promoción del ejercicio de derechos de las niñas, niños y adolescentes, y la prevención de su institucionalización;
- j) Promover políticas activas de promoción y defensa de los derechos de las niñas, niños, adolescentes y sus familias;
- k) Coordinar acciones consensuadas con los Poderes del Estado, organismos gubernamentales y organizaciones no gubernamentales, fomentando la participación activa de las niñas, niños y adolescentes;
- l) Propiciar acciones de asistencia técnica y capacitación a organismos provinciales y municipales y agentes comunitarios participantes en servicios de atención directa o en el desarrollo de los procesos de transformación institucional;
- m) Gestionar juntamente con el Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia, la obtención de recursos financieros nacionales e internacionales para la efectivización de las políticas públicas de niñez, adolescencia y familia;
- n) Efectivizar juntamente con el Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia la transferencia de los fondos a los Estados Provinciales para la financiación de dichas políticas;
- o) Organizar un sistema de información único y descentralizado que incluya indicadores para el monitoreo, evaluación y control de las políticas y programas de niñez, adolescencia y familia;
- p) Fortalecer el reconocimiento en la sociedad de niñas, niños y adolescentes como sujetos activos de derechos;
- q) Impulsar mecanismos descentralizados para la ejecución de programas y proyectos que garanticen el ejercicio de los derechos de las niñas, niños, adolescentes y sus familias;
- r) Asignar juntamente con el Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia los recursos públicos para la formulación y ejecución de las políticas previstas en el Plan Nacional de Acción;
- s) Establecer en coordinación con el Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia mecanismos de seguimiento, monitoreo y evaluación de las políticas públicas destinadas a la protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

CAPÍTULO II

CONSEJO FEDERAL DE NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y FAMILIA (artículos 45 al 46)

ARTÍCULO 45. - Créase el Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia, el que estará integrado por quien ejerza la titularidad de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, quien lo presidirá y por los representantes de los Organos de Protección de Derechos de Niñez, Adolescencia y Familia existentes o a crearse en cada una de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

El Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia dictará su propio Reglamento de funcionamiento, el cual deberá ser aprobado en la primera reunión.

FUNCIONES.

ARTÍCULO 46. - El Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia tendrá funciones deliberativas, consultivas, de formulación de propuestas y de políticas de concertación, cuyo alcance y contenido se fijará en el acta constitutiva.

Tendrá las siguientes funciones:

- a) Concertar y efectivizar políticas de protección integral de los derechos de las niñas, niños, adolescentes y sus familias;
- b) Participar en la elaboración en coordinación con la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia de un Plan Nacional de Acción como política de derechos para el área específica, de acuerdo a los principios jurídicos establecidos en la presente ley;
- c) Proponer e impulsar reformas legislativas e institucionales destinadas a la concreción de los principios establecidos en la Convención sobre los Derechos del Niño;
- d) Fomentar espacios de participación activa de los organismos de la sociedad civil de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, reconocidas por su especialidad e idoneidad en la materia, favoreciendo su conformación en redes comunitarias;
- e) Promover la supervisión y control de las instituciones privadas de asistencia y protección de derechos;
- f) Gestionar en forma conjunta y coordinada con la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia la obtención de recursos financieros nacionales e internacionales para la efectivización de las políticas públicas de niñez, adolescencia y familia;
- g) Efectivizar juntamente con la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia la transferencia de los fondos a los Estados Provinciales para la financiación de dichas políticas;
- h) Gestionar la distribución de los fondos presupuestariamente asignados para la formulación y ejecución de las políticas previstas en el Plan Nacional de Acción;
- i) Promover en coordinación con la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, mecanismos de seguimiento, monitoreo y evaluación de las políticas públicas destinadas a la protección integral de los derechos de las niñas; niños y adolescentes.

CAPÍTULO III

DEFENSOR DE LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES (artículos 47 al 64)

CREACIÓN.

ARTÍCULO 47. - Créase la figura del Defensor de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, quien tendrá a su cargo velar por la protección y promoción de sus derechos consagrados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño y las leyes nacionales.

CONTROL.

ARTÍCULO 48. - La defensa de los derechos de las niñas, niños y adolescentes ante las instituciones públicas y privadas y la supervisión y auditoría de la aplicación del sistema de protección integral se realizará en dos niveles:

a) Nacional: a través del Defensor de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes;

b) Provincial: respetando la autonomía de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, así como las instituciones preexistentes.

Las legislaturas podrán designar defensores en cada una de las jurisdicciones, cuya financiación y funciones serán determinadas por los respectivos cuerpos legislativos.

DESIGNACIÓN.

ARTÍCULO 49. - El Defensor de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes será propuesto, designado y removido por el Congreso Nacional, quien designará una comisión bicameral que estará integrada por diez miembros, cinco de cada Cámara respetando la proporción en la representación política, quienes tendrán a su cargo la evaluación de la designación que se llevará a cabo mediante un concurso público de antecedentes y oposición.

Las decisiones de esta Comisión se adoptarán por el voto de las dos terceras partes de sus miembros.

El Defensor deberá ser designado dentro de los NOVENTA (90) días de sancionada esta ley y asumirá sus funciones ante el Honorable Senado de la Nación, prestando juramento de desempeñar fielmente su cargo.

REQUISITOS PARA SU ELECCIÓN.

ARTÍCULO 50. - El Defensor de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, deberá reunir los siguientes requisitos:

a) Ser Argentino;

b) Haber cumplido TREINTA (30) años de edad;

c) Acreditar idoneidad y especialización en la defensa y protección activa de los derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes y familia.

DURACIÓN EN EL CARGO.

ARTÍCULO 51. - El Defensor de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes durará en sus funciones CINCO (5) años, pudiendo ser reelegido por una sola vez.

INCOMPATIBILIDAD.

ARTÍCULO 52. - El cargo de Defensor de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes es incompatible con el desempeño de cualquier otra actividad pública, comercial o profesional a excepción de la docencia, estándole vedada, asimismo, la actividad política partidaria.

Dentro de los DIEZ (10) días siguientes a su nombramiento y antes de tomar posesión del cargo, el Defensor debe cesar en toda situación de incompatibilidad que pudiere afectarlo, bajo apercibimiento de remoción del cargo.

Son de aplicación al Defensor, en lo pertinente, las normas en materia de recusación y excusación previstas en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

DE LA REMUNERACIÓN.

ARTÍCULO 53. - El Defensor de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes percibirá la remuneración que establezca el Congreso de la Nación, por resolución de los presidentes de ambas Cámaras.

PRESUPUESTO.

ARTÍCULO 54. -El Poder Ejecutivo nacional destinará una partida presupuestaria para solventar los gastos del funcionamiento administrativo del Defensor de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.

FUNCIONES.

ARTÍCULO 55. - Son sus funciones:

a) Promover las acciones para la protección de los intereses difusos o colectivos relativos a las niñas, niños y adolescentes;

b) Interponer acciones para la protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes en cualquier juicio, instancia o tribunal;

c) Velar por el efectivo respeto a los derechos y garantías legales asegurados a las niñas, niños y adolescentes, promoviendo las medidas judiciales y extrajudiciales del caso. Para ello puede tomar las declaraciones del reclamante, entenderse directamente con la persona o autoridad reclamada y efectuar recomendaciones con miras a la mejoría de los servicios públicos y privados de atención de las niñas, niños y adolescentes, determinando un plazo razonable para su perfecta adecuación;

d) Incoar acciones con miras a la aplicación de las sanciones por infracciones cometidas contra las normas de protección de las niñas, niños y adolescentes, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal del infractor, cuando correspondiera;

e) Supervisar las entidades públicas y privadas que se dediquen a la atención de las niñas, niños o adolescentes, sea albergándolos en forma transitoria o permanente, sea desarrollando programas de atención a los mismos, debiendo denunciar ante las autoridades competentes cualquier irregularidad que amenace o vulnere los derechos de todas las niñas, los niños o los adolescentes;

f) Requerir para el desempeño de sus funciones el auxilio de la fuerza pública, de los servicios médicos-asistenciales y educativos, sean públicos o privados;

g) Proporcionar asesoramiento de cualquier índole a las niñas, niños y adolescentes y a sus familias, a través de una organización adecuada;

h) Asesorar a las niñas, niños, adolescentes y a sus familias acerca de los recursos públicos, privados y comunitarios, donde puedan recurrir para la solución de su problemática;

i) Intervenir en la instancia de asesoramiento de mediación o conciliación;

j) Recibir todo tipo de reclamo formulado por los niños, niñas o adolescentes o cualquier denuncia que se efectúe con relación a las niñas, niños y adolescentes, ya sea personalmente o mediante un servicio telefónico gratuito y permanente debiéndose dar curso de inmediato al requerimiento de que se trate.

INFORME ANUAL.

ARTÍCULO 56. - El Defensor de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes deberá dar cuenta anualmente al Congreso de la Nación, de la labor realizada en un informe que presentará antes del 31 de mayo de cada año.

Dentro de los SESENTA (60) días de iniciadas las sesiones ordinarias de cada año, el Defensor deberá rendir dicho informe en forma, verbal ante la Comisión Bicameral a que se refiere el artículo 49.

Cuando la gravedad o urgencia de los hechos lo aconsejen podrá presentar un informe especial.

Los informes anuales y especiales serán publicados en el Boletín Oficial, en los Diarios de Sesiones y en Internet.

El Defensor de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes en forma personal, deberá concurrir trimestralmente en forma alternativa a las comisiones permanentes especializadas en la materia de cada una de las Cámaras del Congreso Nacional a brindar los informes que se le requieran, o en cualquier momento cuando la Comisión así lo requiera.

CONTENIDO DEL INFORME.

ARTÍCULO 57. - El Defensor de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes deberá dar cuenta en su informe anual de las denuncias presentadas y del resultado de las investigaciones. En el informe no deberán constar los datos personales que permitan la pública identificación de los denunciados, como así tampoco de las niñas, niños y adolescentes involucrados.

El informe contendrá un anexo en el que se hará constar la rendición de cuentas del presupuesto del organismo en el período que corresponda.

GRATUIDAD.

ARTÍCULO 58. - El Defensor de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes determinará en forma exclusiva los casos a que dará curso; las presentaciones serán gratuitas, quedando prohibida la participación de gestores e intermediarios.

CESE. CAUSALES.

ARTÍCULO 59. - El Defensor de los Derechos de las niñas, niños y adolescentes cesa en sus funciones por alguna de las siguientes causas:

- a) Por renuncia;
- b) Por vencimiento del plazo de su mandato;
- c) Por incapacidad sobreviniente o muerte;
- d) Por haber sido condenado mediante sentencia firme por delito doloso;
- e) Por notoria negligencia en el cumplimiento de los deberes del cargo o por haber incurrido en la situación de incompatibilidad prevista por esta ley.

CESE Y FORMAS.

ARTÍCULO 60. - En los supuestos previstos por los incisos a), c) y d) del artículo anterior, el cese será dispuesto por los Presidentes de ambas Cámaras. En el caso del inciso c), la incapacidad sobreviniente deberá acreditarse de modo fehaciente. En los supuestos previstos por el inciso e) del mismo artículo, el cese se decidirá por el voto de los dos tercios de los miembros presentes de la Comisión, previo debate y audiencia del interesado.

En caso de muerte del Defensor de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes se procederá a reemplazarlo en forma provisoria según el procedimiento establecido en el artículo siguiente, promovándose en el más breve plazo la designación del titular en la forma establecida en el artículo 56.

ADJUNTOS.

ARTÍCULO 61. - A propuesta del Defensor de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes y conforme el procedimiento establecido en el artículo 56 podrán designarse dos adjuntos que auxiliarán a aquél en el ejercicio de sus funciones, pudiendo además, reemplazarlo en caso de cese, muerte, suspensión o imposibilidad temporal, en el orden en que fuesen designados.

OBLIGACIÓN DE COLABORAR.

ARTÍCULO 62. - Todas las Entidades, Organismos y personas jurídicas, ya sean públicas o privadas, y las personas físicas están obligadas a prestar colaboración a los requerimientos del Defensor de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes con carácter preferente y expedito.

OBSTACULIZACIÓN.

ARTÍCULO 63. - Todo aquel que desobedezca u obstaculice el ejercicio de las funciones previstas en los artículos precedentes incurrirá en el delito previsto en el artículo 239 del Código Penal. El Defensor de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes debe dar traslado de los antecedentes respectivos al Ministerio Público Fiscal para el ejercicio de las acciones pertinentes. Puede requerir la intervención de la justicia para obtener la remisión de la documentación que le hubiera sido negada por cualquier organismo, ente, persona o sus agentes.

DEBERES.

ARTÍCULO 64. -Comprobada la veracidad de la denuncia o reclamo, el Defensor de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes deberá:

- a) Promover y proteger los derechos de las niñas, niños y adolescentes mediante acciones y recomendaciones que efectuará ante las instancias públicas competentes, a fin de garantizar el goce y el ejercicio de los mismos;
- b) Denunciar las irregularidades verificadas a los organismos pertinentes quienes tienen la obligación de comunicar al Defensor de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes el resultado de las investigaciones realizadas;
- c) Formular recomendaciones o propuestas a los organismos públicos o privados respecto de cuestiones objeto de su requerimiento;
- d) Informar a la opinión pública y a los denunciantes acerca del resultado de las investigaciones y acciones realizadas. A tal efecto deberá establecerse un espacio en los medios masivos de comunicación.

CAPÍTULO IV

DE LAS ORGANIZACIONES NO GUBERNAMENTALES (artículos 65 al 68)

OBJETO.

ARTÍCULO 65. - A los fines de la presente ley se consideran organizaciones no gubernamentales de niñez y adolescencia a aquellas que, con Personería Jurídica y que en cumplimiento de su misión institucional desarrollen programas o servicios de promoción, tratamiento, protección y defensa de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

OBLIGACIONES.

ARTÍCULO 66. -Las organizaciones no gubernamentales mencionadas en esta ley deben cumplir con los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, Tratados Internacionales sobre los de Derechos Humanos en los que la República Argentina sea parte, y observar los siguientes principios y obligaciones:

- a) Respetar y preservar la identidad de las niñas, niños y adolescentes y ofrecerles un ambiente de respeto, dignidad y no-discriminación;
- b) Respetar y preservar los vínculos familiares o de crianza de las niñas, niños y adolescentes y velar por su permanencia en el seno familiar;
- c) No separar grupos de hermanos;
- d) No limitar ningún derecho que no haya sido limitado por una decisión judicial;
- e) Garantizar el derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y a que su opinión sea tenida en cuenta en todos los asuntos que les conciernan como sujetos de derechos;
- f) Mantener constantemente informado a la niña, niño o adolescente sobre su situación legal, en caso de que exista alguna causa judicial donde se pueda tomar una decisión que afecte sus intereses, y notificarle, en forma personal y a través de su representante legal, toda novedad que se produzca en forma comprensible cada vez que la niña, el niño o el adolescente lo requiera;
- g) Brindar a las niñas, niños y adolescentes atención personalizada y en pequeños grupos;
- h) Ofrecer instalaciones debidamente habilitadas y controladas por la autoridad de aplicación respecto de las condiciones edilicias, salubridad, higiene, seguridad y confort;
- i) Rendir cuentas en forma anual ante la autoridad de aplicación, de los gastos realizados clasificados según su naturaleza; de las actividades desarrolladas descriptas en detalle; de las

actividades programadas para el siguiente ejercicio descriptas en detalle, su presupuesto, los gastos administrativos y los recursos con que será cubierto.

Se dará cuenta también de las actividades programadas para el ejercicio vencido que no hubieran sido cumplidas, y las causas que motivaron este incumplimiento.

INCUMPLIMIENTO.

ARTÍCULO 67. - En caso de incumplimiento de las obligaciones a que se hallan sujetas las organizaciones no gubernamentales de niñez y adolescencia mencionadas por esta ley, la autoridad local de aplicación promoverá ante los organismos competentes, la implementación de las medidas que correspondan.

REGISTRO DE LAS ORGANIZACIONES.

ARTÍCULO 68. - Créase en el ámbito de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, el Registro Nacional de Organizaciones de la Sociedad Civil con personería Jurídica que desarrollen programas o servicios de asistencia, promoción, tratamiento, protección y defensa de los derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.

Las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires podrán implementar un Sistema de Registro de las organizaciones no gubernamentales con personería jurídica con el objeto de controlar y velar en cada jurisdicción por el fiel cumplimiento de los principios que establece esta ley, con comunicación a la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia con miras a la creación del Registro Nacional de estas Organizaciones.

TÍTULO V

FINANCIAMIENTO (artículos 69 al 72)

ARTÍCULO 69. - La Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia y el Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia deberán en forma conjunta y coordinada garantizar la distribución justa y equitativa de las partidas presupuestarias y de todos los recursos nacionales o internacionales destinados a la efectivización de los objetivos de esta ley.

TRANSFERENCIAS.

ARTÍCULO 70. - El Gobierno nacional acordará con los gobiernos provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la transferencia necesaria de los servicios de atención directa y sus recursos, a las respectivas jurisdicciones en las que actualmente estén prestando servicios y se estén ejecutando.

Esta ley será aplicable a las situaciones jurídicas pendientes o en curso de ejecución.

TRANSITORIEDAD.

ARTÍCULO 71. - En un plazo máximo de CIENTO OCHENTA (180) días corridos prorrogables por igual plazo y por única vez, el Poder Ejecutivo nacional arbitrará las medidas necesarias incluidas las afectaciones presupuestarias y edilicias, que garanticen la contención y protección de las niñas, niños y adolescentes, comprendidos dentro del marco de la Ley Nº 10.903 que se deroga.

Referencias Normativas: LEY 10.903

FONDOS.

ARTÍCULO 72. - El Presupuesto General de la Nación preverá las partidas necesarias para el funcionamiento del Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia, la Secretaría Nacional de Niñez Adolescencia y Familia, el Defensor de los Derechos de las niñas, niños y adolescentes y todas las que correspondan para el cumplimiento de la presente ley, atendiendo lo previsto en el artículo 70.

La previsión presupuestaria en ningún caso podrá ser inferior a la mayor previsión o ejecución de ejercicios anteriores. Dispóngase la intangibilidad de los fondos destinados a la infancia, adolescencia y familia establecidos en el presupuesto nacional.

Para el ejercicio presupuestario del corriente año, el Jefe de Gabinete reasignará las partidas correspondientes.

TÍTULO VI

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS (artículos 73 al 78)

ARTÍCULO 73. - Sustitúyese el artículo 310 del Código Civil, por el siguiente:

“Artículo 310.- Si uno de los progenitores fuera privado o suspendido en el ejercicio de la patria potestad, continuará ejerciéndola el otro. En su defecto, y no dándose el caso de tutela legal por pariente consanguíneo idóneo, en orden de grado excluyente, el juez proveerá a la tutela de las personas menores de edad.”

Modifica a: Ley 340 Art.310

ARTÍCULO 74. - Modifíquese el artículo 234 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el que quedará redactado de la siguiente forma:

“Artículo 234: Podrá decretarse la guarda:

Inciso 1) De incapaces mayores de DIECIOCHO (18) años de edad abandonados o sin representantes legales o cuando éstos estuvieren impedidos de ejercer sus funciones;

Inciso 2) De los incapaces mayores de DIECIOCHO (18) años de edad que están en pleito con sus representantes legales, en el que se controvierta su curatela”.

Modifica a: Ley 17.454 Art.234

ARTÍCULO 75. - Modifíquese el artículo 236 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el que quedará redactado de la siguiente forma:

“Artículo 236: En los casos previstos en el artículo 234, la petición podrá ser deducida por cualquier persona, y formulada verbalmente ante el asesor de menores e incapaces, en cuyo caso se labrará acta con las menciones pertinentes, la que será remitida al juzgado que corresponda.”

Modifica a: Ley 17.454 Art.236

ARTÍCULO 76. - Derógase la Ley N° 10.903, los decretos nacionales: N° 1606/90 y sus modificatorias, N° 1631/96 y N° 295/01.

Deroga a: LEY 10.903, DECRETO NACIONAL 295/2001, DECRETO NACIONAL 1.606/1990, DECRETO NACIONAL 1.631/1996

ARTÍCULO 77. - Esta ley deberá ser reglamentada en un plazo máximo de NOVENTA (90) días, contados a partir de la sanción de la presente.

ARTÍCULO 78. - Comuníquese al Poder Ejecutivo.

FIRMANTES

CAMAÑO-SCIOLI-Rollano-Estrada

Ley 25.457

Determinación del objeto, conformación, facultades y obligaciones de la comisión nacional por el derecho a la identidad

BUENOS AIRES, 8 DE AGOSTO DE 2001

BOLETÍN OFICIAL, 7 DE SETIEMBRE DE 2001

- LEY VIGENTE -

El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina reunidos en Congreso, etc., sancionan con fuerza de Ley:

OBSERVACIONES GENERALES

CANTIDAD DE ARTÍCULOS QUE COMPONEN LA NORMA 6

SUMARIO

DERECHO A LA IDENTIDAD-DERECOS DEL NIÑO-DERECOS HUMANOS-DESAPARECIDOS-HIJOS DE DESAPARECIDOS-COMISION NACIONAL POR EL DERECHO A LA IDENTIDAD

ARTÍCULO 1-La Comisión Nacional por el Derecho a la Identidad que funciona en el ámbito del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos tendrá por objeto:

- a) Coadyuvar en el cumplimiento del compromiso asumido por el Estado nacional al ratificar la Convención sobre los Derechos del Niño Ley 23.849, con rango constitucional desde 1994, en lo atinente al derecho a la identidad;
- b) Impulsar la búsqueda de hijos e hijas de desaparecidos y de personas nacidas durante el cautiverio de sus madres, en procura de determinar su paradero e identidad;
- c) Intervenir en toda situación en que se vea lesionado el derecho a la identidad de un menor.

Referencias Normativas: Ley 23.849

ARTÍCULO 2 - La comisión estará conformada de la siguiente manera:

- a) Dos (2) representantes del Ministerio Público, uno (1) por la Procuración General de la Nación y uno (1) por la Defensoría General de la Nación;
- b) Dos (2) representantes de la Asociación Abuelas de Plaza de Mayo;
- c) Dos (2) representantes del Poder Ejecutivo, nacional, a propuesta de la Subsecretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. La labor de todos sus miembros tendrá carácter ad honorem.

ARTÍCULO 3 - La comisión estará presidida por el titular de la Subsecretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, quedando exclusivamente a su cargo la representación legal de la misma.

ARTÍCULO 4 - La comisión tendrá las siguientes facultades específicas:

- a) Requerir asistencia, asesoramiento y colaboración del Banco Nacional de Datos Genéticos;
- b) Ordenar la realización de pericias genéticas al Banco Nacional de Datos Genéticos;
- c) Requerir al Banco Nacional de Datos Genéticos informes periódicos sobre sus archivos.

ARTÍCULO 5 - La comisión tendrá las siguientes obligaciones:

a) Mantener reserva de la identidad de quien así lo solicite, siempre que no exista impedimento legal;

b) Informar al solicitante en forma fehaciente de cada trámite realizado y su resultado;

c) organizar un archivo de legajos de personas que buscan su identidad, el que se conservará de modo inviolable e inalterable.

ARTÍCULO 6 - Comuníquese al Poder Ejecutivo.

FIRMANTES

PASCUAL-LOSADA-Aramburu-Oyarzún.

Ley 2957

Ley plan marco de políticas de derechos y diversidad sexual

CIUDAD DE BUENOS AIRES, 4 DE DICIEMBRE DE 2008

BOLETÍN DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES, 13 DE ENERO DE 2009

- LEY VIGENTE -

LA LEGISLATURA DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES SANCIONA CON FUERZA DE LEY:

SUMARIO

DERECHOS HUMANOS-ORGANISMOS DE DERECHOS HUMANOS-DISCRIMINACIÓN-DISCRIMINACIÓN POR RAZONES DE SEXO O INCLINACIÓN SEXUAL-DERECHO A LA IDENTIDAD SEXUAL

OBSERVACIONES GENERALES

CANTIDAD DE ARTÍCULOS QUE COMPONEN LA NORMA 0010

OBSERVACION DE HECHO EL 13/01/2009

Artículo 1º.- Créase el "Plan Marco de Políticas de Derechos y Diversidad Sexual", en el ámbito de la Subsecretaría de Derechos Humanos del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, o del organismo que en el futuro asuma sus competencias, con la finalidad de promover la construcción de una ciudadanía plena, sin discriminación con pretexto de la orientación sexual o la identidad de género de las personas.

Artículo 2º.- Serán objetivos del plan que se crea por la presente Ley, los siguientes:

a. Elaborar, articular y ejecutar políticas públicas tendientes a remover obstáculos que limiten el ejercicio de derechos a las personas con pretexto de su orientación sexual e identidad de género, promoviendo la defensa y el goce de sus derechos para su desarrollo integral en la sociedad.

b. Elaborar, articular y ejecutar, con criterios de interdisciplinariedad y participación activa de la comunidad, políticas públicas tendientes a erradicar la discriminación por orientación sexual e identidad de género.

c. Articular transversalmente las políticas públicas dentro del gobierno

de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en los aspectos vinculados con la diversidad sexual, tanto cuando dichas políticas se destinan, en particular, a las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans (LGBT), como cuando lo hacen a la sociedad en general.

d. Promover la difusión de información precisa y clara que permita desmontar mitos y prejuicios en relación a la orientación sexual e identidad de género.

Artículo 3º.- Para el cumplimiento de los objetivos establecidos en la presente ley, se deberán desarrollar las siguientes acciones:

a. Campañas de difusión, comunicación y formación antidiscriminatorias destinadas a la población en general y en particular para todos/as los/as trabajadores/as de la administración pública de la Ciudad de Buenos Aires, en especial en los ámbitos de educación, salud y de atención al público.

b. Servicios de atención, información, orientación y asistencia al conjunto de la población sobre Diversidad Sexual.

c. Coordinación y cooperación con organismos gubernamentales nacionales, provinciales, municipales, fomentando la participación activa de las personas LGBT, para el efectivo cumplimiento de los objetivos del presente Plan y de toda norma referida a garantizar el ejercicio de sus derechos.

d. Contribución al fortalecimiento de las organizaciones no gubernamentales que trabajan la temática y promover la articulación entre la sociedad civil y el Estado local, coordinando eventos y conmemoraciones, como así también una agenda vinculada a la materia.

e. Propuesta e impulso de iniciativas y reformas institucionales y legislativas, destinadas a garantizar el ejercicio de derechos a las personas LGBT y remover obstáculos que les dificulten el pleno ejercicio de sus derechos.

f. Realización de estudios, relevamientos e investigaciones para la producción de conocimiento sobre la materia de su competencia para el diseño de políticas públicas.

Artículo 4º.- La autoridad de aplicación de la presente Ley establecerá los contenidos, metodologías, estrategias y pautas temporales de implementación del plan.

Artículo 5º.- La autoridad de aplicación del plan deberá conformar, en el plazo de treinta (30) días de la promulgación de la presente, un Consejo Consultivo Asesor Honorario, constituido por:

a. Cuatro (4) diputados/as de la Comisión de Derechos Humanos, Garantías y Antidiscriminación de la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

b. Representantes de Universidades Nacionales, que a través de sus departamentos, carreras o institutos cuenten con investigaciones en la materia de competencia de la presente Ley.

c. Representantes de organizaciones no gubernamentales (ONGs) reconocidos por su defensa de los derechos de personas LGBT, con actividad en la Ciudad de Buenos Aires, cuyo objeto social se refiera a la materia del plan y tengan, como mínimo, un año de antigüedad legalmente reconocida.

Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, establecerá la nómina de los cuatro (4) diputados/as que integrarán el Consejo Consultivo Asesor Honorario, dentro de un plazo no mayor a quince (15) días hábiles, desde la promulgación de la presente Ley.

Artículo 6º.- El Consejo establecido en el artículo anterior, fijará el Estatuto interno de funcionamiento en el término de las tres (3) primeras reuniones. El mismo deberá garantizar la publicidad fehaciente de los

encuentros y garantizar su carácter público y abierto.

Artículo 7º.- Son funciones del Consejo Consultivo Asesor Honorario, las siguientes:

a. Proponer a la autoridad de aplicación estrategias para la implementación del plan.

b. Asesorar a la autoridad de aplicación en los contenidos específicos de derechos y diversidad sexual que deben guiar y respetar las políticas públicas, y en particular las campañas y materiales de difusión y promoción de derechos.

c. Elaborar y proponer a la autoridad de aplicación políticas públicas en el marco de los objetivos del plan.

d. Aconsejar a la autoridad de aplicación, mediante la elaboración de un informe semestral, sobre el desarrollo del plan en cuanto al cumplimiento de los objetivos, acciones, proyectos y su implementación. Dicho informe no es vinculante.

Artículo 8º.- El presente plan tendrá como criterio de implementación el impulso, a través de las Comunas, de mecanismos descentralizados para la ejecución de proyectos y acciones que garanticen los derechos a las personas LGBT.

Artículo 9º.- Los gastos que demande la presente serán imputados a la partida presupuestaria correspondiente.

Artículo 10.- Comuníquese, etc.

FIRMANTES

DIEGO SANTILLI

CARLOS PEREZ

Ley B 3.055

B - Establece el derecho innato de las personas a una orientación sexual

Texto consolidado por el Digesto Jurídico de la Pcia. de Río Negro, Ley 4270 Art. 1 Anexo B (B.O. No 4584, 10-01-2008)

VIEDMA, 29 DE NOVIEMBRE DE 2007

BOLETIN OFICIAL, 10 DE ENERO DE 2008

- LEY VIGENTE -

SUMARIO

DERECHO A LA IDENTIDAD SEXUAL-IGUALDAD DE OPORTUNIDADES-DISCRIMINACION DE LA MUJER-DERECHOS DE LA MUJER

OBSERVACIONES GENERALES

CANTIDAD DE ARTÍCULOS QUE COMPONEN LA NORMA: 02

ARTÍCULO 1.-

Reconócese a la orientación sexual como derecho innato de las personas implícito en la Constitución Provincial, cada vez que la misma garantiza la igualdad de derechos de la mujer y el varón.

ARTÍCULO 2.-

Toda vez que las leyes, decretos, ordenanzas o cualquier otra norma de carácter general, mencionen expresamente que no podrá discriminarse por naturaleza alguna, deberá entenderse que queda comprendida la orientación sexual en dicha enunciación.

FIRMANTES

DE REGE – MEDINA

Decreto nacional 715/2004

Creación de la unidad especial de investigación en el ámbito de la comisión nacional por el derecho a la identidad (conadi).

BUENOS AIRES, 9 DE JUNIO DE 2004

BOLETÍN OFICIAL, 10 DE JUNIO DE 2004

- VIGENTE DE ALCANCE GENERAL -

GENERALIDADES

Síntesis:

SE CREA EN EL AMBITO DE LA COMISION NACIONAL POR EL DERECHO A LA IDENTIDAD LA UNIDAD ESPECIAL DE INVESTIGACION DE LA DESAPARICION DE NIÑOS COMO CONSECUENCIA DEL ACCIONAR DEL TERRORISMO DE ESTADO, QUE SERA PRESIDIDA POR EL SECRETARIO DE DERECHOS HUMANOS.

SUMARIO

UNIDAD ESPECIAL DE INVESTIGACION-DERECHO A LA IDENTIDAD-DERECHOS DEL NIÑO-DERECHOS HUMANOS-DESAPARECIDOS-HIJOS DE DESAPARECIDOS-TERRORISMO DE ESTADO-COMISION NACIONAL POR EL DERECHO A LA IDENTIDAD

VISTO

que una de las actividades criminales desplegada por la dictadura que ejerció el terrorismo de Estado entre 1976 y 1983 consistió en la apropiación de hijos de sus víctimas y su entrega a terceros, produciendo de esta manera la supresión de la identidad de tales niños y;

CONSIDERANDO

Que tales conductas criminales han ocasionado daños irreparables a la sociedad en su conjunto y en particular, a quienes han visto suprimida o alterada su verdadera identidad.

Que, a pesar de los esfuerzos realizados hasta la fecha por distintos organismos públicos y no gubernamentales, las investigaciones judiciales tendientes a individualizar a sus autores, cómplices e instigadores y a restituir su verdadera identidad a las víctimas, sólo han arrojado resultados positivos parciales respecto de algunos partícipes de los hechos criminosos.

Que el Gobierno Nacional ha asumido el compromiso irrenunciable de promover las complejas investigaciones subsistentes, hasta sus últimas consecuencias.

Que en ese marco y por la Ley N° 25.457 se jerarquizó la COMISION NACIONAL POR EL DERECHO A LA IDENTIDAD (CONADI) que funciona en el ámbito de la SECRETARIA DE DERECHOS HUMANOS del MINISTERIO DE JUSTICIA, SEGURIDAD Y DERECHOS HUMANOS.

Que a fin de garantizar el máximo apoyo operativo a la tarea realizada por la CONADI y los jueces y fiscales intervinientes en las distintas causas, se estima necesario conformar una Unidad Especial de Investigación, que asistirá de modo directo a aquéllos en la pesquisa y coordinará la acción de las distintas fuerzas de seguridad y organismos dependientes del Estado Nacional, en la satisfacción de los requerimientos que se formulen, tendientes a la restitución de su identidad a las víctimas, al total esclarecimiento de los hechos criminales y a la individualización y juzgamiento de los responsables.

Que la presente medida se dicta en uso de las facultades conferidas por el artículo 99, inciso 1° de la CONSTITUCIÓN NACIONAL.

Por ello

EL PRESIDENTE DE LA NACION ARGENTINA DECRETA:

Artículo 1º - Créase en el ámbito de la Comisión Nacional por el Derecho a la Identidad (CONADI) la UNIDAD ESPECIAL DE INVESTIGACION de la desaparición de niños como consecuencia del accionar del terrorismo de Estado, la que estará presidida por el Secretario de Derechos Humanos del MINISTERIO DE JUSTICIA, SEGURIDAD Y DERECHOS HUMANOS, en su calidad de Presidente de la Comisión Nacional por el Derecho a la Identidad (CONADI).

Art. 2º - La UNIDAD ESPECIAL DE INVESTIGACION que se crea por el presente asistirá de modo directo los requerimientos de la Comisión Nacional por el Derecho a la Identidad (CONADI) regulada por Ley Nº 25.457, como asimismo las peticiones judiciales o provenientes de fiscales, que se formulen en las causas instruidas en ocasión de los hechos citados en el artículo precedente, como así también en las investigaciones conexas desprendidas de los expedientes principales, o que de cualquier manera se vinculen con ellos. Podrá también efectuar investigaciones por iniciativa propia, debiendo comunicar sus resultados a las autoridades judiciales y del Ministerio Público Fiscal.

Referencias Normativas: LEY 25.457

Art. 3º - Todos los organismos dependientes del PODER EJECUTIVO NACIONAL darán carácter de urgente y preferente despacho a los requerimientos que efectúe la UNIDAD ESPECIAL DE INVESTIGACIÓN, a los efectos del esclarecimiento de los hechos criminales que han motivado el presente decreto.

Art. 4º - Para el cumplimiento de los fines y objetivos de este decreto la UNIDAD ESPECIAL DE INVESTIGACIÓN podrá:

a) Acceder en forma directa a todos los archivos de los organismos dependientes del PODER EJECUTIVO NACIONAL incluidos los de la PRESIDENCIA DE LA NACIÓN, de la JEFATURA DE GABINETE DE MINISTROS, sus organismos dependientes, Fuerzas Armadas y de seguridad y los organismos registrales.

b) Requerir directamente a dichos organismos informaciones, testimonios y documentos sobre la materia de este decreto obrantes en sus archivos, los que deberán cumplimentarse en el término que se fije en el requerimiento.

Art. 5º - Los organismos antes mencionados, sin perjuicio de cumplimentar los requerimientos a que se refiere el inc. b) del artículo precedente, deberán enviar a la UNIDAD ESPECIAL DE INVESTIGACION de oficio y en forma global, las informaciones, testimonios y documentos relacionados con la materia de este decreto.

Art. 6º - La UNIDAD ESPECIAL DE INVESTIGACION contará con UN (1) Director Ejecutivo, de carácter extraescalafonario, propuesto por el Secretario de Derechos Humanos del MINISTERIO DE JUSTICIA, SEGURIDAD Y DERECHOS HUMANOS y DOS (2) Directores designados por la CONADI, debiendo uno de ellos ser representante de las Abuelas de Plaza de Mayo, quienes se desempeñarán con carácter de ad-honorem, tal como prescribe el Artículo 2º de la Ley 25.457.

Los mismos tomarán conjuntamente decisiones relacionadas con la investigación de los hechos mencionados en el Artículo 1º, en el ámbito de la Administración Pública Nacional. La SECRETARÍA DE DERECHOS HUMANOS, proporcionará SEIS (6) especialistas en la temática, los que brindarán soporte técnico y administrativo a la Unidad.

Referencias Normativas: LEY 25457 Art.2

Art. 7º - Designase Director Ejecutivo de la UNIDAD ESPECIAL DE INVESTIGACION de la desaparición de niños como consecuencia del accionar del terrorismo de Estado al Dr. Ramón Horacio TORRES MOLINA (D.N.I. Nº 5.176.035).

El mismo tendrá rango y jerarquía de Director Nacional, Función Ejecutiva I, Nivel A -Grado 8 del SISTEMA NACIONAL DE LA PROFESION ADMINISTRATIVA, aprobado por Decreto Nº 993/ 91 (t.o. 1995).

Referencias Normativas: DECRETO NACIONAL 993/1991. T.O. RES 299/1995 (S.F.P.)

Art. 8º - Asígnase al Presidente de la UNIDAD ESPECIAL DE INVESTIGACION, para el cumplimiento del presente mandato, las siguientes competencias y facultades:

a) Ejercer la supervisión directa y dirección de la UNIDAD ESPECIAL DE INVESTIGACION creada por el artículo 1º.

b) Representar al PODER EJECUTIVO NACIONAL ante las instituciones y organizaciones no gubernamentales nacionales y extranjeras que posean interés en el seguimiento de la investigación.

c) Asistir a los requerimientos efectuados por las autoridades judiciales y del MINISTERIO PÚBLICO FISCAL, en las causas judiciales vinculadas con la comisión de los hechos descritos en el artículo 1º.

d) Coordinar con la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN y con el CONSEJO DE LA MAGISTRATURA la atención de los requerimientos de recursos técnicos, humanos o materiales que formulen las autoridades judiciales o del MINISTERIO PÚBLICO FISCAL para el trámite de las mencionadas causas judiciales.

e) Solicitar por la vía que corresponda colaboración, documentación o informes a instituciones o reparticiones provinciales, como así también a órganos de seguridad e inteligencia extranjeros.

f) Disponer todas las medidas necesarias para la protección de los testigos que declaren en el marco de las investigaciones que desarrolle la UNIDAD ESPECIAL DE INVESTIGACIÓN creada por el presente y de los testigos e imputados en las causas judiciales vinculadas con los hechos descritos en el artículo 1º.- del presente, cuando esta protección sea solicitada por los magistrados intervinientes.

Las facultades enunciadas en el presente artículo podrán, en casos específicos, ser delegadas en el Director Ejecutivo.

Art. 9º - El gasto que demande el cumplimiento del presente se imputará a las partidas correspondientes del MINISTERIO DE JUSTICIA, SEGURIDAD Y DERECHOS HUMANOS.

Art. 10. - Comuníquese, publíquese, dése a la Dirección Nacional del Registro Oficial y archívese.

FIRMANTES

KIRCHNER-Fernández-Beliz.