

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE CORDOBA**  
**FACULTAD DE DERECHO**  
Córdoba - Argentina



# REVISTA DE LA FACULTAD

**Vol. XV • Nº 1 • NUEVA SERIE II (2024)**

ISSN 1850-9371



\* Edición Digital

Incorporada a

\*LATINDEX (Índice Latinoamericano de Publicaciones Científicas Seriadadas) (Nivel I)

\*NÚCLEO BÁSICO DE REVISTAS CIENTÍFICAS ARGENTINAS- CAICYT (Nivel I)

\*LatinREV (FLACSO Argentina)

\*Red Federal de Revistas Jurídicas Universitarias

\*SciELO (Scientific Electronic Library Online)

ISSN 1850-9371 (Impresa) ISSN 2314-3061 (En línea)

**DIRECTORA**  
*Zlata Drnas de Clément*

**SECRETARIA**  
*Carla Saad*

**COMITÉ DE REDACCIÓN**  
**CONSEJO ASESOR**

*Marcela Aspell* (CONICET - Argentina)  
*Manlio Bellomo* (Universidad de Catania - Italia)  
*José Antonio Escudero López* (UNED - España)  
*Gonzalo Fernández* (Universidad Nacional de Córdoba - Argentina)  
*Carlos Garriga* (Universidad del País Vasco - España)  
*Ricardo Haro* (Universidad Blas Pascal - Argentina)  
*Waldemar Hummer* (Universidad de Innsbruck - Austria)  
*Alicia Morales Lamberti* (Universidad Nacional de Córdoba - Argentina)  
*Juan Carlos Palmero* (Academia Nacional de Derecho y Cs. Ss. de Córdoba - Argentina)  
*María Teresa Ponte Iglesias* (Universidad de Santiago de Compostela - España)  
*Antonio Remiro Brotóns* (Universidad Autónoma de Madrid - España)  
*Horacio Roitman* (Universidad Empresarial Siglo 21 - Argentina)  
*Claudio Zanghi* (Universidad de Roma "La Sapienza" - Italia)  
*Jorge Horacio Zimny* (Universidad Nacional de Córdoba - Argentina)

**CONSEJO DE REDACCIÓN**

*José C. Bocchiardo*  
*Esteban Federico Llamosas*  
*Myriam Consuelo Parmigiani de Barbará*  
*Ernesto J. Rey Caro*  
*Efraín Hugo Richard*  
*María Alejandra Sticca*  
*Amalia Uriondo de Martinoli*  
*Rafael Vaggione*

*Dirección, redacción y correspondencia*  
Caseros 301, piso 1, 5000 Córdoba-RA  
Tel. 0054 351 4332059  
*revistafacultad@derecho.unc.edu.ar*  
*facultadrevista@yahoo.com.ar*



**AUTORIDADES**  
**UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA**

**RECTOR**

*Jhon BORETTO*

**VICERRECTOR**

*Mariela MARCHISIO*

**FACULTAD DE DERECHO**

**DECANO**

*Guillermo BARRERA BUTELER*

**VICEDECANO**

*Edgardo GARCÍA CHIPLÉ*

**SECRETARIA ACADÉMICA**

*Giselle JAVUREK*

**SECRETARIO DE CIENCIA Y TÉCNICA**

*Carlos ECHEGARAY DE MAUSSION*

**SECRETARIO LEGAL Y TÉCNICO**

*Lorenzo Daniel BARONE*

**SECRETARIO ADMINISTRATIVO**

*Ricardo Daniel EREZIAN*

**SECRETARIO DE ASUNTOS ESTUDIANTILES**

*Diego Agustín AGUDO SOLÍS*

**SECRETARIO DE POSTGRADO**

*Edgardo GARCÍA CHIPLÉ*

**SECRETARIO DE EXTENSIÓN Y RR II**

*Jorge E. BARBARÁ*

**SECRETARIO DE GRADUADOS**

*Maximiliano RAIJMAN*

**CENTRO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS Y SOCIALES**

**DIRECTORA**

*María Alejandra STICCA*

**VICEDIRECTORA**

*María Cristina DI PIETRO*

**COORDINADORA ACADÉMICA**

*María Isabel URQUIZA*

**COORDINADOR DE EXTENSIÓN**

*Christian G. SOMMER*

**ÁREA DE POLÍTICA DE GÉNERO**

**DIRECTORA**

*Mariana SÁNCHEZ*

## HONORABLE CONSEJO DIRECTIVO

### PROFESORES TITULARES

#### TITULARES

AVILA PAZ, Rosa Angélica  
FREYTES, Alejandro  
JUNYENT BAS, Francisco

#### SUPLENTES

VARIZAT, Andrés  
MONTERO, Jorge  
GHIRARDI, Juan Carlos

### PROFESORES ADJUNTOS

#### TITULARES

ALLIONE, Osvaldo  
GONZÁLEZ ZAMAR, Leonardo C.  
VILLA, Juan Esteban

#### SUPLENTES

SANCHEZ, Mariana  
JUAREZ, María Laura  
JUAREZ FERRER, Martín José

### DOCENTES AUXILIARES

#### TITULARES

ECHENIQUE, Laura  
COCCO, María Fernanda  
AGÜERO PIÑERO Juan Pablo

#### SUPLENTES

JAIME, Marcelo Nicolás  
GORDILLO SARAVIA, Francisco  
SOSA, Lucrecia Irene

### EGRESADOS

#### TITULARES

MORRA, Santiago  
BERROTARAN, Alejandro  
RAMIREZ, Faustina

#### SUPLENTES

SARFIELD, Eduardo  
TRONCOSO, Lucía

### NO DOCENTES

#### TITULAR

DIAZ CAAMAÑO, Mirta Gabriela

#### SUPLENTE

PERANOVICH, Damián

### ESTUDIANTES

#### TITULARES

AUN MANCINI, Matías  
PEREYRA, Lucas Gabriel  
DELL'ACQUA CASTRO, Martina  
KEEGAN, Constance  
TAPIA, Rodrigo Maximiliano  
ROJAS LOZA, Lucas Alejandro

#### SUPLENTES

POZO, Rosario  
OYOLA RIOS, Florencia Micaela  
GENNA, Giuliana  
RINDERTSMA, Felipe  
SIGNORELLI, Nicolás  
MANAVELLA DEL GIUDICE, Tomás

# ÍNDICE

*Reglamento de la Revista - Normas editoriales* ..... IX

---

## DOCTRINA E INVESTIGACIÓN

---

<b>NIÑOS NACIDOS EN EL EXTRANJERO MEDIANTE UN ACUERDO DE GESTACIÓN SUBROGADA. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS</b> <i>CHILDREN BORN ABROAD THROUGH A SURROGACY AGREEMENT. JUDGMENTS OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS</i> <i>Amalia Uriondo de Martinoli</i> .....	1
<b>NECESARIA INTERPRETACIÓN CON PERSPECTIVA DE GÉNERO DE LA NORMATIVA EUROPEA EN MATERIA DE DIVORCIO INTERNACIONAL</b> <i>GENDER-SENSITIVE INTERPRETATION OF EUROPEAN LAW ON INTERNATIONAL DIVORCE IS NEEDED</i> <i>Juliana Rodríguez Rodrigo</i> .....	35
<b>LA ACCION EXTERIOR DE GALICIA TRAS CUARENTA AÑOS DE ESTATUTO DE AUTONOMÍA</b> <i>THE FOREIGN ACTION OF GALICIA AFTER FORTY YEARS OF AUTONOMY STATUTE</i> <i>María Teresa Ponte Iglesias</i> .....	51
<b>LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y LA DIPLOMACIA PÚBLICA</b> <i>ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND PUBLIC DIPLOMACY</i> <i>Manuel Morales Lama</i> .....	77
<b>RESPONSABILIDAD POR DAÑOS DERIVADOS DEL LLAMADO “ERROR JUDICIAL”</b> <i>LIABILITY FOR DAMAGES ARISING FROM THE SO-CALLED “MISCARRIAGE OF JUSTICE”</i> <i>Leonardo Marcellino</i> .....	89
<b>LA RESPONSABILIDAD DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS POR HECHOS INTERNACIONALMENTE ILÍCITOS DE SUS OPERACIONES DE MANTENIMIENTO DE LA PAZ</b> <i>THE ACCOUNTABILITY OF THE UNITED NATIONS FOR INTERNATIONALLY WRONGFUL ACTS ARISING FROM ITS PEACEKEEPING OPERATIONS</i> <i>Lucía Hipatía Parodi</i> .....	109

---

## JURISPRUDENCIA

---

### EL DERECHO DE LA NIÑEZ A SU VINCULO FAMILIAR EN CONTEXTOS DE VULNERABILIDAD DE SUS PROGENITORES

CHILDREN'S RIGHT TO FAMILY RELATIONSHIPS IN CONTEXTS OF PARENTAL VULNERABILITY

*Christian Guillermo Sommer* .....133

### PACTO DE DERECHO APLICABLE.

#### CÓMO DEBE APLICARSE EL DERECHO ELEGIDO POR LAS PARTES

APPLICABLE LAW COVENANT.

HOW THE LAW CHOSEN BY THE PARTIES MUST BE APPLIED

*Juan Pablo Quaranta Costerg*.....217

---

## CRÓNICAS E INFORMACIONES

---

Formación académica.....	269
Formación en posgrado.....	274
Actividades en investigación.....	280
Ciencia y Técnica.....	280
Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales.....	283
Actividades de extensión y relaciones internacionales.....	287
Actividades para graduados.....	292

---

## RECENSIONES

---

ALCAIDE FERNÁNDEZ, Joaquín (Director). <i>Revista Española de Derecho Internacional</i> , Vol. 75-2 (2023), julio-diciembre, Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, Tirant lo Blanch, Valencia, 544 páginas. <i>Zlata Drnas de Clément</i> .....	303
ASPELL, Marcela (Directora). <i>Los Protagonistas. Los sillones académicos y las primeras generaciones de Académicos de Número</i> , Tomos II-A y II-B, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Advocatus, Córdoba, diciembre de 2023, 1.115 páginas. SR.....	306
JOHNSTONE, Ian - SUKUMAR, Arun - TRACHTMAN, Joel (Eds.). <i>Building an International Cybersecurity Regime, Multistakeholder Diplomacy</i> , Elgar International Law and Technology series, UK-USA, 2023, 282 páginas en inglés (Acceso libre en <a href="https://www.elgaronline.com/edcollbook-oa/book/9781035301546/9781035301546.xml">https://www.elgaronline.com/edcollbook-oa/book/9781035301546/9781035301546.xml</a> ). SR.....	308
MARTINEZ, Eliana Irene. <i>Derecho a la paz y derecho al desarrollo: una perspectiva integrada desde los derechos humanos</i> , Editorial Teseo, Buenos Aires, 2023, 162 páginas. <i>José Antonio Musso</i> .....	311
MARTÍNEZ JUSTO, Manuel - HERNÁNDEZ LÓPEZ, Roberto Carlos (Coordinadores). <i>Anuario Mejicano de Relaciones Internacionales. Nueva Época</i> , 2022-2, Universidad Nacional Autónoma de Méjico, 459 páginas. <i>Zlata Drnas de Clément</i> .....	314



# REGLAMENTO DE LA REVISTA

## NORMAS EDITORIALES

### 1. Naturaleza y objetivos de la Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales

La Revista es continuación de la publicación del mismo nombre que se editara entre 1993 y 2000, la que, a su vez, prosiguiera la labor de los antiguos Anales y el Boletín de la Facultad. Es una publicación impresa, científica, arbitrada, con una periodicidad de dos números por año, cuyo propósito es difundir en el ámbito jurídico profesional, académico y educativo, los estudios llevados a cabo en la Escuela de Abogacía de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales sin privilegiar perspectivas, ni poseer orientación particular. Su objetivo es presentar la producción científica de sus miembros y colaboradores a la comunidad académica jurídica, estimular la difusión de la labor científico-académica de sus docentes, la aproximación interdisciplinaria y la provisión de materiales para los aprendizajes de los estudiantes. Los Profesores de la casa son invitados naturales a presentar contribuciones a la Revista, si bien recibe colaboraciones de autores ajenos a la entidad editora. Sólo admite trabajos inéditos no propuestos simultáneamente a otras publicaciones periódicas. La Revista cuenta con un Consejo Asesor y un Consejo de Redacción. La Revista no se hace responsable por los contenidos de los artículos publicados, ni por las opiniones emitidas por los autores. La presentación de los trabajos implica la aceptación expresa del autor de las normas editoriales del presente reglamento.

En líneas generales, las fechas de cierre para la recepción de trabajos en el primer y segundo semestres son 15 de marzo y 15 de septiembre de cada año, respectivamente.

### 2. Contenido de la Revista

Cada número contará con las siguientes secciones: a) Doctrina; b) Jurisprudencia (notas a fallo); c) Crónicas; d) Recensiones; f) Cualquier otro ítem que a consideración del cuerpo directivo se estime conveniente incorporar.

### 3. Lineamientos para los trabajos

El trabajo deberá seguir los siguientes lineamientos:

#### 3.1. *Extensión*

Los artículos de doctrina al igual que las notas a fallo no deberán sobrepasar la cantidad de 25 páginas.

### 3.2. Forma del escrito

El escrito deberá enviarse en hojas blancas (sin encabezado ni pie de página) confeccionado en Word para Windows, margen normal, página tamaño A4, en letra Times New Roman, tamaño 12, a simple espacio, con notas a pie de página. Se enviará por correo electrónico a [revistafacultad@derecho.unc.edu.ar](mailto:revistafacultad@derecho.unc.edu.ar) y [facultadrevista@yahoo.com.ar](mailto:facultadrevista@yahoo.com.ar) en dos copias, una de las cuales deberá carecer de toda referencia, incluso de notas que permitan identificar el autor (se ruega cerciorarse de la recepción del envío).

La *Portada* deberá contener: a) Título en español e inglés; b) Nombre del autor o autores, acompañándose al pie con asterisco las referencias al o a los mismos en no más de cinco renglones, relativas a la máxima titulación, función académica, pertenencia institucional, correo electrónico y toda otra referencia que considere útil siempre que respete la extensión señalada; c) Resumen en español e inglés (máximo de 15 renglones); d) Palabras-clave en español e inglés (máximo cinco expresiones); f) Sumario.

### 3.3. Abreviaturas y otros signos

Todas las abreviaturas que se empleen deberán estar expresadas en forma completa la primera vez que se las utilice. Los símbolos estadísticos o algebraicos utilizados se colocarán en itálica, salvo que se empleen letras griegas. Las siglas, al igual que los años no llevarán punto. Por ejemplo: ANSESS, AFIP, CSJN, TSJ, 2000, 2010. Los títulos no llevarán punto.

Las expresiones “artículo”, “decreto”, “resolución”, “inciso”, “disposición”, “instrucción” y “ley” irán en minúscula y desarrolladas.

Si se usan comillas dentro de un texto mayor que ya está entrecomillado, las comillas encerradas deberán ser simples.

Las llamadas de las notas de pie de página irán con número, en superíndice, sin paréntesis.

El punto será el último signo de la frase (después de las comillas, después del número de la llamada de nota de pie de página). Ejemplo: “111. *Los crímenes de lesa humanidad producen la violación de una serie de derechos inderogables reconocidos en la Convención Americana, que no pueden quedar impunes (...)*”.

Para destacar palabras o textos se usará itálica (no negrita, no subrayado). Los números de las normas no llevarán punto. En cambio, sí lo llevarán los números de los expedientes y las cifras monetarias.

Los meses deberán escribirse con minúscula. Las designaciones generales irán en minúscula (ej.: “juez”, “tribunal”, “presidente”), mientras que las designaciones específicas llevan mayúscula inicial (ej.: Tribunal Federal N° 1).

El inciso deberá llevar un paréntesis de cierre luego de su numeración o denominación. Por ej.: inciso 1), inciso a).

Las locuciones latinas no castellanizadas y los extranjerismos deberán figurar en itálica.

### 3.4. Tablas y figuras

Todas las abreviaturas empleadas en tablas y figuras estarán explicadas al pie de la tabla. Todas las tablas y figuras serán mencionadas en el texto y estarán numeradas en el orden en que sean mencionadas. Cada tabla y figura llevará una indicación de la fuente de los datos.

### 3.5. Citas de pie de página

#### 3.5.1. Citas bibliográficas en trabajos jurídicos

Cuando se efectúen citas bibliográficas en notas de pie de página, las mismas irán antes del signo de puntuación y deberán indicar:

-el apellido con mayúscula seguido de coma y el nombre con minúscula salvo la letra inicial seguido de punto, o el apellido e inicial/es del/de los nombre/s del autor con mayúsculas y punto;

-el título del trabajo en bastardilla sin comillas, si se trata de título de libro;

-el título del trabajo entre comillas y en letra de imprenta si éste corresponde a una publicación periódica u obra conjunta. Cuando se trate de publicación periódica, se indicará en bastardilla el nombre de la publicación, completándose con letra de imprenta y en el orden indicado los datos de volumen, número, año de edición, página/ páginas de referencia. Cuando se trate de obra conjunta, se indicará con letras mayúsculas el apellido e inicial del nombre o de los nombres del responsable o responsables de la obra y en bastardilla el título de la obra conjunta. El resto de datos será del mismo tenor que el de una publicación periódica.

Ejemplos: RUBINSTEIN, Santiago. *El dolor como daño autónomo resarcible*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2004, p. 22. y pp. 24-28, o RUBINSTEIN, S. *El dolor como daño autónomo resarcible*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2004, p. 22 y pp. 24-28; LAURENZO COPELLO, P. "La discriminación por razón de sexo en la legislación penal", *Jueces para la Democracia*, N° 34, Madrid, 1999, p. 8; DOUGLAS DURÁN, C. "Ejecución de las sanciones penales juveniles privativas de libertad", en GONZÁLEZ OVIEDO, M. - TIFFER SOTOMAYOR, C. (Coords.) *De la arbitrariedad a la justicia. Adolescentes y responsabilidad penal en Costa Rica*, UNICEF, San José, 2000, pp. 45-47.

### 3.5.2. Citas de jurisprudencia

En las citas se consignará: Tribunal, "Autos" (siempre entre comillas), Sala, fecha, publicación, página. Ej.: TSJ Cba, Sala Laboral, "Vivas, Raúl c/Perkins Argentina S.A.", abril 25-983, La Ley Córdoba, 984-516.

### 3.5.3. Citas electrónicas

Las citas electrónicas indicarán la página web y la fecha de consulta.

## 4. Material a presentar con el trabajo

Los trabajos presentados deberán estar acompañados por:

-Nota dirigida a la Dirección de la Revista, solicitando la publicación del trabajo; declaración jurada en la que el autor haga presente que ha respetado las normas vigentes en materia de propiedad intelectual y se hace responsable de cualquier violación a las mismas.

-Breve "curriculum vitae" (diez renglones como máximo).

## 5. Corrección de pruebas

La Revista habitualmente da a los autores la corrección de las pruebas de sus artículos. Las correcciones han de ser devueltas dentro de un plazo de cinco días hábiles a partir de su recepción.

## 6. Arbitraje

La evaluación se realizará por expertos externos, especializados en las temáticas abordadas en cada trabajo. El arbitraje adopta un sistema de doble ciego. Se enviará el trabajo de forma anónima a un evaluador especialista en el área, quien remitirá a la dirección de la Revista su ponderación. La eva-

luación será retransmitida al autor, permaneciendo los árbitros anónimos para el autor. Los evaluadores tendrán por misión ponderar la pertinencia del tema para la Revista, su originalidad, el aporte realizado, claridad de expresión, metodología, conclusiones, resultados y bibliografía. Su juicio podrá indicar: -que el trabajo está en condiciones de ser aceptado como está; -que está en condiciones de ser aceptado previa realización de las modificaciones indicadas; -que el trabajo debe ser rechazado.

### ***7. Entrega de la publicación al autor y difusión de la Revista***

Cada autor de trabajo publicado recibirá o tendrá puesto a disposición dos ejemplares de la Revista impresa si la misma se ha publicado en esa modalidad y no solo en formato digital.

La Revista se publica en forma digital e impresa. La Facultad envía ejemplares a las principales bibliotecas jurídicas argentinas y extranjeras. Se puede acceder a ella de forma gratuita (sólo lectura) a través de sitio Web de la Facultad ([www.derecho.unc.edu.ar](http://www.derecho.unc.edu.ar) en la solapa "Publicaciones").

### ***8. Derechos de Autor***

La publicación del artículo implica la donación de los derechos de autor a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, conservando el autor su derecho a utilizar el artículo en publicaciones de su autoría o páginas web referidas a su trayectoria. Para el caso de otro tipo de publicaciones, antes de su utilización, deberá obtener autorización de las autoridades.

### ***9. Publicación del artículo***

La publicación del artículo dependerá de la evaluación referida bajo el punto 6. Arbitraje. Aceptado el artículo, ingresará en el orden de publicación conforme al espacio disponible en cada número de la Revista.

### ***10. Cuestiones no previstas***

Las cuestiones no previstas en el reglamento serán resueltas por la Dirección de la Revista juntamente con el Consejo de Redacción.

## NIÑOS NACIDOS EN EL EXTRANJERO MEDIANTE UN ACUERDO DE GESTACIÓN SUBROGADA. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS\*

*CHILDREN BORN ABROAD THROUGH A SURROGACY AGREEMENT. JUDGMENTS OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS*

*Amalia Uriondo Martinoli\*\**

**Resumen:** El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado varias veces sobre la eficacia interna de un contrato de gestación por sustitución internacional. Las sentencias traslucen el dilema jurídico, político, ético, moral y social que plantean los casos cuando se procura alcanzar el equilibrio justo entre el interés público y los intereses de los individuos directamente afectados por la decisión.

**Palabras-clave:** Acuerdo de gestación subrogada - Tribunal Europeo de Derechos Humanos - Derecho a la vida privada y familiar - Interés superior del niño.

**Abstract:** The European Court of Human Rights has already ruled several times on the internal effects of an international surrogacy contract. The sentences reveal the legal, political, ethical, moral and social dilemma that the cases pose when trying to achieve the right balance between the public interest and the interests of the individuals directly affected by the decision.

**Keywords:** Gestational surrogacy agreement - European Court of Human Rights - Right to private and family life - Best interests of the child.

**Sumario:** I. Descripción del problema. II. La gestación subrogada internacional ante el TEDH. 1. *Caso Paradiso y Campanelli vs. Italia*. 2. *Caso Valdís Fjölnisdóttir y otros vs. Islandia*. 3. *Caso AM vs. Noruega*. III. Consideraciones finales.

---

\* Trabajo recibido en 15 de marzo de 2024 y aprobado para su publicación el 10 de abril del mismo año.

\*\* Profesora Emérita de la Universidad Nacional de Córdoba; Directora de la Carrera de Especialización en Derecho de Familia; Profesora Responsable en Maestrías y Carreras de Especialización en la Facultad de Derecho de la UNC y Facultad de Derecho de la UBA; autora de libros, capítulos y artículos sobre derecho internacional privado y cuestiones de derechos humanos; miembro de diversas instituciones científicas. ORCID 0000-0002-5033-6712. E-mail: martinoliamalia1@gmail.com

## I. Descripción del problema

Los acuerdos de maternidad subrogada transfronterizos, constituyen una modalidad cada vez más frecuente de reproducción asistida médicamente y de formación de familias en muchas regiones del mundo con distintas culturas jurídicas. La maternidad subrogada genera cuestiones de índole política, ética, moral y social muy complicadas dada la diversidad de enfoques jurídicos de los países. El panorama legislativo en la materia es muy variado: oscila entre estar legalizada y regulada (*v gr.* Rusia, Ucrania, algunos Estados de México y de EE UU.); los que prohíben esa práctica o no le reconocen efectos jurídicos (*v gr.* España, Francia, Islandia, Italia); los que la permiten de forma muy restringida (*v gr.* Brasil, Uruguay); los que omiten legislar al respecto pero tampoco la prohíben (*v gr.* Argentina, Colombia)<sup>1</sup>.

También varía de un Estado a otro el procedimiento para establecer o reconocer una relación legal paterno-filial entre los niños nacidos mediante esta técnica reproductiva y los padres de intención, siendo también posible que existan varios procedimientos diferentes dentro del mismo territorio. Al respecto, el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (TEDH)<sup>2</sup> explica en su dictamen de 10 de abril de 2019 que las vías disponibles incluyen, por ejemplo, el registro del certificado de nacimiento extranjero en los Estados que permiten los acuerdos de gestación subrogada; la adopción por parte de los progenitores que no tienen parentesco genético con el niño; los procedimientos judiciales que establecen o reconocen una relación legal entre padres e hijos que no impliquen la adopción<sup>3</sup>. El dictamen se formuló en el marco de un procedimiento interno de mayor rango destinado a revisar el recurso sobre cuestiones de derecho interpuesto por los demandantes en

---

(1) La falta de regulación crea un vacío legal que a menudo se cubre con sentencias judiciales.

(2) Bajo determinadas circunstancias, el Tribunal conocido también como Tribunal de Estrasburgo, está destinado a enjuiciar las posibles violaciones de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Roma, 4 de noviembre de 1950) y en sus Protocolos adicionales -completan y modifican su contenido- por parte de los Estados parte de dicho Convenio. Cabe mencionar, por ejemplo, los Protocolos número N° 11 relativo a la reestructuración de los mecanismos de control establecidos en el Convenio, de 11 de mayo de 1994; el número 14, por el que se modifica el mecanismo de control establecido por el Convenio y que entró en vigor el 1 de junio de 2010; el número 15 de 1 de agosto de 2021; el número 16, que es optativo, permite a los Altos Tribunales, según lo especificado por los Estados miembros, solicitar al TEDH que emita opiniones consultivas sobre cuestiones de principio relativas a la interpretación o a la aplicación de los derechos y libertades definidos en el CEDH o en sus Protocolos, a la hora de resolver el asunto de que conoce. Este procedimiento tiene el objetivo de fortalecer la interacción entre el TEDH y las autoridades nacionales cfr. página oficial del TEDH, consulta: 20 de noviembre de 2022.

(3) Dictamen de la Gran Sala del TEDH "(e)n relación con el reconocimiento en el Derecho interno de una relación jurídica paterno-filial entre un niño nacido mediante gestación subrogada en el extranjero y la madre comitente", solicitada por el Tribunal de Casación francés (Demanda n° P16-2018-001), apartado 24.

el caso *Menesson vs. France* (nº 65192/11)<sup>4</sup>. Conforme al Protocolo número 16<sup>5</sup>, el TEDH podrá proporcionar una orientación en los asuntos que estén en trámite ante la jurisdicción nacional y dispondrá de la facultad discrecional de aceptar o no tal solicitud. El tratamiento que el TEDH ha dado a los problemas derivados de la maternidad subrogada internacional puede agruparse en tres grandes bloques: la determinación y la impugnación de la filiación legal; la restricción de circulación de las personas nacidas como consecuencia de la práctica y el alejamiento del progenitor o progenitores de intención<sup>6</sup>.

## II. La gestación subrogada internacional ante el TEDH

Las causas planteadas ante el TEDH, aparecen por la negativa de las autoridades nacionales a reconocer la filiación resultante de los acuerdos de gestación subrogada celebrados en el extranjero. El desplazamiento de los padres comitentes<sup>7</sup> fuera de las fronteras, puede derivarse de la prohibición de esta técnica en el país de su residencia mientras otros cuentan con centros especializados en la materia, o bien la elección recae en el lugar que ofrece las condiciones económicas más favorables. El problema adquiere visibilidad cuando ellos retornan a su residencia e intentan consolidar los efectos de aquel contrato. Para determinar si el artículo 8 del CEDH<sup>8</sup> exige que el derecho interno prevea la posibilidad de reconocer esa relación paterno-filial, el TEDH puso el acento en dos factores: el interés superior del niño<sup>9</sup> -que debe ser evaluado principalmente *in concreto* y no *in abstracto*- y el

---

(4) Desde el punto de vista del artículo 8 del CEDH, el Tribunal concluyó que no hubo violación del derecho a la vida familiar ni del derecho de los futuros padres a la vida privada. El único derecho violado es el derecho de los niños al respeto de su vida privada. El Sr. y la Sra. Menesson estaban casados cuando se firmó el acuerdo de gestación subrogada y cuando se dictó la decisión judicial estadounidense que los reconoció como padres de dos gemelas nacidas en California. Los demandantes precisaron que, de conformidad con la legislación californiana, la madre sustituta no había recibido remuneración alguna, sino que se había limitado a cobrar los gastos, TEDH caso A.M. c. Noruega de 24 de marzo de 2022, apart. 78.

(5) El Protocolo se encuentra vigente desde el 1 de agosto de 2018.

(6) FARNÓS AMORÓS, E. "El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la relevancia del vínculo genético: una revisión de la jurisprudencia sobre gestación por sustitución transfronteriza", *Revista Bioética y Derecho- Perspectivas bioéticas*, 2022, 56, pp. 29- 54, p. 35.

(7) En el Dictamen citado nota 3, la Gran Sala del TEDH explica que "(l)a expresión 'padre/madre comitente' se entiende referida a aquellas personas que, como respuesta a su deseo de ser padres, comisionan la gestación de su futuro hijo a una gestante subrogada", p. 3.

(8) El art. 8 del CEDH establece: "1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás".

(9) Como lo impone el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) de 20 de noviembre de 1989.

alcance del margen de discrecionalidad de que disponen los Estados contratantes<sup>10</sup>. Las sentencias seleccionadas reflejan ese meticuloso equilibrio que se busca entre los intereses en juego, incluidos los intereses generales protegidos por la prohibición de la gestación por sustitución en el derecho del país de destino del niño. Se trata de las demandas de los padres comitentes contra Italia, Islandia y Noruega por la falta de reconocimiento de los hijos nacidos a través de esta práctica y que fueron concebidos utilizando los gametos del padre comitente, o los de una persona sin ninguna relación biológica con el menor y los óvulos de una tercera parte donante.

### 1. Caso *Paradiso y Campanelli vs. Italia*

La Gran Sala del TEDH emitió la decisión el 24 de enero de 2017 (demanda n° 25358/12)<sup>11</sup>, para resolver sobre la alegada violación del derecho al respeto de la vida privada y familiar prevista en el artículo 8 del CEDH. El dilema jurídico, ético y moral que genera el tema, se trasluce en los pronunciamientos de sus miembros. La sentencia fue aprobada por once votos contra seis, cuenta con dos votos que, sin perjuicio de compartir la conclusión de la mayoría, aportan sus propios puntos de vista y contiene una opinión conjunta disidente.

**a) Exposición de los hechos:** El caso trata de la puesta en acogida en los servicios sociales de un menor de nueve meses, nacido el 27 de febrero de 2011 en Moscú. Una pareja italiana celebró un contrato de gestación por sustitución con la empresa “Rosjurconsulting”. El niño había sido concebido mediante gametos donados, gestado por una mujer rusa a cambio de una notoria remuneración, quien había renunciado a sus derechos sobre él después de su nacimiento. En abril de 2011, los padres comitentes llevaron al menor a Italia con los documentos emitidos por el Consulado italiano en Moscú (certificado de nacimiento del niño como hijo suyo, previo consentimiento por escrito de la madre gestante). Al arribar a su país, el Registro Civil del municipio de donde procedían, Campobasso, denegó el registro de la partida de nacimiento por falsificación de datos, conforme la información del Consulado. Posteriormente, una prueba de ADN reveló que el demandante no tenía ninguna relación biológica con el menor<sup>12</sup>, hecho

---

(10) Dictamen citado nota 3, apartado 37.

(11) Sentencia disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-170359%22%5D%7D>

(12) En febrero de 2021, la ONG internacional ISS (International Social Service) ha publicado los denominados Principios de Verona para la protección de los derechos de los niños nacidos por gestación por sustitución. “El principio 6, titulado ‘Interés superior del menor’, considera en su apartado 3 que ‘por lo general’ es en interés de los menores nacidos de estos acuerdos mantener al menos un vínculo genético con uno de los progenitores de intención”, cfr. FARNÓS AMORÓS, E. en “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la relevancia del vínculo genético: una revisión de la jurisprudencia sobre gestación por sustitución transfronteriza”, *Revista Bioética y Derecho*, art. cit. p. 32.



desconocido por el matrimonio. No se trataba de un caso de maternidad subrogada tradicional, ya que el niño no tenía vínculos genéticos con ellos.

**b) Decisiones de los tribunales de Campobasso:** Al tener en cuenta la ilegalidad de la conducta de los demandantes y la urgencia de tomar medidas respecto del niño, el Juzgado de Menores decidió ponerlo bajo tutela de los servicios sociales durante unos quince meses, en un lugar desconocido para los padres de intención y sin que pudieran mantener ningún contacto con él. Con un enfoque diferente basado en el interés del niño, el 28 de febrero de 2012 el Tribunal de apelación confirmó la sentencia y sostuvo que el niño se encontraba en “estado de abandono” en el sentido del artículo 8 de la Ley de Adopción<sup>13</sup>, por cuanto los solicitantes no eran sus padres biológicos.

Durante el transcurso del año 2013, el niño fue asignado a una familia de acogida; pasó a ser considerado como hijo de padres desconocidos; se ratificó la negativa de la transcripción del certificado de nacimiento ruso por ser contraria al orden público; y se dio comienzo al trámite de adopción. Por estas causas, los cónyuges Paradiso y Campanelli recurrieron al TEDH y demandaron al Estado italiano por una supuesta violación del derecho al respeto de su vida privada y familiar previsto en el artículo 8º de la CEDH.

**c) Sentencia de la Sección 2º del TEDH:** El 27 de enero de 2015, la Sección 2º del TEDH condenó a Italia por considerar desproporcionada las actuaciones de las autoridades nacionales, que no dudaron en poner al menor bajo la guarda de los servicios sociales con vista a una adopción, dada la ausencia de vínculo genético con los cónyuges. Una Sala de la Sección resolvió a favor de la solicitud de los demandantes. Para resolver de este modo, estimó que la convivencia de seis meses con el hijo en Italia, precedidos por un período de dos meses que la Sra. Paradiso había pasado con el niño en Rusia, eran suficientes para entender que se había constituido una familia de *facto*. La Sala sostuvo que la separación de un niño del entorno familiar es una medida extrema a la que se debe recurrir sólo como último recurso, cumpliendo así el objetivo de proteger la integridad física o moral del menor. Por consiguiente, concluyó que las autoridades italianas habían violado el artículo 8 del CEDH, porque “no habían logrado el justo equilibrio que debería mantenerse entre el interés general y los intereses privados en juego” (apartado 101). La sentencia fue objeto de recurso ante el la Gran Sala por el Gobierno italiano, en los términos del art. 43 del CEDH que fija el plazo de tres meses a partir de la fecha de la decisión de una Sala.

---

(13) Ley de 4 de mayo de 1983, núm.184 (Ley de Adopción), título sustituido por el artículo 1 de la Ley núm. 149 de 2001, El derecho del niño a una familia. El artículo 8 describe las situaciones de abandono en que puede encontrarse el niño para declarar su adoptabilidad.

**d) La Gran Sala:** sintetiza en su argumentación las cuestiones jurídicas centrales del conflicto: i) si dados los hechos de la causa, resultaría aplicable el artículo 8 del CEDH; ii) en caso afirmativo, si las medidas urgentes ordenadas por el Tribunal de Menores, que dieron lugar al traslado del niño, constituyen una injerencia en el derecho de los demandantes al respeto de su vida familiar y/o su vida privada en el sentido del artículo 8.1 del mismo Convenio y; iii) en caso afirmativo, si las medidas impugnadas se adoptaron de conformidad con el segundo párrafo del artículo 8 del CEDH.

El artículo 8 -explica el TEDH- no garantiza ni el derecho a fundar una familia ni el derecho a adoptar. El derecho al respeto de la “vida familiar” no salvaguarda el mero deseo de fundar una familia; presupone la existencia de una familia. El 24 de enero de 2017, el Tribunal sostiene que en ausencia de cualquier vínculo biológico entre el niño y los padres de intención, “la corta duración de la relación con el niño y la incertidumbre de los vínculos desde una perspectiva jurídica, y a pesar de la existencia del proyecto parental y la calidad de los vínculos afectivos”, no se cumplen las condiciones que le permitan concluir que existía una vida familiar de *facto*.

Respecto a la noción de “vida privada”, la Gran Sala aclara que es un concepto amplio que no se presta a una definición exhaustiva. Abarca la integridad física y psicológica de una persona y, hasta cierto punto, el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos. Advierte que lo que está en juego en la causa es el derecho al respeto de la decisión genuina de los demandantes de convertirse en padres, “inicialmente mediante intentos de concebir mediante fertilización *in vitro*, luego solicitando y obteniendo aprobación formal para adoptar y, por último, recurriendo a donación de óvulos y el uso de una madre subrogada”. Sobre las cuestiones que involucran una relación entre adultos y un niño donde no existen vínculos biológicos o legales, evalúa que las medidas adoptadas por las autoridades con respecto al niño -traslado, colocación en un hogar sin contacto con los demandantes, colocación bajo tutela- equivalieron a una injerencia en la vida privada de los demandantes (apartados 134- 167).

**e) Margen de apreciación:** El TEDH investiga si la injerencia al derecho a la vida privada de los demandantes obedece a una necesidad de la sociedad democrática. A tal efecto, considera atendible una serie de factores para determinar la amplitud del margen de apreciación del Estado al decidir cualquier tema del artículo 8 de la CEDH. Observa que los hechos descriptos tocan cuestiones éticamente sensibles -adopción, acogida de un niño, reproducción médicamente asistida y maternidad subrogada- en las que los Estados miembros disfrutaban de un amplio margen de apreciación.

Por ende, corresponde precisar si los tribunales nacionales lograron un equilibrio justo entre el interés público y los intereses de las personas directamente afectadas por la decisión. En esa línea, se argumenta que “al prohibir los acuerdos comerciales de gestación subrogada, Italia considera que persigue el interés público

de proteger a las mujeres y a los niños potencialmente afectados por prácticas que considera muy problemáticas desde el punto de vista ético”. Habida cuenta que la preocupación principal de las autoridades internas era poner fin a una situación ilegal, “el Tribunal acepta que las leyes que fueron infringidas por los demandantes y las medidas que se tomaron en respuesta a su conducta sirvieron para proteger intereses públicos muy importantes”.

En cuanto a los intereses privados en juego, la Gran Sala distingue los del niño de los intereses de los solicitantes. La evaluación específica del menor se basa en los siguientes aspectos: la falta del vínculo biológico entre él y los demandantes; la corta residencia con ellos; la necesidad de identificar lo antes posible una pareja adecuada para cuidar de él; y que la separación de las personas que lo cuidaban desde hacía algún tiempo, no le causarían un daño grave o irreparable.

Para concluir, la Gran Sala expresa que “Aceptar que el niño permaneciera con los demandantes, posiblemente con vistas a convertirse en sus padres adoptivos, habría equivalido a legalizar la situación creada por ellos, infringiendo importantes normas del derecho italiano”. Dejó así establecido que el fin de la relación de los solicitantes con el menor, es el resultado de la inseguridad jurídica que ellos mismos han generado al adoptar una conducta contraria a la ley italiana y a las leyes internacionales pertinentes, y por haberse instalado con él en su país.

Reconoce, también, “que los tribunales italianos, habiendo evaluado que el niño no sufriría un daño grave o irreparable por la separación, lograron un equilibrio justo entre los diferentes intereses en juego, manteniéndose dentro del amplio margen de apreciación de que disponen en el presente caso”. La Gran Sala declara, por once votos contra seis, que no ha habido violación del artículo 8 del Convenio porque no se cumplen las condiciones que le permitieran concluir que existía una vida familiar de *facto*<sup>14</sup> (apartados 179- 216).

Llama la atención de la doctrina que el TEDH “se esforzara en tratar de proteger los vínculos creados entre los padres intencionales y el niño a través del derecho a la vida privada de los demandantes...” y “excluir los hechos del caso del paraguas de la vida familiar...”. “Una conclusión difícilmente justificable”<sup>15</sup>.

(14) Entre los comentarios de la sentencia se puede citar: FARNÓNS AMORÓS, E. “Paradiso y Campanelli c. Italia (II): los casos difíciles crean mal derecho (I)”, *Revista de Bioética y Derecho*, [online]. 2017, n.40 pp.231-242. Disponible en: [http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1886-58872017000200017&lng=es&nrm=iso](http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-58872017000200017&lng=es&nrm=iso); KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. - HERRERA, M. - DE LA TORRE, N. “La gestación por sustitución en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A propósito del caso, ‘Paradiso y Campanelli c. Italia’”, *La Ley* 2017-B, 27; RUIZ MARTÍN, A.M. “El caso Campanelli y Paradiso ante el tribunal europeo de derechos humanos: el concepto de familia de facto y su aportación al debate de la gestación por sustitución”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, ed. Área de Derecho Internacional Privado de la Universidad Carlos III de Madrid (Octubre 2019), Vol. 11, Nº 2, pp. 778-791.

(15) DÍAZ CREGO, M. “Paradiso Campanelli c. Italia: ¿Un pronunciamiento europeo contra la gestación por sustitución?”, *Revista Española de Derecho Europeo* 64, octubre diciembre 2017, pp. 185-200, p. 196.

**d) Voto concurrente del Juez Raimondi:** En opinión separada, el Juez destaca el adecuado encuadre de la situación dentro de la protección de la vida privada de los demandantes, más que a la luz de su vida familiar. Coincide con el razonamiento de la Gran Sala que excluye cualquier reconocimiento de una vida familiar, ante la falta de algún vínculo biológico entre los solicitantes y el niño, el corto período durante el cual residió con ellos, la incertidumbre de los lazos desde una perspectiva jurídica, por lo que resolvió que, pese a existir un proyecto parental y la calidad de las relaciones afectivas, no se cumplen las condiciones que le permitan deducir que había una vida familiar *de facto*.

**e) Voto concurrente conjunto de los jueces de Gaetano, Pinto de Albuquerque, Wojtyczek y Dedov:** Si bien comparten con la Gran Sala el enfoque del caso desde el ángulo del derecho de los demandantes al respeto de su vida privada, difieren en su razonamiento porque deja sin aclarar qué implica exactamente la vida privada, cuál es el alcance de la protección del derecho y qué constituye una injerencia en el sentido del artículo 8. Según la sentencia, la existencia o inexistencia de vida familiar es esencialmente una cuestión de hecho, depende de la presencia de vínculos personales estrechos y constantes. En cambio, los jueces sostienen que “la fórmula propuesta es a la vez demasiado vaga y demasiado amplia”, pues abarca cualquier vínculo interpersonal sin explicar la naturaleza que estos deben tener para formar la vida familiar. “Los vínculos emocionales *per se* no pueden crear vida familiar” (apartado 2).

Asimismo, expresan que la interpretación de las disposiciones de la CEDH debe hacerse dentro del sistema internacional de derechos humanos. Que resulta conveniente leer conjuntamente los artículos 8 y 12 del CEDH y en el contexto de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 (art. 16) y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966 (art. 23) que reconocen el derecho del hombre y de la mujer a casarse y a fundar una familia. Deducen de la redacción y estructura de estas normas que la noción de familia, como elemento natural y fundamental de la sociedad, se funda principalmente en el matrimonio entre un hombre y una mujer.

La otra discrepancia destaca que la mayoría de la Gran Sala omite desentrañar el alcance de la protección del derecho consagrado en el artículo 8 del CEDH. A su juicio, el vínculo *de facto* entre los demandantes y el niño se estableció en violación del derecho italiano y del derecho de adopción internacional. Por lo cual, los posibles efectos perjudiciales causados al niño por la inevitable separación de las personas que lo cuidaban desde hacía algún tiempo, resulta también imputable a los peticionantes.

Para definir qué constituye una injerencia en el sentido del artículo 8, los jueces socavan los alegatos de la mayoría. De allí la insistencia que lo importante es determinar si la interferencia específica denunciada entra dentro del ámbito del derecho de los solicitantes a la protección de su vida privada. Aducen que lo que está en juego es la manera ilegal en que los solicitantes intentaron convertirse en padres.

Pese a compartir el desasosiego de los demandantes ante el traslado y entrega del niño a los servicios sociales con vistas a su adopción, entienden que esas medidas no equivalen necesariamente a una injerencia en su vida privada. Por el contrario, con acierto opinan que en el accionar estatal subyace el interés público para disuadir a sus nacionales de recurrir en el extranjero a prácticas que están prohibidas en su propio territorio y, por esa vía, “proteger a los niños contra prácticas ilícitas, algunas de las cuales pueden constituir trata de personas”.

Sin vacilar los jueces concluyen que el niño ha sido efectivamente víctima de trata de personas al ser encargado y adquirido por el matrimonio Paradiso-Campanelli. El caso queda comprendido en el Convenio de La Haya de 1993 sobre la protección de los niños y la cooperación en materia de adopción internacional, que impide el pago o la compensación por los consentimientos otorgados para una adopción internacional (art. 4.3); en la CDN de 1989 (art. 35) y en su Protocolo Facultativo sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía de 2000, que proscriben la venta o trata de niños.

Sobre esta red internacional y cita de documentos del Comité de los Derechos del Niño<sup>16</sup>, el voto culmina enfatizando que “la gestación subrogada, remunerada o no, es incompatible con la dignidad humana. Constituye un trato degradante, no sólo para el niño sino también para la madre sustituta”.

**f) Opinión disidente conjunta de los jueces Lazarova Trajkovska, Bianku, Laffranque, Lemmens y Grozev:** Las cuestiones centrales se relacionan no sólo con que existe una interferencia en el derecho de los solicitantes al respeto de su vida familiar, sino también que de las circunstancias del caso se desprende una violación de ese derecho.

El desacuerdo se manifiesta en estos aspectos: i) Concurren con la mayoría en que los vínculos personales genuinos, los vínculos biológicos o un vínculo jurídico reconocido, pueden ser un indicio muy importante de la existencia de vida familiar. La contradicción emerge cuando se valora negativamente la duración de la convivencia entre los comitentes y el niño (8 meses entre Rusia e Italia) como dato apto para establecer una vida familiar *de facto*, sin que su alegato otorgue pleno peso al tradicional principio de que la existencia o no existencia de “vida familiar” es esencialmente una cuestión de hecho; ii) La otra objeción trata de precisar si la injerencia en el derecho al respeto de la vida familiar de los demandantes estaba justificada acorde al artículo 8 del CEDH. La inquietud se funda en la distinta mirada con que las autoridades de Campobasso examinaron la causa para decidir que el niño estaba en estado de abandono y, de ese modo, entregarlo en adopción. Por un lado, se observa que el Juzgado de Menores basó su resolución en la actitud ilícita de los

---

(16) Las Observaciones Generales son documentos de extensión variable que de forma periódica elabora el Comité de los Derechos del Niño sobre cualquier cuestión relacionada con los niños, cfr. página de la ONU.

demandantes al haber infringido la Ley de Adopción<sup>17</sup> y la Ley de reproducción médicamente asistida<sup>18</sup>. Por el otro, el Tribunal de Apelación invoca el interés del niño al encontrarlo en estado de abandono, “por carecer de apoyo moral y material de sus padres o familiares encargados de su cuidado...”<sup>19</sup>. El tribunal no reconoció que los demandantes fueran los padres.

Cualesquiera que sean las razones aducidas para justificar la separación del niño de los padres de intención, los magistrados rechazan la posibilidad que los tribunales italianos hayan alcanzado un equilibrio justo entre los diversos intereses en juego. En cuanto a los intereses públicos, explican que se ha concedido demasiado peso a la necesidad de poner fin a una situación ilegal y a la exigencia de disuadir a los ciudadanos italianos de recurrir en el extranjero a prácticas prohibidas en su país.

Respecto al interés del niño, el grupo disidente puntualiza que las instancias anteriores omitieron preguntar si habría sido de su interés permanecer con las personas que habían asumido el papel de sus padres; que la colocación del niño al cuidado de los servicios sociales se basó en motivos puramente legales; y que los hechos sólo son atendidos para evaluar si los efectos de la expulsión, una vez decidida, no serían demasiado duras para el niño.

Acerca de los intereses de los demandantes, los jueces admiten que no se ha prestado suficientemente atención a su deseo de continuar desarrollando la relación con un niño cuyos padres deseaban ser. A tal efecto, exponen que las valoraciones positivas de la Sra. Paradiso y el Sr. Campanelli sobre su idoneidad para adoptar, la autorización obtenida para hacerlo junto al informe favorable de un equipo de trabajadores sociales, “no fueron contradichas por una evaluación seria del interés superior del niño, sino que más bien fueron barridas a la luz de consideraciones más abstractas y generales”.

La zigzagueante trayectoria del caso Campanelli vs. Italia se advierte con claridad en la diversidad de fundamentos que esgrimen las distintas instancias judiciales internas para sustentar su decisión y en las sentencias discrepantes de la Sección 2° del TEDH (27 de enero de 2015) y de la Gran Sala (24 de enero de 2017). Mientras la primera sostenía que la convivencia con el menor durante ocho meses había permitido la creación de una familia de *facto* amparada por el artículo 8 del CEDH; la segunda, negaba la existencia de una vida familiar que quedara abrazada por la citada disposición.

---

(17) Los solicitantes habían eludido intencionalmente la Ley n° 184 de 4 de mayo de 1983 que regula la adopción internacional de niños, cuyas disposiciones establecían que los futuros padres adoptivos que hayan obtenido un decreto de idoneidad debían dirigirse a un organismo autorizado (artículo 31) y que preveía la participación de la Comisión para la Adopción Internacional (artículo 38).

(18) Ley n° 40 de 19 de febrero de 2004.

(19) Art. 8 de la Ley de Adopción sobre la declaración de adoptabilidad.

## 2. Caso *Valdís Fjölfnisdóttir y otros contra Islandia*

En la sentencia de 18 de mayo de 2021 (Demanda núm. 71552/17)<sup>20</sup>, el TEDH procura alcanzar nuevamente el justo equilibrio entre los intereses de las personas enlazadas en el proyecto de una vida familiar y los intereses generales protegidos por la prohibición de la gestación subrogada. La sentencia cuenta con el voto concurrente del Juez Lemmens y con los comentarios presentados por *Ordo Iuris*<sup>21</sup> y el Centro AIRE (Asesoramiento para los Derechos Individuales en Europa), que fueron autorizados a intervenir por el Presidente de la Sección.

**a) Exposición de los hechos:** Dos mujeres islandesas -Sra. Fjölfnisdóttir y la Sra. Agnarsdóttir- casadas entre sí, contactaron una Agencia con sede en California, EE.UU., a los fines de llevar adelante un contrato de gestación subrogada, mediante el cual serían madres legales del niño, ya que en Islandia dicha práctica está prohibida. El niño, concebido vía fertilización *in vitro* mediante donantes anónimos y sin estar biológicamente relacionado con ninguna de las mujeres, nació en febrero de 2013. Tras el nacimiento, las solicitantes se registraron en California como sus madres legales, sin mencionar a la mujer que lo dio a luz, quien había renunciado a cualquier reclamación de maternidad legal. De esta manera, obtuvieron el certificado de nacimiento, junto con un pasaporte estadounidense del niño para regresar con ellas a Islandia<sup>22</sup>. En su país, intentaron inscribirlo en el Registro Nacional como hijo de ambas, utilizando el formulario para ciudadanos islandeses nacidos en el extranjero que automáticamente tenían derecho a la ciudadanía del país, adjuntándose también el certificado de nacimiento estadounidense.

El 18 de junio de 2013, la solicitud fue denegada por las autoridades registrales. Por cuanto al nacer el niño en EE.UU. de una madre subrogada, no tenía derecho a adquirir la nacionalidad de Islandia en virtud de la Ley n° 100/1952 sobre la ciudadanía islandesa, ni tampoco le eran aplicables las disposiciones de la Ley de la Infancia núm. 76/2003, titulada “Padres de niños”. La decisión también indicó que el Registro nacional estimaba que el menor era un ciudadano extranjero cuyo registro y residencia se regían por la Ley núm. 96/2002 sobre Extranjería (que era aplicable en el momento de los hechos).

---

(20) Sentencia disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/spa#%22itemid%22:%22001-209992%22> (consulta 20/05/2022).

(21) *Ordo Iuris* es una organización religiosa ultraconservadora con sede en Polonia.

(22) El examen de la sentencia puede verse en: CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. “Gestación por sustitución en California: el caso islandés (STEDH 18 mayo 2021, Valdís Fjölfnisdóttir). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos siempre en favor del interés del menor”, disponible en: <http://accursio.com/blog/?p=1440> (consulta 10/03/2023); SERDÁN, F. “Nueva decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre maternidad subrogada”, disponible en: <https://fundesi.com.ar/nueva-decision-del-tribunal-europeo-de-derechos-humanos-sobre-maternidad-subrogada> (consulta 10/03/2023); FARNÓS AMORÓS, E. “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la relevancia del vínculo genético: una revisión de la jurisprudencia sobre gestación por sustitución transfronteriza”, *Revista de Bioética y Derecho-Perspectivas bioéticas*, 2022, 56: pp. 29-54.

Las demandantes recurrieron ante el Ministerio del Interior. Como menor extranjero no acompañado, el Comité de protección de menores del municipio de las solicitantes asumió su custodia, le asignó una tutora legal de conformidad con la Ley de protección de la infancia núm. 80/2002 (sección 32), aunque autorizó el régimen de acogimiento legal del niño a favor de las comitentes para preservar el vínculo familiar entre ellos.

El 27 de marzo de 2014, el Ministerio del Interior confirmó la denegatoria de inscripción en el registro nacional. Esgrimió como fundamentos que el niño no tenía automáticamente derecho a la ciudadanía islandesa por haber nacido en los Estados Unidos; la mujer sustituta, que según la Ley de la Infancia núm. 76/2003<sup>23</sup> era considerada su madre, era ciudadana estadounidense; y no se había presentado ningún dato que indicara que el padre biológico fuera ciudadano islandés.

Las demandantes solicitaron la revisión judicial de esa decisión. Exigieron su anulación y una sentencia declarativa que obligara al Registro de Islandia a inscribir a las comitentes como madres del niño, de acuerdo con el certificado de nacimiento presentado. Mediante sentencia de 2 de marzo de 2016, el Tribunal de Distrito de Reykjavik desestimó dichas pretensiones con arreglo a los principios fundamentales del Derecho de familia islandés que establecen que madre es quien da a luz, independientemente de si el niño fue concebido con sus gametos o no, por lo que la gestante estadounidense será considerada la madre legal del bebé a todos los efectos. Mientras el procedimiento estaba pendiente, el niño fue reconocido como ciudadano islandés en función de su interés superior<sup>24</sup>, por la Ley núm. 128/2015 sobre la concesión de ciudadanía. No se hizo constar como progenitoras a las solicitantes, quienes requirieron también la adopción. Sin embargo, al evaluar que la madre biológica del niño era la mujer gestante contratada en EE.UU., fue necesario que prestara su consentimiento y que se probara que no había existido intercambio de dinero a tales fines. El pedido de adopción se dejó sin efecto, pues al cabo de cinco años de convivencia, las dos mujeres se divorciaron en Islandia, por lo cual se arribó a un nuevo acuerdo sobre la forma de llevar adelante el acogimiento familiar del menor, compartiendo el tiempo entre ambos domicilios.

La decisión fue recurrida ante el Tribunal Supremo de Islandia, quien confirmó la desaprobación de la inscripción del menor en el Registro Civil. En su sentencia de 30 de marzo de 2017, sostiene que no procedía reconocer dicho vínculo familiar, porque se había establecido de forma contraria a los principios fundamentales del Derecho de familia islandés. A tal efecto, destacó que el párrafo cuarto del artículo 5 de la Ley

---

(23) La Sección 6 -Padres de niños concebidos mediante concepción asistida- dispone en el primer párrafo que "La mujer que da a luz a un niño concebido mediante concepción asistida será considerada madre del mismo".

(24) El tercero interviniente, Centro AIRE, sostuvo que el Tribunal debería comprobar si el interés superior del niño había sido evaluado debida y demostrablemente -como lo exige el artículo 3 de la CDN- en su caso con la asistencia de un representante independiente.



núm. 55/1996 sobre fertilización artificial y uso de gametos y embriones humanos para la investigación con células madre, prohibió explícitamente la gestación subrogada y que la violación de las disposiciones legales conlleva multa o prisión de hasta tres meses.

Vale señalar las distintas posiciones de las resoluciones judiciales. El Tribunal de Distrito reconoció que se había establecido una “vida familiar” y que el rechazo de las autoridades a registrar al menor había interferido en su vida privada y familiar. Sin embargo, dedujo que esa injerencia había sido necesaria “para proteger la moralidad y los derechos de los demás, y que había estado acompañada de suficientes esfuerzos de contrapeso para aliviar los efectos negativos de la negativa. El interés superior del niño, aunque es de suma importancia, no puede prevalecer sobre los principios jurídicos fundamentales de la filiación” (apartado 21). En cambio, el Tribunal Supremo sostuvo que no existía vida familiar entre las demandantes en el momento en que se dictó la decisión del Registro nacional y que, por lo tanto, la desestimación del pedido de las comitentes no había constituido una injerencia en el derecho al respeto de la vida privada y familiar. Asimismo, añadió que el razonamiento armoniza con los fundamentos de la sentencia del TEDH en *Paradiso y Campanelli c. Italia*.

**b) Sentencia del TEDH:** Las demandantes alegaron que la oposición de las autoridades nacionales a registrar al niño como su hijo, implicaba una interferencia en el derecho al respeto a la vida privada y familiar previsto en el artículo 8 del CEDH. La queja se estructura con el material de lo decidido en las instancias anteriores:

- \* la resistencia de las autoridades a registrar al niño como hijo de las comitentes, constituyó un impedimento para disfrutar de una relación materno-filial estable y legal. Dicha interferencia perjudicaba sus intenciones porque ninguna de ellas tenía su custodia legal ni física;
- \* el rechazo a reconocer el certificado de nacimiento que había sido emitido de conformidad con la ley de California;
- \* la negativa no había sido ajustada a derecho. Si bien la subrogación era ilegal en Islandia, dicha prohibición no se aplicaba extraterritorialmente y, en su caso, ellas habían llevado a cabo el proceso de subrogación en California de acuerdo con la ley de ese Estado;
- \* las autoridades no habían tenido suficientemente en cuenta el interés superior del niño;
- \* la negativa a reconocerlas como sus madres dieron lugar a que el niño no tuviera derechos de herencia respecto a ellas y viceversa (apartados 43-47).

Frente a este planteo, el TEDH elabora su argumento dando respuesta a los distintos interrogantes que presenta la situación:

i) Si existía una “vida familiar” entre los solicitantes: El TEDH afirma que “La existencia o no existencia de ‘vida familiar’ es esencialmente una cuestión de hecho que depende de la existencia de estrechos vínculos personales...”. Por ende, corresponde determinar si, en las circunstancias del caso, la relación entre los involucrados entraba dentro de la esfera de la vida familiar en el sentido del artículo 8 del CEDH. A tal efecto, señala que no se cuestiona la inexistencia del algún vínculo biológico entre los tres demandantes y que los vínculos entre ellos eran jurídicamente inciertos al principio, como en *Paradiso y Campanelli*. Cabe recordar que esta decisión de 2017 reitera que el derecho a respetar la vida familiar presupone la existencia de una familia, no salvaguarda el mero deseo de fundar una. No obstante la semejanza de las circunstancias, se sienta la diferencia entre ambas causas: la iniciada contra Italia toma como referencia el escaso tiempo de cohabitación de los solicitantes con el niño (ocho meses); la incertidumbre de los vínculos desde una perspectiva jurídica, a pesar de la existencia de un proyecto parental y la calidad de sus vínculos afectivos. Mientras que la entablada contra Islandia, adquirió relevancia el hecho de que el menor había estado bajo el cuidado ininterrumpido de las madres de intención, de forma conjunta y luego individualmente con cada una de ellas, desde que nació en febrero de 2013. De ello se deduce que luego de la emisión de la sentencia del Tribunal Supremo en 2017, las tres personas habían estado relacionadas durante más de cuatro años: la vida entera del menor.

Aparece así la divergencia con lo ocurrido en *Paradiso y Campanelli*, porque en la presente causa sí se consideró que los requisitos de la “vida familiar” se habían cumplido, habida cuenta la larga duración de la relación ininterrumpida entre las demandantes y el niño, la calidad de los vínculos ya formados y los estrechos vínculos afectivos forjados durante las primeras etapas de su vida, reforzado por el régimen de acogimiento adoptado por las autoridades nacionales y no impugnado por el Gobierno ante el Tribunal (apartados 56-62).

ii) Si hubo violación del derecho de los demandantes al respeto de la vida familiar: En lo que respecta a este punto, el tribunal aseveró que según el artículo 8.2 de la CEDH, dicha injerencia debe estar en concordancia con la ley, perseguir uno o más de los objetivos legítimos enumerados en la disposición y ser necesaria en una sociedad democrática, lo que deja a los Estados un margen de apreciación para tomar las medidas relevantes y suficientes para esos propósitos (apartado 63).

iii) Si la interferencia que realizó Islandia fue conforme a la ley: El TEDH enfatiza que “no había ninguna disposición legal explícita en la legislación islandesa que estableciera una regla general sobre cómo determinar quién era considerada la madre de un niño”. Sin embargo, acepta la argumentación del Tribunal Supremo en cuanto advierte que acorde al primer párrafo del artículo 6 de la Ley de la Infancia núm. 76/2003 “La mujer que da a luz a un niño concebido mediante concepción asistida será considerada madre del mismo”, en tanto el segundo párrafo prescribe que “(u)na mujer que haya dado su consentimiento para que su esposa (pareja) se someta a un tratamiento de concepción asistida en virtud de la Ley de Concepción

Asistida será considerada progenitora del niño concebido de esta manera". Junto a estos preceptos se invoca la prohibición legal de la gestación subrogada dispuesta por la Ley núm. 55/1996 sobre fertilización artificial y uso de gametos y embriones humanos para la investigación con células madre (art. 5.4). Valorando que la interpretación del derecho interno efectuado por el Tribunal Supremo no es arbitraria ni manifiestamente irrazonable, el TEDH concluye que la negativa a reconocer a las demandantes como madres del niño tenía una base jurídica suficiente (apartado 64).

*iv) Si la interferencia perseguía un objetivo legítimo:* El TEDH manifestó que la prohibición de la maternidad subrogada por parte de Islandia servía para proteger los intereses de las mujeres que podrían verse presionadas a llevar adelante embarazos para otras personas, así como los derechos de los niños a conocer a sus padres biológicos. En función de lo expuesto, el TEDH entendió que la negativa a reconocer a las solicitantes como madres del menor, perseguía el objetivo legítimo de tutelar los derechos y libertades de los demás (apartado 65).

*v) Si esa interferencia era necesaria en una sociedad democrática:* Al deslindar si una medida impugnada era necesaria en una sociedad democrática, el TEDH expresa que tendrá en cuenta que se deja un margen de apreciación a las autoridades nacionales<sup>25</sup>, cuya decisión sigue sujeta a revisión por parte del mismo tribunal para verificar su encaje en los requisitos del artículo 8 del CEDH. Pero ello no significa que su tarea consista en sustituir a las autoridades nacionales competentes a la hora de precisar la política más adecuada para regular la compleja y delicada cuestión de la relación entre los comitentes y un niño nacido en el extranjero a través de acuerdos de maternidad subrogada, prohibidos en Islandia (apartados 66-69). El TEDH observa que las solicitantes y el niño, mantenían un vínculo familiar que no había sido interrumpido por el Estado demandado. Por el contrario, si bien admite que el no reconocimiento ha afectado la vida familiar de los solicitantes, el disfrute de esa vida familiar también fue salvaguardado por el hecho de que el acuerdo de acogida se hizo permanente. Además, se toma nota de la concesión de la ciudadanía islandesa al niño mediante una ley directa del Parlamento, que tuvo el efecto de regularizar y asegurar su estancia y sus derechos en el país. De allí que asevere que "los obstáculos reales y prácticos al disfrute de la vida familiar creados por el no reconocimiento de un vínculo familiar parecen haber sido limitados".

Desde esa perspectiva, el TEDH colige que el no reconocimiento de un vínculo parental formal, permitiendo el acogimiento familiar permanente por parte de las comitentes confirmada por la sentencia del Tribunal Supremo, logró un justo equilibrio entre el derecho a la vida familiar de las demandantes y los intereses generales que el Estado pretendía resguardar con la prohibición de la maternidad subroga-

---

(25) El tercero interviniente, *Ordo Iuris*, aseguró que no había consenso europeo sobre la legalidad de los acuerdos de gestación subrogada y que, por lo tanto, se debería conceder a los Estados miembros un amplio margen de apreciación para determinar si se reconocen y cómo se reconocen las relaciones entre los niños nacidos a través de la gestación subrogada y sus futuros padres.

da. “El Estado actuó así dentro del margen de apreciación que se le concede en tales materias”. En consecuencia, luego de pormenorizadas consideraciones resuelve que no ha habido violación del artículo 8 del CEDH con respecto al derecho de los demandantes al respeto de su vida familiar. En cambio, con relación a la denuncia sobre el respeto a la vida privada, se limita a señalar que los argumentos de las demandantes sobre este aspecto, son “en principio los mismos” que los presentados en su queja sobre la vida familiar, por lo que declara que “(a) la luz de esto”, no hay razón para llegar a una conclusión diferente de la que se adopta respecto de la vida familiar (apartados 71-76).

**c) Voto concurrente del Juez Lemmens:** En su dictamen el Presidente del Tribunal, Juez Lemmens, dice que el procedimiento ante los tribunales nacionales versó sobre la negativa de las autoridades a registrar la relación entre el niño y las comitentes. Aunque en sus respectivas decisiones se referían a la vida privada y familiar, el Juez sostiene que el razonamiento parece haberse centrado en la injerencia en la vida familiar. Por eso estima que esa visión judicial, motivó que los demandantes basaran su demanda explícitamente en el derecho al respeto de la vida familiar y no mencionaran el derecho al respeto de la vida privada. En este contexto, manifiesta su adhesión a fijar la diferencia entre la vida privada y la vida familiar y, por lo tanto “las quejas relativas a estos dos aspectos del artículo 8 deberían, en principio, analizarse independientemente una de otra”. De allí que se pregunte “¿Por qué no en este caso?”.

A su vez, subraya la incidencia negativa que “en varios aspectos del derecho de ese niño al respeto de su vida privada” tiene la falta de reconocimiento de una relación jurídica entre el niño y las comitentes, que se aplica a todos los que nacen mediante un acuerdo de gestación subrogada realizado en el extranjero. Asegura que el impacto para los niños es el mismo, independientemente de que uno o ambos de sus futuros padres tengan o no un vínculo biológico con ellos. Las situaciones expuestas le generan otro interrogante “si el limbo legal en el que se encuentra un niño puede justificarse sobre la base de la conducta de sus padres de intención o con referencia a las opiniones morales que prevalecen en la sociedad”. En especial, cuando -acorde lo demuestran los hechos del caso de las dos ciudadanas islandesas- la adopción ya no era una solución posible<sup>26</sup>, debido a los problemas prácticos que podrían surgir por el hecho de que sólo a uno de los dos primeros solicitantes se le puede permitir adoptar al niño. Es por ello, que el Juez Lemmens anticipa que el tema sobre el derecho del niño al respeto de su vida privada<sup>27</sup>, tendrá que ser

---

(26) Conforme a la legislación islandesa, las solicitantes no podían adoptar conjuntamente al menor, ya que se divorciaron en mayo de 2015.

(27) El tercero interviniente, *Ordo Iuris*, también argumentó que el derecho al respeto de la vida privada no obligaba a los Estados miembros a reconocer los certificados de nacimiento extranjeros que no revelaran información sobre la madre biológica de un niño, particularmente porque esto podría socavar la oportunidad del niño de obtener información sobre su identidad biológica.

objeto de desarrollo futuro por parte del TEDH, dada la evolución creciente de la gestación subrogada (apartados 1-6).

A diferencia de Paradiso y Campanelli este caso atañe a dos mujeres y la sentencia reconoce de forma categórica que, a pesar de la falta de un vínculo biológico entre ellas y el menor había existido “vida familiar” en su relación. De estas consideraciones se deduce que el Tribunal “insinúa la prevalencia de la filiación social frente a la biológica”<sup>28</sup>.

### 3. Caso *AM vs. Noruega*

La falta de reconocimiento legal de la maternidad de la comitente, nacional noruega, sin vínculos biológicos con un niño nacido mediante un acuerdo de gestación subrogada en EE.UU., causa la demanda contra el Reino de Noruega en virtud del artículo 34 del CEDH. La cuestión se dificulta por la presencia, al menos, de los sistemas jurídicos de dos países, que podría dar lugar a arduas cuestiones jurídicas y prácticas, ya que la donación de óvulos y el uso de una madre sustituta eran ilegales en Noruega. La complejidad se intensifica por la diferencia de intereses entre el padre biológico (EB) y la madre de intención antes de que ella hubiera establecido la relación jurídica con el niño. La aceptación de esa relación puede adquirir la forma de inscripción en el Registro de Población de Noruega o en la admisión de otros medios, como la adopción del niño por la comitente. La sentencia de 24 de marzo de 2022 (Solicitud nº 30254/18)<sup>29</sup> contiene el voto concurrente del Juez O’Leary, la opinión disidente de la Magistrado Ivana Jelić y los comentarios del Centro AIRE (Asesoramiento para los Derechos Individuales en Europa), al que se le había concedido autorización para intervenir como tercero en el procedimiento, mediante la presentación de observaciones por escrito o a participar en la vista, de acuerdo con el artículo 36.2 del CEDH.

**a) Exposición de los hechos:** Una madre sustituta en los EE.UU. quedó embarazada mediante fecundación *in vitro* después de que se utilizara esperma donado por EB para fertilizar un óvulo procedente de una donante anónima. La demandante y su expareja intentaron sin éxito tener un hijo durante su relación de diez años. Cuando el embrión fue implantado en la madre sustituta, el vínculo entre los padres de intención ya había terminado. Después del nacimiento del niño en EE.UU. el 19 de marzo de 2014 (X), ellos no se pusieron de acuerdo sobre cómo resolverían el hecho de que no vivían juntos, ya no eran pareja y además EB había iniciado un nuevo romance con otra mujer (H) con la que más tarde engendraría un hijo de forma natural.

(28) AMEZÚA AMEZÚA, L.C. “La jurisprudencia del TEDH sobre la gestación por subrogación: un arduo camino para su regulación”, *Papeles el Tiempo de los Derechos*, Número 12, Año 2022, p. 7.

(29) Sentencia disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-216348%22%5D%7D>

No hubo entendimiento respecto al lugar donde debería estar el hogar permanente del niño ni tampoco acerca del alcance del convenio de acceso. El nivel de conflicto había sido constante y creciente durante el período comprendido poco después del nacimiento de X y hasta agosto de 2015, lo que había significado su traslado diario entre la casa de EB y de la madre de intención. Las intrincadas conexiones entre las personas que desencadenaron la sentencia son las siguientes:

- i) un padre biológico (EB): Su nombre figuraba en el certificado de nacimiento de los EE.UU. y fue reconocido como su padre según la ley de Texas. También fue inscripto en el Registro noruego, pues su paternidad había sido acreditada tras una prueba de ADN (art. 7, Ley de la Infancia de 8 de abril de 1981) y disfrutaba de la responsabilidad parental exclusiva sobre el menor con arreglo a la legislación noruega;
- ii) una madre genética (la donante anónima del óvulo);
- iii) una madre sustituta gestacional estadounidense (KJ), anotada como madre del niño en el Registro de Población. La sección 2 de la Ley de la Infancia disponía que la mujer que había dado a luz a un niño debía ser considerada como madre;
- iv) una primera madre “social”, la querellante, que fue figuraba como la madre del niño en el certificado de nacimiento, según consta en el fallo del Tribunal de Distrito del Condado de Bexar, Texas de 10 de enero de 2014;
- v) un padre “legal” (JJ), el hombre con el que estaba casada la madre sustituta gestacional (KJ). En el momento del nacimiento del niño debía ser considerado como su padre (art.3 de la Ley de la Infancia). Sin embargo, el artículo 7 de la misma ley contiene disposiciones sobre la posibilidad de impugnar la paternidad del niño si otro hombre la declara. La confirmación de la paternidad de EB fue aprobada por KJ y JJ y, tras un análisis de ADN, las autoridades noruegas aceptaron a EB como el padre de X con responsabilidad parental exclusiva;
- vi) una segunda madre “social” (H), la nueva pareja de EB y madre biológica de su segundo hijo, nacido en agosto de 2015. Presuntamente, también había cuidado a X cuando se alojaba con su padre biológico, con la posibilidad que asumiera el papel de su cuidador materno cuando se cortó el contacto entre X y la solicitante ese mismo mes<sup>30</sup>.

**b) Los procedimientos administrativos relativos al reconocimiento de la maternidad o de la adopción:** La demanda incluye el reconocimiento legal de la maternidad o alternativamente la adopción; y el derecho de contacto con él. Los procedimientos administrativos sobre estos temas se inician el 26 de agosto de 2015, cuando se interpone la correspondiente solicitud ante la Oficina de Asuntos de la

---

(30) Cfr. voto concurrente del Juez O’Leary apartados 3-6.

Infancia, la Juventud y la Familia. La solicitud fue desestimada. La demandante interpone un recurso ante la Dirección de Asuntos de la Infancia, la Juventud y la Familia que resolvió, el 27 de noviembre de 2015, confirmar la decisión de agosto. Expuso, entre otras cosas, que la sección 7 de la Ley de Adopción de 28 de febrero de 1986 (en vigor en el momento pertinente) exigía como condición para la adopción, el consentimiento de las personas con responsabilidad parental respecto del niño y, en la presente situación, EB no había dado su consentimiento. En respuesta a los alegatos de la interesada - que las disposiciones del derecho interno eran contrarias al CEDH y a la CDN- la Dirección sostuvo que no había encontrado que el requisito del consentimiento de los padres para la adopción contraviniera los derechos humanos fundamentales o que el dictamen implicara una discriminación injusta contra el demandante (apartados 25-27).

**c) Solicitud de medida cautelar contra EB:** Durante el período que se extiende desde el 26 de agosto de 2015 hasta el 7 de marzo de 2016, la solicitud que la demandante interpuso ante el Tribunal de Distrito de Asker y Bærum para obtener una decisión provisional que le concediera derechos de contacto con respecto a X, fue objeto de sucesivas apelaciones y desestimaciones por el Tribunal Superior de Borgarting y el Tribunal Supremo.

#### *d) Los procedimientos internos*

**a) El proceso ante el Juzgado Municipal de Oslo.** La demandante requirió al Juzgado Municipal, una sentencia que obligara a EB y al gobierno noruego a identificarla como madre de X. En la medida en que la demanda iba dirigida al Gobierno, también argumentó que la decisión adoptada por la Dirección de Asuntos de la Infancia, la Juventud y la Familia de 2015 no era válida. Atento a que la solicitud se dirigía a EB, argumentó, con carácter subsidiario, que tenía derecho a ponerse en contacto con X.

El Juzgado Municipal expresó desde el principio, que la parte que no tenía ninguna conexión genética o biológica con el niño, tal como ocurría con la peticionante, a menudo se denominaba padre intencional o social. Afirmó, además, que la gestación subrogada era ilegal en Noruega, sin que ello entrañara negar al niño y al padre social la posibilidad de lograr un marco legal seguro para su relación. Continuó el razonamiento exteriorizando que “en algunos casos podían surgir cuestiones jurídicas y prácticas complicadas, por ejemplo en relación con el establecimiento y la transferencia de la filiación, la responsabilidad parental, la ciudadanía, la expedición de pasaportes y la inmigración”.

El tema principal planteado ante el Juzgado era si la demandante tenía derecho legal a ser reconocida por el Estado noruego y por EB como la madre legal de X, del mismo modo que si hubiera sido su madre biológica. El resultado de esta evaluación sería de gran importancia para X. A tal fin, el juzgado encuadró todos los aspectos de la tramitación del caso en la CDN y en el CEDH, ponderando el interés superior

del niño en la estimación concreta de la situación. Hizo también referencia a la responsabilidad especial que tenía para dilucidar lo presentado y que sólo estaba vinculado por las actuaciones procesales de las partes en la medida en que fueran compatibles con consideraciones públicas (apartados 30-35). La argumentación siguió este esquema:

i) *Si la demandante tenía derecho a ser reconocida como madre de X*: Para resolver este interrogante, se examinó el lugar que ocupaban EB y la madre sustituta en la vida del niño. Acorde a la Ley de la Infancia de 1981 y de la Ley de adopción de 1986, el Juzgado dictaminó que EB era el padre biológico y legal de X y tenía la responsabilidad parental exclusiva sobre él; y que según la Ley de la infancia “La mujer que ha dado a luz al niño será considerada madre del niño...” (sección 2-Maternidad), es decir, la madre sustituta estadounidense. Por ende, la solicitante no tenía ningún vínculo genético o biológico con X y, en principio, ninguna relación jurídica con él. Asimismo, la referida ley “no autorizaba legalmente a una madre social en una relación de gestación subrogada a transferir la maternidad legal de la madre biológica a ella misma. El deseo del solicitante de convertirse en padre de X sólo podía lograrse, en principio y según la legislación vigente, mediante la adopción, que era probablemente el procedimiento más común en los casos en que el padre biológico y el padre social vivían juntos y deseaban criar al niño juntos. Cuando no existía tal acuerdo, no se podía conceder permiso para la adopción”. Dado que EB no dio su consentimiento para la adopción, la demandante no podía adoptar a X y, en opinión del Juzgado, la disposición general sobre el consentimiento, establecida en la sección 7 de la Ley de Adopción redundaba en beneficio del interés superior del niño (apartados 36-40).

ii) *Evaluación sobre la cuestión de la discriminación*: La demandante asegura que el requisito del consentimiento de los padres para la adopción constituía una discriminación injusta contra ella. Para el Juzgado este argumento claramente tampoco podía prosperar porque, como pudo constatar, la solicitud había sido tratada del mismo modo que otras solicitudes de adopción. Luego profundiza en la importancia que tiene priorizar el interés superior del niño cuando se toman decisiones que a ellos conciernen. Por eso opina que la Ley de la Infancia, la Ley de adopción y la Ley de litigios de 17 de junio de 2005 aplicables al caso, “no eran en sí mismas incompatibles con disposiciones de rango superior relativas al interés superior del niño” (*vs gr.* párrafo segundo del artículo 104 de la Constitución noruega del 17 de mayo de 1814, revisada en mayo de 2014)<sup>31</sup>.

---

(31) CN, Art. 104: “Los niños tienen derecho a que se respete su dignidad humana. Tienen derecho a ser escuchados en las cuestiones que les conciernen y se dará la debida importancia a sus opiniones de acuerdo con su edad y desarrollo.

Para las acciones y decisiones que afecten a los niños, el interés superior del niño será una consideración fundamental. Los niños tienen derecho a la protección de su integridad personal. Las autoridades del Estado crearán condiciones que faciliten el desarrollo del niño, incluida la garantía de



Resulta muy interesante la explicación más minuciosa que realiza el Juzgado respecto al principio consagrado en la CDN, al afirmar que “el interés superior del niño no era una entidad objetiva y, a menudo, no era inequívoca”. Así, en casos que afectan el vínculo entre padres e hijos sobre condiciones de vivienda y acceso, el resultado era a menudo el producto de una evaluación específica, en la que no se puede descartar que el interés superior del niño sea un argumento decisivo. A tal efecto, cita como ejemplo los asuntos del TEDH *Menesson contra Francia* (n.º 65192/11, 2014) y *Labassee contra Francia* (n.º 65941/11, 26 de junio de 2014), relativos a un menor que tiene un nexo duradero con su progenitor social, constituyendo este lazo un factor decisivo en el derecho del niño a una vida familiar y la observancia de su interés superior. Aunque el Juzgado, seguidamente aclara, que dichas sentencias no eran pertinentes para fundamentar la causa que tenía ante sí porque las circunstancias diferían en puntos importantes.

En cuanto al menor, se acentúa lo penoso que para él sería descubrir que la demandante era su madre intencionada, a pesar que mirada de forma aislada, tenía todo lo necesario para ofrecerle una relación buena y segura. No obstante, el Juzgado aprecia que esos motivos no eran suficientes para correr el riesgo de volver a una situación caracterizada por la persistente y progresiva divergencia entre EB y su ex pareja. Había buenas razones para suponer que tal resultado llevaría a un mayor riesgo de confusión de roles y un conflicto de lealtad (síndrome de alienación parental) para X a medida que creciera (apartados 48-56).

*iii) La reclamación del solicitante de derechos de visita:* La falta de reconocimiento de la demandante como madre de X -petición principal- motivó que ella presentara una reclamación por separado para que los tribunales declararan que tenía derecho de visita.

El Juzgado advirtió sobre la inexistencia de disposiciones en la legislación interna -Ley de la Infancia, Ley de adopción y Ley de Conflictos- que dieran una base jurídica para conceder derechos de visita a una persona en la situación de la solicitante. De ello se deriva que una decisión en ese sentido interferiría con los derechos que pertenecen al niño así como a su progenitor (apartado 57).

**b) El procedimiento ante el Tribunal Superior.** La demandante apeló lo resuelto por el Juzgado. En sentencia de 12 de octubre de 2017, el Tribunal Superior de Borgarting desestimó el recurso, desgranando sus comentarios sobre los mismos puntos decididos:

*i) Si la demandante tenía derecho a ser reconocida como madre de X:* Desde el principio el Tribunal Superior precisó el objeto del juicio. A tal efecto, señaló que para la Ley de Biotecnología de 15 de diciembre de 2003, primer párrafo del artículo 2-15, la donación de óvulos y el uso de una madre sustituta eran ilegales en Noruega y

---

que reciba la seguridad económica, social y sanitaria necesaria, preferiblemente dentro de su propia familia”.

que esa prohibición está aclarada y complementada por la Ley de la Infancia que dice: "(...) El acuerdo para dar a luz un hijo a otra mujer no es vinculante". De ello deriva que el tribunal alegue que para la ley noruega, la maternidad sólo podía establecerse si la solicitante daba a luz al niño o si estaba habilitada para adoptar. Por ello ratifica que ninguna de las opciones era posible, pues la Ley de Adopción requería el consentimiento del progenitor que tenía la responsabilidad parental sobre el niño. La solicitante sustenta su pedido en el fallo de 2014 del Tribunal de Distrito del Condado de Bexar, Texas, que pasó a ser definitivo y ejecutable. El documento admitió el acuerdo de subrogación como legal y se la declaró como la madre legal de X acorde a la ley de Texas.

Conforme al criterio del Tribunal Superior el argumento no podía prosperar, ya que no se cumplían las condiciones de la Ley de litigios para que una sentencia de un tribunal extranjero fuera legalmente ejecutable en Noruega. En particular, según la sección 11-4<sup>32</sup> "había limitaciones en cuanto a qué acuerdos procesales podían celebrarse válidamente en casos relacionados con la condición jurídica de los niños y en el presente caso, aunque se había establecido en el acuerdo de gestación subrogada que las partes presentaron a la jurisdicción de los tribunales del Estado de Texas, en cualquier caso se había impedido a EB celebrar un acuerdo válido que limitara la jurisdicción de los tribunales noruegos" (apartado 70).

Basándose en el artículo 8 de la CDN<sup>33</sup>, la demandante sostuvo que constituía una parte fundamental de la identidad de un niño saber quién era la madre de intención en supuestos de gestación subrogada, y que se trataba de una cuestión relativa al interés superior del niño a nivel general. En respuesta "el Tribunal Superior señaló que, en los casos de gestación subrogada, el niño tenía dos padres biológicos desde su nacimiento, a saber, la madre sustituta y el padre legal. Se conocen los padres biológicos del niño y, por tanto, se salvaguarda el derecho del niño a conocer su origen biológico y su identidad. Como ya había explicado el Tribunal Superior en su sentencia, el legislador había considerado y decidido explícitamente contra la filiación del padre intencionado en los casos de gestación subrogada. En opinión del Tribunal Superior, esto no contravenía el interés superior del niño<sup>34</sup>". Su consi-

---

(32) Sección 11-4. Excepciones cuando el derecho de disposición de las partes sea limitado. "En los casos relacionados con cuestiones de estatus personal y capacidad jurídica, el estatus legal de los niños de conformidad con la Ley de la Infancia, las decisiones administrativas sobre medidas coercitivas de conformidad con el Capítulo 36 y otros casos en los que consideraciones públicas limiten los derechos de las partes a disponer en la acción, el tribunal sólo está obligado por los actos procesales de las partes en la medida en que sean compatibles con consideraciones públicas. Sin embargo, el tribunal sólo podrá pronunciarse sobre las pretensiones que se hagan en el caso".

(33) CDN: art. 8. 1. "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...".

(34) En virtud del artículo 53 del CEDH referido a la protección de los derechos reconocidos, el Centro AIRE, enfoca su intervención en al artículo 3.1 de la CDN en cuanto subraya la necesidad de atender el interés superior del niño cuando haya que tomar una decisión judicial o administrativa

deración fundamental estaba adecuadamente salvaguardada por las disposiciones pertinentes de la legislación noruega (Ley sobre la infancia, art. 48; Ley de adopción, sección 2)<sup>35</sup>. A su vez, denegó que se hubiera violado el derecho al respeto de la vida privada y familiar, al que había hecho referencia la demandante, cuyo contenido puede verse en los artículos 8 del CEDH y 102 de la Constitución de Noruega<sup>36</sup>. En sintonía con las sentencias “Paradiso y Campanelli c. Italia” y “Valdís Fjölfnisdóttir y otros c. Islandia”, recalca que el derecho a respetar la vida familiar presupone la existencia de una familia, no salvaguarda el mero deseo de fundar una. De allí que puntualice que “el Convenio no daba a los padres de intención una base independiente para establecer la filiación o la vida familiar”. La existencia o no existencia de vida familiar es esencialmente una cuestión de hecho.

Seguidamente, sostuvo la validez de lo resuelto por la Dirección de Asuntos de la Infancia, la Juventud y la Familia de 2015 que rechazó tanto el pedido de adopción como la transferencia de la maternidad a la solicitante, por haberse fundado en una correcta aplicación de la ley. El progenitor biológico tenía la responsabilidad parental y no había dado su consentimiento a la adopción, por consiguiente, ni el Estado ni EB estaban obligados a reconocer a la demandante como la madre de X (apartados 71-84).

ii) *Evaluación del Tribunal Superior sobre la cuestión de la discriminación*: La queja de la querellante que calificaba de discriminación injusta lo fallado por el Juzgado Municipal, tampoco pudo prosperar en sede del Tribunal Superior. El estudio de la mentada decisión demostró que la administración pública se había apoyado en la ley vigente (apartado 85).

iii) *La reclamación de derechos de visita*: Los comitentes tenían pareceres muy distintos sobre las modalidades de contacto con el niño. La mujer había presentado una petición alternativa de que ella -independientemente de si era reconocida como madre- tenía derecho a tener contacto con el niño como consecuencia de su maternidad estadounidense y la relación que mantenían. La petición la basa en los

---

en una determinada situación, como es el reconocimiento de la filiación legal en casos de gestación subrogada. Afianza lo manifestado en la explicación del Comité de los Derechos del Niño en la Observación General no. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, que ha señalado que ese interés superior es un derecho, un principio y una norma de procedimiento. Con respecto a la presunta analogía existente entre el reconocimiento de la filiación legal de los padres de intención en los supuestos de gestación subrogada y la adopción, el tercero interviniente ratifica que el interés superior del niño debe ser el factor determinante al tomar una decisión relacionada con la adopción prevista en el artículo 21 de la CDN (Cfr. Comité de los Derechos del Niño, Observación General no. 14, Ginebra, año 2013, pp.10- 12).

(35) El texto remite a la doctrina que aconseja la interpretación armónica del art. 2 de la Ley de adopción con el art. 21 CDN.

(36) Artículo 102: “*Toda persona tiene derecho al respeto de su intimidad y vida familiar, de su hogar y de sus comunicaciones. No se efectuarán registros en domicilios particulares salvo en casos penales. Las autoridades del Estado garantizarán la protección de la integridad personal*”.

artículos 3 y 8 de la CDN, el artículo 8 del CEDH, los artículos 102 y 104 de la Constitución Noruega y el principio consagrado en el artículo 45 de la Ley de la Infancia<sup>37</sup>.

De forma compatible con el Gobierno, el Tribunal Superior precisó que la solicitud de contacto de la demandante contradecía el principio del artículo 45 de la Ley de la Infancia. La disposición se refiere a los derechos de visita de personas distintas de los padres del niño. Refuerza su alegato en la doctrina, cuando precisa que la Ley de la Infancia se resiste a abrirse a esos derechos; que esto sólo era posible en dos situaciones: en las que uno de los padres había fallecido o se le había negado el derecho de acceso al niño. En tales situaciones, a los abuelos se les podrían conceder derechos de visita. Explica, además, que el legislador había examinado en varias ocasiones si debía ampliarse el grupo de personas a las que se podía conceder el derecho de contacto, pero no había hallado motivos para hacerlo. Por lo tanto, no encontró fundamento para dar una respuesta favorable a la solicitud de contacto de la demandante (apartados 86-90).

**c) El procedimiento ante el TEDH.** El 21 de diciembre de 2017, el Tribunal Supremo en una decisión sumaria, denegó a la posibilidad de apelar contra la sentencia del Tribunal Superior de Borgarting. En el recurso se pedía el reconocimiento por parte del Estado y de EB de la condición de madre de X y la declaración de invalidez de la decisión de la Dirección de Asuntos de la Infancia, la Juventud y la Familia de 2015. La cuestión del derecho de la solicitante a contactar con X no fue planteada por lo que fue resuelta finalmente con la sentencia del Tribunal Superior (apartado 91-92). La sentencia desarrolló los temas objeto de la queja de la solicitante en los ámbitos administrativos y judiciales anteriores, dando su respuesta a cada uno de ellos.

### **1. Presunta violación del artículo 8 del CEDH**

La actora reclama ser aceptada como madre del niño, por cuanto la mujer que lo había dado a luz y EB así lo habían afirmado en varios documentos. El gobierno aduce que no había interferido directamente en ninguna relación entre la solicitante y el niño sino que fue la voluntad del padre biológico y legal interrumpir cualquier interacción entre ellos. Asimismo, asegura que el interés superior del niño había orientado los dictámenes de las autoridades públicas internas. El menor conservaba sus padres biológicos o legales (la madre sustituta y el padre legal) y se había

---

(37) Ley de la Infancia de 8 de abril de 1981: Artículo 45. Derecho de visita de personas distintas de los padres. *“Cuando uno o ambos padres hayan fallecido, los familiares del niño u otras personas cercanas al niño podrán solicitar al tribunal que determine si tendrán derecho de visita al niño y el alcance de dicho acceso. En los casos relacionados con el derecho de visita entre los padres, un progenitor a quien se le ha denegado el acceso puede solicitar que el órgano decisorio (tribunal) determine si sus padres tendrán acceso al niño y el alcance de dicho acceso. El acceso de los abuelos sólo podrá determinarse a condición de que a la persona a la que se le niega el acceso no se le permita estar con el niño. Las disposiciones del capítulo 7 se aplican también a estos casos. No es necesario que las partes hayan asistido a la mediación antes de interponer la acción”.*

salvaguardado el derecho del niño a conocer su origen biológico y su identidad. Junto a ello, puntualiza que “importantes intereses públicos también pesaban en contra de la solicitud de adopción del solicitante, ya que la maternidad subrogada seguía siendo ilegal según la legislación nacional”. Ello originó la denuncia sobre la violación del derecho al respeto de la vida privada y familiar del artículo 8 del CEDH (apartado 101).

**a) Admisibilidad-No agotamiento.** El reclamo sobre el derecho a contactar con el niño, fue sólo objeto de tratamiento en los Tribunales Municipal y Superior noruegos. Como el pedido no formó parte del recurso de apelación ante el TEDH, se lo declaró inadmisibile por no agotamiento de los recursos internos (apartados 102-105).

**b) Aplicabilidad del material.** Presentaciones de las partes: El Gobierno analizó por separado el contenido del artículo 8 del CEDH. En la medida en que no existían vínculos biológicos con la solicitante; que ella, el niño y el progenitor nunca habían cohabitado; que ninguno de los dos tenía intención de vivir en un mismo lugar ni criar juntos al menor; son hechos que influyeron para que el Gobierno declarara que no había habido vida familiar *de facto* entre la demandante y el menor, ni tampoco se había puesto en juego ninguna vida privada. En cambio, para la demandante resultaba aplicable el artículo 8 del CEDH.

**c) Valoración y conclusión sobre la admisibilidad.** La cuestión principal es que las autoridades omiten reconocer a la mujer como madre del niño. El TEDH expresó que calificar la situación como atinente a la vida “privada” y no a la “familiar”, no significa desatender los vínculos reales que se crearon entre la solicitante y el niño durante las semanas en EE.UU. después de su nacimiento (26 de marzo de 2014), y en el tiempo posterior a su regreso a Noruega. De estas circunstancias, deduce que resulta evidente que ella actuó como madre del niño aproximadamente ocho meses, mientras EB lo visitaba diariamente. También presume que existe un estrecho vínculo afectivo forjado entre ambos durante el tiempo que vivieron juntos hasta que EB interrumpió su contacto, momento en el que menor tenía 17 meses. En este contexto, el “Tribunal concluye que el artículo 8 del CEDH es aplicable *ratione materiae* sobre la base de que los asuntos denunciados estaban relacionados con la ‘vida privada’ del demandante. No es necesario examinar si también podría intervenir el componente de la ‘vida familiar’” (apartados 106-111).

El TEDH observa que la denuncia sobre el artículo 8 del CEDH, obedece al rechazo del pedido de contacto con el menor que las autoridades nacionales habían justificado en la falta de agotamiento de los recursos internos (artículo 35, CEDH)<sup>38</sup>, sin olvidar que dicho pedido no formó parte del recurso de apelación. En cambio, se declara admisible la protesta porque la demandante no había sido valorada como

---

(38) CEDH, artículo 35 “Al Tribunal no podrá recurrirse sino después de agotar las vías de recursos internos (...)”.

madre de X. En suma, los hechos caen dentro del alcance material del artículo 8 del CEDH al estar en juego la vida privada de ella. “Además, el Tribunal observa que esta queja no es manifiestamente infundada ni inadmisibles por ningún otro motivo enumerado en el artículo 35 del Convenio” (apartado 112).

**d) Méritos. La valoración del TEDH.** En esta sección se trataron tres cuestiones: i) si las circunstancias del caso traen como consecuencia una interferencia con el derecho de la comitente al respeto de su vida privada; ii) si esa injerencia constituye una violación del artículo 8 del CEDH o puede ser considerada conforme a la ley que persigue uno o más objetivos legítimos; y iii) si los procedimientos y las decisiones adoptadas durante su transcurso, eran necesarios en una sociedad democrática.

i) Desde el principio se advierte que hubo una interferencia con el derecho de la solicitante al respeto de su vida privada, debido al no reconocimiento legal de la maternidad del niño nacido en el extranjero como resultado de un acuerdo de gestación subrogada, que se relaciona con la prohibición establecida por la legislación noruega.

ii) El TEDH consiente que ello implica una violación del artículo 8 del CEDH, a menos que, atendiendo a su segundo párrafo, “esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”, en particular, los derechos del niño en cuestión. Dentro del mismo marco normativo, el TEDH insiste en valorar como “legítimo el deseo de las autoridades nacionales de reafirmar la competencia exclusiva del Estado para reconocer una relación legal entre padres e hijos con miras a proteger a los niños”.

iii) El TEDH subrayó que la solicitud presentada no se relaciona con ningún derecho del niño, por eso sólo tendrá que examinar las quejas planteadas por la demandante en su propio nombre conforme al artículo 8 del CEDH. Por eso, reitera que únicamente deben contemplarse los asuntos relativos al reconocimiento legal de la maternidad que la legislación nacional deniega, salvo en el supuesto del otorgamiento de la adopción, lo que requeriría, entre otras cosas, el consentimiento de la persona que tiene la responsabilidad parental sobre él (Ley de Adopción, art. 7). Desde esa perspectiva, marca la actitud del progenitor biológico, quien no sólo se abstuvo de prestar su conformidad sino que también había impedido cualquier contacto con X, poniendo fin al proyecto parental del cual había sido parte con la demandante en el acuerdo celebrado en 2012. Ello significa que la ruptura de la relación con el niño no provino de una intervención del Estado demandado. Por eso, el Tribunal reafirma su postura al considerar que el uso de la gestación subrogada plantea dudas éticas delicadas sobre las cuales no existe consenso entre los Estados contratantes del CEDH, y cuyo resultado depende del margen de apreciación concedido a las autoridades nacionales. Si bien observa que la madre de intención

se halla en una difícil situación, su solicitud conlleva un examen de los intereses de todas las partes y, hasta cierto punto, también un equilibrio de los intereses en conflicto. Estas reflexiones lo llevan a declarar, por seis votos contra uno, que no ha habido violación del artículo 8 del CEDH (apartados 126-134).

## 2. Presunta violación del artículo 14 en conjunto con el artículo 8 del CEDH

La madre de intención arguyó que había sido víctima de una discriminación injusta, con arreglo al artículo 14 del CEDH que prohíbe cualquier causa de exclusión. A fin de admitir la queja, el voto de la mayoría ha dicho que el artículo 8 del CEDH es aplicable *ratione materiae* porque los asuntos denunciados estaban relacionados con la vida privada de la querellante. También expresa que el reclamo no es manifiestamente infundado ni inadmisibles por ninguno de los otros motivos enumerados en el artículo 35 del CEDH que determina las condiciones de admisibilidad de una demanda individual. Por estos antecedentes, el TEDH declara admisible la queja en la medida en que se refiere a la falta de reconocimiento de la solicitante como madre de X.

La demandante esgrimió dos argumentos para respaldar su postura. Por un lado, señaló que la Ley temporal de gestación subrogada sobre la transferencia de la paternidad de los niños nacidos en Noruega de una madre sustituta, o las consideraciones en las que se había basado, le habían conferido el derecho legal a tener la maternidad del niño transferido a ella.

En respuesta, el tribunal tomó nota que la mencionada ley, aprobada el 8 de marzo de 2013 con efecto hasta el 31 de diciembre de 2015<sup>39</sup>, había sido derogada cuando el Tribunal Superior de Borgarting dictara la sentencia el 12 de octubre de 2017. De ese modo, se respaldó lo decidido con antelación por las autoridades nacionales, descartando la posibilidad de dar peso alguno a la ley temporal en el presente caso.

Por otro lado, la demandante invoca la sentencia del Tribunal Superior de Gating de 2 de marzo de 2009, que concedió la patria potestad a la persona involucrada en el caso. El TEDH mantuvo lo resuelto en las etapas anteriores; las situaciones no eran comparables pues la primera trataba de una pareja casada, viviendo juntas cuando nació el niño y ambos habían sido partes en un proceso en los Estados Unidos que condujo a tomar una decisión. El dictamen mayoritario termina declarando que el

---

(39) Lo que motivó la adopción temporal de la Ley de gestación subrogada fue, en parte, que algunas parejas que habían tenido un hijo con la ayuda de una madre sustituta en el extranjero habían recibido información incorrecta o incompleta de las autoridades noruegas, y en parte, que algunas parejas no se habían familiarizado adecuadamente con la legislación. Con la ayuda de dicha Ley temporal, los niños nacidos en una situación jurídica poco clara han recibido reconocimiento jurídico y regulación de la relación entre el padre social y el niño (apartado 42).

demandante no fue víctima de discriminación y por ende, que no hubo violación del artículo 14 en relación con el artículo 8 del CEDH (apartados 136-147).

**Voto concurrente del Juez O’Leary.** El contenido del voto puede desglosarse en varios interrogantes: i) ¿por qué la demandante no prosperó en su reclamo de tener contacto con el niño después que EB terminara toda la relación entre ellos?; ii) ¿por qué la evolución de la jurisprudencia de la CEDH no benefició a la demandante?; y iii) ¿Cuáles son los problemas legales que la lucha de la querellante plantea?

i) El Presidente del Tribunal, juez O’Leary, se refiere al rechazo por parte de los Tribunales de Distrito, Superior y Supremo de la solicitud de la demandante para obtener el derecho de visita sobre el menor, inmediatamente después que EB terminara todo contacto entre ellos. La decisión se fundó en que no se habían agotado los recursos internos ni tampoco ella había planteado la cuestión ante el Tribunal Supremo. Por ello, el Juez ha dejado claro que resulta fundamental explicar por qué la demandante no prosperó en su reclamo, habida cuenta que el objetivo de una solicitud provisional es preservar la situación actual en la medida de lo posible hasta que se resuelva la cuestión de fondo, pues el paso del tiempo puede acarrear derivaciones irreparables en las relaciones entre el niño y la madre de intención con quien no convive.

ii) Para responder sobre la escasa incidencia de la jurisprudencia en una interpretación favorable a la querellante, el Juez asegura que el Tribunal no conoció el derecho del niño al reconocimiento formal de sus vínculos familiares. A tal efecto, describe la serie de características fácticas y jurídicas que distinguen este planteo de los casos *Menesson c. Francia* (2014), *Labassee c. Francia* (2014), *Paradiso y Campanelli c. Italia* (2017), entre otros. Desde esa perspectiva, el Juez reflexiona que la demandante carecía de base legal para representar los intereses del niño ante los tribunales nacionales y, en consecuencia, ante el TEDH, dado que su padre biológico disfrutaba de la responsabilidad parental exclusiva según la ley noruega. Asimismo, estima que desde el principio la actividad judicial ha buscado “poner en primer plano los intereses jurídicos y sociales de los niños afectados y de la jurisprudencia existente se desprende claramente que el ‘instrumento vivo’ responde mejor y más progresivamente a los casos en el que están en juego los derechos de los niños y no simplemente los derechos de los padres legalmente no reconocidos, ya sean padres intencionales, no biológicos o incluso madres genéticas”. Continúa sosteniendo que la negativa a reconocer a la madre de intención tiene claramente efectos para los derechos, los intereses y la realidad social del niño, pues resulta indudable que existe un consenso internacional que privilegia los derechos de los niños en todas las decisiones que los afecten.

El otro argumento distingue entre los hechos conflictivos de esta sentencia y las circunstancias de las otras resoluciones del TEDH. En estas últimas, las unidades familiares o parentales complicadas seguían siendo unidades estables, de modo que el padre intencional tenía posibilidades de reconocimiento legal con arreglo a la



legislación nacional, en particular, a través de los procedimientos de adopción. En la presente situación, la solicitante hizo valer su derecho a adoptar a X a pesar de la falta de consentimiento del otro padre biológico. Por ende, el Tribunal no podía avalar la tramitación de un procedimiento unilateral de adopción o no consensuado conforme al artículo 8 del CEDH, porque violaría *de facto y de jure* la protección de los derechos de los niños.

Al finalizar el tema del reconocimiento legal de la maternidad y adopción no consentida por parte del comitente, el Juez O' Leary, precisa que la función del TEDH consiste en controlar en el marco del Convenio las decisiones adoptadas por las autoridades nacionales en el ejercicio de su facultad de apreciación. Excluye así la posibilidad de que su tarea sea sustituirlas en el ejercicio de sus responsabilidades en la regulación del cuidado de los niños y los derechos de los padres, ya sea biológico o intencionado. A los efectos de la última revisión, comenta el Juez, la Sala reproduce en detalle las decisiones internas, lo cual le permite afirmar que se habían observado las normas convencionales, dado los hechos particulares y la evaluación jurídica de los tribunales internos (apartados 11-18).

iii) La lucha legal de la demandante motiva la reflexión del Juez en el sentido de detectar una laguna en el derecho noruego para la protección jurídica de la relación *de facto* entre la madre de intención y el niño en circunstancias en las que el progenitor biológico había decidido poner fin a esa conexión, a pesar de haber iniciado previamente con ella un proyecto común de paternidad. Por otro lado, considera que puede merecer mayor atención la posible ausencia de una base legal en el Estado demandado para reivindicar los derechos de visita que, en situaciones de gestación subrogada como la presente, había sido declarado inadmisibles por el no agotamiento de los recursos internos.

El voto concurrente destaca también que todavía el Tribunal no ha abordado adecuadamente las dificultades jurídicas que plantean los acuerdos de gestación subrogada desde la mira del artículo 8, combinado con el artículo 14. La cantidad de personas comprometidas en el proyecto de paternidad y la defensa de sus respectivos derechos, forman una maraña de intereses sumado los de carácter general protegidos por la prohibición de la subrogación, cuya complejidad jurídica la describe con claridad el Juez O' Leary. A tal efecto, expresa: "Al celebrar un acuerdo de gestación subrogada en el extranjero cuya práctica no es legal en su propio Estado, el padre de intención se embarca en un viaje jurídicamente precario. Los Estados no necesariamente pueden ser considerados responsables de lo que pueda ocurrir posteriormente y con demasiada frecuencia los casos ante la Corte revelan el riesgo de que los niños se conviertan en víctimas de proyectos parentales bien intencionados pero desesperados y en ocasiones conflictivos. Sin embargo, es difícil no concluir, de la jurisprudencia existente del Tribunal de Justicia, que el viaje es especialmente precario para los padres no biológicos e incluso para las madres genéticas (no gestacionales), respecto de las cuales la ley tampoco ha seguido el ritmo de la realidad social o de la ciencia" (apartados 19-23).

## Opinión disidente de la Jueza Ivana Jelic

a) Deficiencias legales: El desacuerdo señala las deficiencias que adolece la sentencia sobre la legislación noruega. Al Estado demandado se le dio un amplio margen de apreciación, cuando la magistrada entiende que lo apropiado sería reducir a las autoridades nacionales este margen en los supuestos en que el interés superior del niño esté comprendido en la evaluación. En tal sentido, advierte que hay otros criterios que juegan un papel esencial como el propósito conjunto de los (futuros) padres de tener y criar juntos al niño; la incapacidad de la mujer de procrear por medios naturales; la intención de iniciar un embarazo en múltiples ocasiones; la extensa relación entre ellos antes de su separación. En lugar de tener en cuenta estos aspectos, prosigue afirmando Ivana Jelic, las autoridades noruegas aplicaron una ley rígida que designaba automáticamente a la madre biológica como madre legal del niño. En su opinión, lo apropiado sería exigir al Estado demandado que logre un equilibrio entre los intereses en competencia. Al tiempo que se exige de calificar la prohibición noruega de la maternidad subrogada como apropiada o no, pone el acento en que su objetivo es proteger a las mujeres de la explotación y erradicar la trata de niños. Las autoridades deberían haber notado la ausencia de cualquier indicio de uso indebido de la gestación subrogada que implique explotación en el presente caso. Por tanto, asegura que resulta cuestionable si la prohibición general de la maternidad subrogada prevista en la legislación noruega puede servir como motivo legítimo para denegar a la demandante el reconocimiento como madre legal del niño (apartados 25-29).

b) Categorización de la reclamación del solicitante en el aspecto de la vida familiar: La diferencia aparece porque se circunscribe el ámbito del artículo 8 del CEDH al aspecto de la vida privada de la demandante. Por el contrario, se propone complementar la evaluación desde la faz de la vida familiar, dado el interés de la solicitante en desarrollar relaciones familiares con el niño. Justifica su tesis en el razonamiento del Tribunal para quien resulta evidente que la demandante actuó como madre del niño durante 17 meses, con la intención de continuar haciéndolo en el futuro<sup>40</sup> y que debieron forjar estrechos vínculos afectivos en el tiempo que vivieron juntos.

c) La falta de consideración por parte del Tribunal de aspectos fácticos: La magistrada desarrolla su argumento en tres pasos:

*i) el excesivo formalismo de la legislación noruega:* La solicitante contaba con un registro civil de nacimiento de las autoridades estadounidenses<sup>41</sup>, no obstante las autoridades negaron la posibilidad de inscribir al niño como su hijo. Por ello,

---

(40) El tiempo se computa desde las semanas pasadas en EEUU después del nacimiento del niño el 19 de marzo de 2014, sumando la etapa posterior cuando regresaron a Noruega, hasta que EB cortó el contacto entre la solicitante y X el 14 de agosto de 2015.

(41) Fallo del Tribunal de Distrito del Condado de Bexar, Texas de 10 de enero de 2014.

juzga demasiado simplista limitar la legislación noruega a reconocer únicamente a la madre biológica como madre legal de un niño en el momento del nacimiento, como lo hizo el Tribunal Superior de Borgarting que dictaminó que “fue la madre sustituta KJ quien dio a luz a X y, por lo tanto, fue registrada como madre del niño”. Por lo tanto, propone “una ley más indulgente que sea capaz de evaluar la situación individual de las madres y que determine el estatus legal de una madre caso por caso”, de ese modo, estaría más en armonía con la evolución actual de los derechos reproductivos.

*ii) el interés superior del niño:* La Jueza marca distancia con el hecho de invocar el interés del niño para justificar el rechazo de la petición de la demandante, no sólo para ser reconocida como madre legal sino también para mantener cualquier contacto con él. Por ello indica que la injusticia de la situación “no debería contarse como motivo para determinar que no se ha violado el artículo 8 del CEDH”.

*iii) Criar al niño juntos:* La disidencia distingue las dos vertientes que plantea el tema de “criar un niño juntos”. Los tribunales adoptaron una definición demasiado simplista y anticuada del concepto y no repararon en el acuerdo entre la madre de intención y EB sobre el reparto de la responsabilidad parental sobre el niño. La tesis se justifica en la falta de pruebas que lleven a asegurar que el concepto de criar a un niño juntos importe la existencia de un hogar familiar compartido. Además, dejando de lado que la ley de Subrogación Temporal tenía efecto hasta el 31 de diciembre de 2015, se infirió que el tribunal asumió erróneamente que la ley no era aplicable a la demandante dado que el plan con EB era vivir separados (apartados 39-42).

*d) Conducta discriminatoria:* Se recalca que el trato dispensado a la demandante durante el proceso presenta varias aristas de injusticia y discriminación. La primera objeción, acentúa el desequilibrio de poder entre el progenitor biológico y la solicitante, debido a la falta de reconocimiento legal de su maternidad y por la prohibición de visitar o permanecer en contacto con el niño. El dictamen también puntualiza que EB tiene la autoridad adicional de designar a su pareja actual como madre adoptiva de X. La amplitud de poderes otorgados a una persona, según criterio de la jueza, “no sólo es discriminatorio contra el progenitor que era biológicamente incapaz de procrear, sino que también actúa en contra del propósito previsto de la gestación subrogada y del interés del niño”.

La otra desaprobación, se relaciona con la negativa de las autoridades nacionales, sostenida por la mayoría del Tribunal Supremo, de tomar como referencia una sentencia anterior de un tribunal noruego<sup>42</sup> porque difería de la presente situación en puntos importantes, en particular, porque la demandante y EB no estaban casados ni vivían juntos cuando nació el niño. De ello se deriva el comentario que la existencia de matrimonio entre ellos no es indicativa de su capacidad para criar

---

(42) Sentencia del Tribunal Superior de Gating dictada el 2 de marzo de 2009.

al niño juntos, por lo que aquel caso no podía proporcionar orientación para la situación de la demandante.

La magistrada Ivana Jelic, cierra sus comentarios ponderando la importante evolución jurisprudencial del Tribunal de Estrasburgo al reconocer derechos parentales a la comunidad LGBTQ, aunque también sostiene que la decisión adoptada en el presente caso no concede ninguna protección a la madre de intención privada del derecho a tener una relación con su hijo. Por eso, considera pertinente que el TEDH adapte su razonamiento a lo sostenido en un gran número de sentencias, en las que se ha indicado que “los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación debe considerar los cambios conforme pasa el tiempo y debe reflejar las ‘condiciones actuales’”<sup>43</sup>.

### III. Consideraciones finales

La falta de reconocimiento en el derecho interno de la relación paterno-filial del niño concebido mediante acuerdos de gestación por sustitución celebrados en el extranjero, atenta no sólo contra el derecho al respeto a la vida familiar y privada de los adultos sino también afecta a los propios niños cuyo derecho al respeto de su vida privada se ve sustancialmente dañado.

Hasta que dicha relación sea reconocida por la legislación nacional, se coloca al niño en una situación de inseguridad jurídica respecto a la identidad en la sociedad. Los artículos 7, 8 y 9 de la CDN protegen sus derechos a ser inscripto al nacer, a preservar su identidad y a restablecerla si ha sido privado ilegalmente de algunos o todos sus elementos. La ausencia de sistemas que permitan preservar la información sobre los datos del niño en las organizaciones que facilitan la práctica, el restablecimiento de su identidad puede ser imposible, sobre todo en circunstancias en las que se prevé el anonimato de las mujeres gestantes y de los donantes. El Comité de los Derechos del Niño recomienda que el Estado parte de la CDN “vele por que los niños nacidos mediante gestación subrogada internacional tengan acceso a información sobre sus orígenes”<sup>44</sup>. Durante esa etapa de desconocimiento de la relación jurídica puede ocurrir que a esos niños se les niegue, asimismo, el acceso a la nacionalidad. Esto contraviene las obligaciones que la CDN (artículos 7 y 8) impone a los Estados de prevenir la apatridia como parte del derecho a la identidad del menor.

---

(43) En la sentencia *Tyrer vs. Reino Unido*, 1978, sobre si la práctica de castigo corporal en las escuelas estaba de acuerdo con el CEDH, el TEDH utilizó la interpretación evolutiva por primera vez y estableció la doctrina del instrumento vivo, cfr. Exposición del Juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Branko A. Lubarda, en *Diálogo entre Cortes regionales de Derechos humanos/ Corte Interamericana de Derechos Humanos (comp.)*, San José de Costa Rica, 2020, p. 87 (consulta febrero 2024).

(44) Comité de los Derechos del niño, Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de España, CRC/C/ESP/5-6, 5 de marzo de 2018, párr. 19.

La CDN también garantiza al niño el derecho a conocer y ser cuidado por sus progenitores. Desde el preámbulo se anticipa la importancia que tiene la familia para cuidar y proteger al menor y asegurar su bienestar físico y mental. La negativa de un Estado a reconocer la filiación resultante de un acuerdo de gestación por sustitución, es susceptible de menoscabar el derecho que él tiene de heredar el patrimonio de los progenitores comitentes, salvo que ellos otorguen un testamento a su favor<sup>45</sup>.

Los niños tienen derecho a la integridad personal. Los nacidos por el empleo de estas técnicas, corren mayor riesgo de ser objeto de tratos crueles, inhumanos, degradantes, de tráfico y venta, especialmente cuando los comitentes celebran acuerdos internacionales, debido a la falta de implementación de salvaguardias protectoras por parte de los Estados. Por consiguiente, resulta ineludible establecer procedimientos de vigilancia y evaluación eficaces para que las agencias o personas que actúen como intermediarias estén debidamente reguladas y sujetas a la supervisión nacional<sup>46</sup>. En tal sentido, el Comité de los Derechos del Niño observa que la maternidad subrogada es un tema complejo y plantea muchas cuestiones que quedan fuera del ámbito de aplicación del Protocolo Facultativo de la CDN relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. No obstante, el Comité “recomienda al Estado parte, a la luz de los artículos 1 y 2 del Protocolo Facultativo, que considere la posibilidad de dictar leyes sobre la venta de niños que pueda producirse en el contexto de la maternidad subrogada y quede fuera del ámbito de aplicación del derecho de familia”<sup>47</sup>.

En consonancia con la observación final, sería recomendable que el Estado parte de la CDN adopte todas las medidas necesarias para asegurar que la legislación contenga disposiciones que definan, regulen y vigilen los acuerdos de subrogación internacional y tipifiquen como delito el uso comercial de la maternidad subrogada<sup>48</sup>.

---

(45) LAMM, E. - RUBAJA, N. “Parámetros jurisprudenciales en los casos de gestación por sustitución internacional. Los lineamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y sus repercusiones en el contexto global”, *Revista Bioética y Derecho* no.37, Barcelona, junio 2016, pp. 149-170. Disponible en [http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1886-58872016000200011&lng=es&nrm=iso](http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-58872016000200011&lng=es&nrm=iso) (consulta 15/03/2017).

(46) Consideraciones clave: derechos de los niños y las niñas nacidos mediante gestación subrogada. Nota informativa-UNICEF febrero 2022, disponible en: <chrome-extension://efaidnbmn-nibpcajpcglclefindmkaj/https://www.unicef.org/es/media/128991/file/Key-considerations-on-surrogacy-ES.pdf> (consulta 14/06/2022).

(47) Observaciones finales sobre los informes periódicos tercero y cuarto combinados de los Estados Unidos de América presentados en virtud del artículo 12, párrafo 1, del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, CRC/C/OPSC/USA/CO/3-4, 12 de julio 2017, párr. 25.

(48) Comité de los Derechos del Niño, Observaciones finales sobre los informes periódicos tercero y cuarto combinados de la India, CRC/C/IND/CO/3-4, 7 de julio 2014, párrs. 57-58,

A la vista de los derechos fundamentales en juego, la Conferencia de La Haya consideró que ahora existe una exigencia apremiante en materia de derechos humanos de todas las partes comprometidas en un acuerdo de gestación subrogada, en particular, los derechos del niño y las mujeres gestantes. Dada la naturaleza de las necesidades reseñadas, se plantea la posibilidad de emprender una acción legislativa mundial ante “la necesidad de eliminar la filiación legal claudicante o incierta y la apatridia”, o bien elaborar en una primera etapa, “medidas jurídicas no vinculantes (*soft law*), como principios o directrices no vinculantes”<sup>49</sup> respecto de la maternidad subrogada de carácter internacional.

---

(49) La Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, tras un extenso proceso de consulta que resultó en un informe comparativo titulado “Pertinencia y viabilidad de proseguir los trabajos en el marco del proyecto de filiación / maternidad subrogada” (Documento Preliminar N° 3 B de abril de 2014), el Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia acordó que se debía continuar el trabajo para explorar la viabilidad de preparar un instrumento multilateral, apartados 37 y 48.

# NECESARIA INTERPRETACIÓN CON PERSPECTIVA DE GÉNERO DE LA NORMATIVA EUROPEA EN MATERIA DE DIVORCIO INTERNACIONAL\*

## *GENDER-SENSITIVE INTERPRETATION OF EUROPEAN LAW ON INTERNATIONAL DIVORCE IS NEEDED*

*Juliana Rodríguez Rodrigo* \*\*

**Resumen:** La propuesta de la autora es la interpretación, con perspectiva de género, de la normativa europea existente en materia de crisis matrimonial internacional. En este escenario de la disolución internacional del vínculo nupcial, contamos en la Unión Europea con, por un lado, el Reglamento (UE) 2019/1111, en lo que se refiere a la competencia internacional, y, por otro, tenemos el Reglamento (UE) 1259/2010, relativo a la ley aplicable. Ambos textos no han sido elaborados teniendo en cuenta la posible situación de víctima de violencia de género de la esposa. Ante esta ausencia de sensibilidad del legislador hacia esta realidad, los operadores jurídicos y la doctrina debemos interpretar las normas poniendo el foco en estas posibles situaciones para que, en estos casos particulares, la aplicación de los textos jurídicos sea lo más protectora posible de la mujer y contribuyamos entre todos, también desde la rama del Derecho Internacional Privado, a luchar contra la violencia de género con el objetivo de erradicarla de la sociedad.

**Palabras-clave:** Violencia de género - Divorcio - Reglamento 2019/1111 - Competencia internacional - Reglamento 1259/2010 - Ley aplicable.

**Abstract:** The author's proposal is the interpretation, with a gender perspective, of the existing European regulations on the subject of international matrimonial crisis. In this scenario of the international dissolution of the marriage bond, we have in EU, on the one hand, Regulation (EU) 2019/1111, with regard to inter-

---

\* Trabajo recibido el 14 de marzo de 2024 y aprobado para su publicación el 16 de abril del mismo año.

\*\* Profesora Titular (acred. Catedrática) de Derecho Internacional Privado de la Universidad Carlos III de Madrid, España, e investigadora de la Universidad Siglo 21 de Córdoba, Argentina. ORCID ID: 0000-0002-5896-983X. Correo electrónico: juliana.rodriguez@uc3m.es

Este trabajo queda enmarcado en el Proyecto Interinstitucional otorgado por la Secretaría de Investigación de la Universidad Siglo 21 de Córdoba (Argentina) titulado: "Aspectos internacionales en la protección de las personas migrantes y refugiadas: La transversalidad de la perspectiva de género". Investigadoras principales: Carmen Ruiz Sutil (Universidad de Granada) y Candela Villegas (Universidad Siglo 21, Argentina). Duración: 01/08/2022 a 31/07/2023.

national jurisdiction, and, on the other hand, Regulation (EU) 1259/2010, concerning the applicable law. Both texts have not been drafted taking into account the possible situation of the wife as a victim of gender violence. Given the lack of sensitivity of the legislator towards this reality, legal operators and doctrine must interpret the norms focusing on these possible situations so that, in these particular cases, the application of the legal texts is as protective as possible of women and let us all contribute, also from the branch of Private International Law, to fight against gender violence with the aim of eradicating it from society.

**Keywords:** Gender violence - Divorce - Regulation 2019/1111 - International jurisdiction - Regulation 1259/1010 - Applicable law.

**Sumario:** I. Introducción. II. Normativa general en materia de lucha contra la violencia de género. III. Normativa concreta de regulación del divorcio internacional. IV. Conclusión.

## I. Introducción

1. Según el Instituto Nacional de Estadística de España -INE, en adelante-, el número de mujeres víctimas de violencia de género en el año 2022 fue de 32.644, un 8,3% superior al existente en el año anterior<sup>1</sup>. En este contexto, el INE entiende por mujeres víctimas de violencia de género aquellas inmersas en asuntos en los que se han dictado medidas cautelares u órdenes de protección. Si ya esta cifra nos parece inaceptable, si tuviéramos en cuenta, por ejemplo, el concepto de violencia de género que recoge el Convenio de Estambul, sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, ese número sería exponencialmente superior<sup>2</sup>. En efecto, según esta norma convencional, *“violencia contra las mujeres”* es *“una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y designará todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada”* (art. 3.a). Y, por otro lado, *“violencia contra las mujeres por razones de género”* es *“toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada”* (art. 3.d).

Este año 2022, hubo, también, 1.376 menores víctimas de violencia de género<sup>3</sup>. En relación con este número, en años anteriores no ha habido registros de esta cuestión y no se puede hacer, por tanto, comparación de la evolución de este dato.

---

(1) [https://www.ine.es/prensa/evdvg\\_2022.pdf](https://www.ine.es/prensa/evdvg_2022.pdf)

(2) Instrumento de ratificación del Reino de España, del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011, BOE núm. 137, de 6 de junio de 2014.

(3) [https://www.ine.es/prensa/evdvg\\_2022.pdf](https://www.ine.es/prensa/evdvg_2022.pdf)



2. Las cifras son inasumibles, y van en aumento. Detrás de cada número hay una mujer o un menor cuyas vidas están en peligro. Desde el ámbito penal, civil y administrativo, fundamentalmente, se han adoptado medidas para ayudar a estas víctimas y evitar que sufran más de lo necesario. En realidad, las mujeres, y demás ciudadanos, no deberían sufrir nada por actuaciones provocadas por los seres humanos para hacerles daño, sin embargo, debemos ser realistas y aceptar que es muy difícil erradicar este fenómeno de nuestro entorno. Si bien es complicado eliminar la violencia de género de la sociedad, a la vez, sí debería ser fácil tomar conciencia de que esta realidad es un problema que tenemos todos y, a partir de ahí, se podría, y debería, actuar en consecuencia, con medidas, también jurídicas, que consigan reducir, en el mayor número posible, estos casos.

3. De las 32.644 mujeres víctimas de violencia de género en el año 2022, 12.133 han nacido en el extranjero<sup>4</sup>. Este dato nos indica que el Derecho Internacional Privado, rama del ordenamiento jurídico que se ocupa de regular las situaciones privadas e internacionales, también, puede, y debe, contribuir a acabar con este contexto social y poner todos los medios a su alcance para minimizar el número de víctimas<sup>5</sup>.

4. Desde esta perspectiva jurídica del Derecho Internacional Privado, el legislador puede elaborar las normas de competencia judicial internacional, de ley aplicable y de reconocimiento y ejecución de resoluciones teniendo en cuenta este objetivo de erradicación de la violencia de género. Los operadores jurídicos, por su parte, pueden hacer lo propio para interpretar y aplicar estas normas desde esta perspectiva de la violencia de género.

Centrándonos en la materia de la crisis matrimonial, objeto de este trabajo, el legislador europeo no ha hecho su labor en este sentido y las normas aplicables en los tres sectores mencionados no recogen esta perspectiva de la violencia de género. Ni el reciente Reglamento 2019/1111, relativo a la competencia judicial internacional y a la validez extraterritorial de decisiones en esta materia de crisis matrimoniales, ni el Reglamento 1259/2010, en relación con la ley aplicable, tienen una regulación especial que contemple esta realidad<sup>6</sup>. Son, en consecuencia, los operadores jurídicos los que deberían interpretar y aplicar estas normas desde esta perspectiva de la violencia de género.

---

(4) [https://www.ine.es/prensa/evdvg\\_2022.pdf](https://www.ine.es/prensa/evdvg_2022.pdf)

(5) *Vid.*, en relación con el objeto del Derecho Internacional Privado, CALVO CARAVACA, A.L. - CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. "El Derecho Internacional Privado: Concepto, caracteres, objeto y contenido", en CALVO CARAVACA, A.L. - CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (DIRS.). *Tratado de Derecho Internacional Privado*, t. I, 2ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, p. 120-150.

(6) Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores, DOUE L178, de 2 de julio de 2019 -Bruselas II ter-; Reglamento (UE) 1259/2010, del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, DOUE L343, de 29 de diciembre de 2010.

5. En este artículo vamos a estudiar cómo podría ser el contenido de la normativa mencionada y, consecuentemente, como podría ser interpretada, para que sea coherente con el objetivo que tenemos todos de acabar con esta inaceptable realidad.

Para ello, debemos partir de la definición del supuesto de hecho que vamos a tener en cuenta y al que aplicaremos la normativa aludida. Se trata del caso de una mujer, víctima de violencia de género, que desea divorciarse para romper el vínculo nupcial que le une a su agresor. En estos asuntos de divorcio, lo habitual será el supuesto descrito, lo común será que sea la esposa la que quiera disolver su matrimonio y no al revés. Entenderemos, además, que la mujer es víctima de violencia de género, tal como hace el INE, cuando se hayan adoptado unas medidas cautelares o una orden de protección en relación con ella.

Respecto a este objeto de estudio tan concreto hay poca doctrina, y jurisprudencia, a diferencia de lo que ocurre cuando se trata de poner la perspectiva de género en relación con la sustracción de menores, por ejemplo<sup>7</sup>. Aun así, sin apenas fuentes de las que partir, vamos a intentar contribuir en este punto, precisamente, también, porque está todo por decir y escribir.

## II. Normativa general en materia de lucha contra la violencia de género

6. Antes de adentrarnos en la normativa específica en esta materia de crisis matrimonial, vamos a mencionar una serie de normas, en vigor en España, que regulan aspectos relativos a la protección de la mujer víctima de violencia de género.

---

(7) *Vid.*, entre otros, ESPINOSA CALABUIG, R. “La (olvidada) perspectiva de género en el Derecho Internacional Privado”, *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2019, n° 3, pp. 36-57; LAMONT, R. “Mainstreaming Gender into European Family Law? The Case of International Child Abduction and Brussels II Revised”, *European Law Journal*, vol. 17, n° 3, mayo 2011, pp. 366-384; Pretelli, I. “Una reinterpretación del Convenio de La Haya sobre la sustracción de menores para proteger a los niños de la exposición al sexismo, la misoginia y la violencia contra las mujeres”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 14, n° 2, 2022, pp. 1310-1337; Reig Fabado, I. “Violencia de género en la sustracción internacional de menores: ¿regulación insuficiente, infrautilizada o ambas cosas”, en LARA AGUADO, A. (dir.). *Protección de menores en situaciones transfronterizas: análisis multidisciplinar desde las perspectivas de género, de los derechos humanos y de la infancia*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 903-934; REQUEJO Isidro, M. “Secuestro de menores y violencia doméstica en la Unión Europea”, *Anuario Español de Derecho internacional privado*, t. VI, 2006, 179-194; RUIZ SUTIL, C. “Implementación del Convenio de Estambul en la Refundición del Reglamento Bruselas II bis y su repercusión en la sustracción internacional de menores”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, n° 2, 2018, pp. 615-641; Id., “El enfoque de género en la sustracción internacional de menores”, en Gil Ruiz, J.M. *El convenio de Estambul como marco de derecho Antisubdiscriminatorio*, Dykinson, 2018, pp. 247-278; Id., “International removals in contexts of violence between european asylum law and the best interests of the child. The CJEU case a. V. B., of 2 august 2021”, *Yearbook of Private International Law*, 23, 2021/2022, pp. 349-363; Id., “La violence de genre/conjugale à l’égard des ressortissantes étrangères et leurs enfants face à la dimension transfrontalière dans l’Union européenne”, en Wautelet, P. - Corso, C. (dirs.). *L’accès aux droits de la personne et de la famille en Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2022, pp. 145-171; SALES PALLARÉS, L.- MARULLO, M. C. “Una trilogía inacabada: menores, violencia de género y secuestro interparental”, *Anuario Español de Derecho internacional privado*, t. XIX-XX, 2019, pp. 163-187.

Normas que, no debemos olvidar, deben ser observadas por los legisladores y los operadores jurídicos de los países que son parte de las mismas, entre ellos, España.

7. En este sentido, a nivel internacional contamos con varios textos que se han elaborado con este objetivo de hacernos conscientes de la realidad de violencia de género que nos rodea. Se trata de, entre otras, el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia domésticas, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011, la Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDCM) y su Protocolo facultativo del año 1999, la Recomendación General nº 19 del Comité de la CEDCM sobre la violencia contra la mujer y las Recomendaciones del Comité de Ministros de los Estados del Consejo de Europa, Rec(2002)5, sobre la protección de las mujeres contra la violencia, Rec(2007)17, sobre normas y mecanismo de igualdad entre las mujeres y los hombres, y Rec(2010)10, sobre el papel de las mujeres y de los hombres en la prevención y solución de conflictos y la consolidación de la paz<sup>8</sup>.

Por mencionar sólo una de ellas, el Convenio de Estambul reconoce *“con profunda preocupación que las mujeres y niñas se exponen a menudo a formas graves de violencia como la violencia doméstica, el acoso sexual, la violación, el matrimonio forzado, los crímenes cometidos supuestamente en nombre del “honor” y las mutilaciones genitales, que constituyen una violación grave de los derechos humanos de las mujeres y las niñas y un obstáculo fundamental para la realización de la igualdad entre mujeres y hombres”*. También reconoce *“las violaciones constantes de los derechos humanos en situación de conflictos armados que afectan a la población civil, y en particular a las mujeres, en forma de violaciones y de violencias sexuales generalizadas o sistemáticas y el aumento potencial de la violencia basada en el género tanto antes como después de los conflictos”*.

---

(8) Instrumento de ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia domésticas hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011, BOE núm. 137, de 6 de junio de 2014; Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDCM), aprobada el 18 de diciembre de 1979 (<https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-elimination-all-forms-discrimination-against-women>); Recomendación General nº 19, adoptada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 11º Período de sesiones, 1992 (<https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-sp.htm>); Recomendación Rec(2002)5, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 30 de abril de 2002 y Memorandum explicativo ([https://violenciagenero.igualdad.gob.es/marcoInternacional/ambitoInternacional/ConsejoEuropa/Normativa/docs/Rec\\_2002\\_5\\_Spanish.pdf](https://violenciagenero.igualdad.gob.es/marcoInternacional/ambitoInternacional/ConsejoEuropa/Normativa/docs/Rec_2002_5_Spanish.pdf)); Recommendation CM/Rec(2010)10, of the Committee of Ministers to member states on the role of women and men in conflict prevention and resolution and in peace building, adopted by the Committee of Ministers on 30 June 2010 at the 1089th meeting of the Ministers’ Deputies ([https://search.coe.int/cm/Pages/result\\_details.aspx?ObjectID=09000016805cea74](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805cea74)); Recomendación CM/Rec(2007)17, del Comité de Ministros a los Estados miembros, sobre las normas y los mecanismos de igualdad entre mujeres y hombres, adoptada por el Comité de Ministros el 21 de noviembre de 2007, durante la 1011ª reunión de los representantes de los Ministros (<https://www.inmujeres.gob.es/publicacioneselectronicas/documentacion/Documentos/DE0019.pdf>).

8. En el marco nacional, de la normativa elaborada por el legislador español, tenemos, fundamentalmente, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género<sup>9</sup>. Según esta norma, “1. La presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia. 2. Por esta ley se establecen medidas de protección integral cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a las mujeres, a sus hijos menores y a los menores sujetos a su tutela, o guarda y custodia, víctimas de esta violencia. 3. La violencia de género a que se refiere la presente Ley comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad. 4. La violencia de género a que se refiere esta Ley también comprende la violencia que con el objetivo de causar perjuicio o daño a las mujeres se ejerza sobre sus familiares o allegados menores de edad por parte de las personas indicadas en el apartado primero” (art. 1).

También contamos con la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia<sup>10</sup>. Y, en palabras de la Fiscal de Sala contra la Violencia sobre la Mujer, Teresa Peramato Martín, si bien, en relación con la sustracción de menores, “otra cosa es la necesidad de incorporar la perspectiva de género en los procedimientos -penales y civiles- que se incoen por sustracción de menores de conformidad con el art. 49 del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011 (Convenio de Estambul), que se atienda específicamente a las necesidades de los menores (art. 13) y que en su tramitación y resolución se tengan en cuenta los incidentes de violencia (art. 31) pues, sin duda en uno u otro procedimiento (civil o penal), la decisión que se adopte está íntimamente relacionada con la determinación de la custodia. Además, y toda vez que la resolución va a afectar directamente al menor, este deberá ser oído de conformidad con el art. 2 de la Convención de los Derechos del Niño, 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 1/1994, de 15 de enero, de protección jurídica del menor y 11 de la LO 8/2021. Esta perspectiva está siendo analizada en la Conferencia de La Haya a los efectos de valorar los incidentes de violencia doméstica y de género en los procedimientos de sustracción internacional [...] La necesidad de valorar los incidentes de violencia también ha sido tenida en cuenta en algunas ocasiones por el TEDH, en concreto en la STEDH Gran Sala caso Neulinger Shuruk vs. Suiza, en la que, haciendo alusión a las dificultades a la hora de aplicar el Convenio de La Haya en los casos en que existe violencia doméstica o de género, dijo que el interés del menor debe ser examinado a la luz de las circunstancias concretas y debe prevalecer “sobre consideraciones generales como la evitación de las sustracciones de menores”. En algunas ocasiones los tribunales nacionales han tenido en cuenta los inci-

---

(9) BOE núm. 313, de 29 de diciembre de 2014.

(10) BOE núm. 134, de 5 junio 2021.

*denes de violencia de género y/o doméstica para acordar la no restitución de los menores y también se valoraron por ejemplo en la SAP de Barcelona, Secc. 18ª, 377/21 de 12 de junio. De lo expuesto hasta ahora debemos concluir que no podemos sustraernos a la realidad, más al contrario, conocedores de que la mayor parte de las persona que sustraen a sus hijos e hijas son las madres que, además son las cuidadoras, que esta conducta puede obedecer a la obligación y necesidad de protegerse y de proteger a sus hijos e hijas, lo que procede es extremar la diligencia en la investigación de estos procedimientos (art. 5 del Convenio de Estambul), que han de tramitarse, en todo caso, con respeto a los derechos humanos y con perspectiva de género, al efecto de determinar la incidencia de la violencia de género en la sustracción y dar la respuesta jurídica que sea la más justa y adecuada con aplicación, en su caso, de la circunstancias, exigentes, completas o incompletas que devengan aplicables”<sup>11</sup>.*

9. Como puede comprobarse, nos estamos centrando estrictamente en el entorno de la violencia de género contra la mujer y, en este escenario, por tanto, no mencionamos otras muchas normas dedicadas, en general, a los derechos humanos y a la protección de los menores; salvo la última norma española mencionada, relacionada con la infancia y la adolescencia, y las palabras de la Fiscal Peramato que, por su elocuencia, hemos creído conveniente y necesario recoger.

### III. Normativa concreta de regulación del divorcio internacional

#### 1. Reglamento 2019/1111

10. Como ya ha sido mencionado, esta norma europea, reguladora, entre otras, de la competencia y el reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia matrimonial, no tiene ninguna disposición específicamente prevista para la violencia de género en esta cuestión de la disolución del vínculo nupcial<sup>12</sup>.

Lo que nos planteamos, en este momento, es cómo podría haber sido el contenido de la norma si se hubiera pensado con el objetivo, entre otros, de erradicar la violencia de género de la sociedad europea. Dicho de otra manera, en relación con la competencia judicial internacional, cómo podrían haberse redactado los foros para que su aplicación fuera en consonancia con la lucha contra este problema.

11. Para contestar a la pregunta anterior, hemos de ir a los principios que inspiraron al legislador a la hora de escoger los foros que determinan la competencia

---

(11) Asunto: Consulta sobre aplicación imposición de la pena de prohibición de aproximación en otros delitos contra los deberes familiares, N/Ref. 24/21-26.

(12) En materia de sustracción internacional de menores el texto sí alude a la violencia contra la mujer y establece que las autoridades centrales, órganos jurisdiccionales o autoridades competentes podrán adoptar la decisión de no divulgar información si con ello se perjudicara la salud, la seguridad o la libertad del menor o de otra persona (art. 89.1). Esta decisión será tomada en cuenta por el resto de autoridades centrales, órganos jurisdiccionales y autoridades competentes, en casos de violencia contra la mujer (art. 89.2).

internacional. En general, en cualquier materia, el principal elemento a tener en cuenta para seleccionar el foro es la cercanía y la proximidad de los tribunales competentes al asunto<sup>13</sup>. En concreto, en toda materia en la que se quiera poner la visión de la violencia de género, deberá tenerse en cuenta, además, a la víctima de esta situación.

### *A. Foros de competencia (art. 3)*

**12.** El Reglamento Bruselas II ter recoge siete foros de competencia internacional para casos de separación judicial, nulidad matrimonial y divorcio (art. 3).

Estos siete foros se basan, sobre todo, en el criterio de la residencia habitual de las partes en el litigio. En virtud a ellos, los órganos jurisdiccionales competentes serán los del Estado en el que se sitúe la residencia habitual común de los cónyuges, la última residencia habitual común cuando uno de ellos siga allí, la residencia habitual del demandado, la residencia habitual de cualquiera de los cónyuges cuando la demanda se plantee de mutuo acuerdo, la residencia habitual del demandante cuando haya residido allí al menos uno año antes de la interposición de la demanda, la residencia habitual del demandante, que es nacional de ese Estado, siempre que haya residido allí al menos seis meses antes de la interposición de la demanda, y la nacionalidad común de los cónyuges, todos ellos, en el momento de la interposición de la demanda<sup>14</sup>.

En los foros en los que se utiliza la residencia habitual del demandante, esta parte procesal debe ser uno de los cónyuges cuando se solicita la nulidad matrimonial. Así es, aunque el procedimiento con este objeto en España, por ejemplo, se pueda iniciar, además de por los cónyuges, por el Ministerio Fiscal o por una persona con interés directo y legítimo, en el marco de esta norma, el demandante de nulidad debe ser uno de los cónyuges (art. 74 CC)<sup>15</sup>.

**13.** Como vemos, en este precepto del Reglamento no hay ninguna referencia a la situación de violencia de género que pueda estar sufriendo la esposa. Tampoco existe tal alusión en ningún otro foro de la norma en materia de crisis matrimoniales.

Pues bien, parece adecuado que, si queremos poner el foco en la lucha contra esta lacra, deberemos tener en cuenta la posible situación de violencia de género en la que pueda encontrarse la esposa y crear, o interpretar, los foros en atención a la protección que necesita la mujer, también, cuando solicita la disolución del vínculo nupcial que le une a su agresor.

---

(13) CALVO CARAVACA, A.L. - CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. "Competencia judicial internacional", en CALVO CARAVACA, A.L. - CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, t. I, 2ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, p. 361.

(14) "Órgano jurisdiccional" es cualquier autoridad de cualquier Estado miembro con competencia en las materias que entran en el ámbito de aplicación del presente Reglamento (art. 2.2.1).

(15) STJUE de 13 de octubre de 2016, *Mikołajczyk*, C-294/15, ECLI:EU:C:2016:772, apartado 53.

En este sentido, del mismo modo que en materia de contratos contamos con una regulación particular en relación con los negocios jurídicos en los que existe una parte débil, regulación tuitiva de esta parte que se encuentra en situación de inferioridad respecto de la contraparte, debemos pensar que la mujer, en su relación con su agresor, también es parte débil merecedora de protección<sup>16</sup>. Por esta razón, si bien no hemos llegado a tiempo de elaborar estas normas con esta perspectiva, siempre lo estamos de interpretarlas y aplicarlas en consecuencia.

**14.** Debemos preguntarnos cómo podemos proteger a la mujer víctima de violencia de género en su proceso de disolución del vínculo nupcial desde la competencia judicial internacional. Dicho de otra manera, deberíamos plantearnos qué tribunal resulta el más idóneo en estos casos en los que debe primar la seguridad de la mujer.

Estamos hablando de foros de competencia judicial internacional, esto es, lo que se está dirimiendo es determinar qué Estado debe tener la competencia<sup>17</sup>. También podría concretarse a través de estos foros el tribunal nacional territorialmente competente, sin embargo, si con carácter general el legislador europeo sólo establece qué Estado va a tener la competencia, creemos que no sería adecuado que, en estos casos particulares de violencia de género, se determinara, también, el concreto órgano jurisdiccional nacional que debería tener la competencia. De este punto se debería encargar la normativa procesal interna del Estado del foro.

**15.** Quizá, lo más conveniente en estos casos es que el proceso de crisis matrimonial, que será iniciado normalmente por la mujer, se sustancie ante los tribunales del Estado de su residencia habitual o, también, ante los del país en el que se encuen-

---

(16) El Convenio de Estambul, ya mencionado, reconoce que *“la naturaleza estructural de la violencia contra las mujeres está basada en el género, y que la violencia contra las mujeres es uno de los mecanismos sociales cruciales por los que se mantiene a las mujeres en una posición de subordinación con respecto a los hombres”*.

(17) En materia de familia, los foros suelen ser de competencia judicial internacional en sentido estricto, esto es, determinan el Estado cuyos órganos jurisdiccionales van a ser los competentes. Todo ello, salvo que el foro sea el de sumisión y, por tanto, se base en el acuerdo de las partes. Así ocurre en este Reglamento 2019/1111, en el Reglamento de régimen económico matrimonial y el de relaciones patrimoniales de las uniones registradas o en el Reglamento sucesorio europeo (Reglamento (UE) N° 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económico matrimoniales, DOUE L183, de 8 julio 2016; Reglamento (UE) N° 2016/1104 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas, DOUE L183, de 8 julio 2016; Reglamento (UE) N° 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo, DOUE L201, de 27 julio 2012). El Reglamento en materia de alimentos es una excepción en este sentido (Reglamento (CE) N° 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos, DOUE L7, de 10 enero 2009).

tre la víctima residiendo aunque no pueda considerarse, todavía, que de manera habitual. Con ello, conseguimos que la mujer no tenga que salir de su entorno de protección, del territorio en el que, posiblemente, se hayan activado los protocolos de atención y salvaguarda de la víctima de violencia de género. Lo habitual será que la esposa inicie el proceso de divorcio en cualquiera de estos Estados, no obstante, si fuera el marido quien quisiera iniciar el procedimiento, posiblemente con otros fines distintos a la mera disolución del vínculo, debería establecerse que sólo pudiera interponer la demanda ante los tribunales del Estado de residencia habitual de la mujer en estos casos de violencia de género.

### ***B. Posible interpretación de los foros del Reglamento 2019/1111***

16. Aunque lo ideal es que los foros se hubieran redactado con esta perspectiva de género, la realidad manda y no ha sido así<sup>18</sup>. De esta manera, lo que ahora puede hacerse es interpretar y aplicar los mismos de manera acorde con este objetivo de protección de la víctima.

17. De forma similar a lo que ocurre en el marco de los contratos con los consumidores, una manera de proteger a la mujer víctima de violencia de género es que la demandante pueda interponer la demanda en cualquiera de los Estados a los que conducen los foros del artículo 3 pero, en cambio, si fuera el marido quien demandara -supuesto excepcional, por otra parte-, sólo pudiera hacerlo ante los órganos jurisdiccionales del país de residencia habitual de la esposa<sup>19</sup>. También, se

---

(18) *Vid.*, en este sentido, RUIZSUTIL, C. “Movilidad intra-europea de las mujeres extranjeras irregulares víctimas de la violencia intrafamiliar: carencia de igualdad de género en la normativa de la Unión Europea”, *La Ley Unión Europea*, n° 83, 2020, p. 9.

(19) RUIZSUTIL, C. “Movilidad intra-europea de las mujeres extranjeras irregulares víctimas de la violencia intrafamiliar: carencia de igualdad de género en la normativa de la Unión Europea”, *La Ley Unión Europea*, n° 83, 2020, p. 10. La autora también incluye, como Estado que debería ser competente cuando es la mujer la que inicia el procedimiento de ruptura del vínculo matrimonial, al país en el que la víctima haya interpuesto una denuncia por violencia de género (Ruiz Sutil, C. *Las violencias de género en entornos transfronterizos. Interconexión de las perspectivas de extranjería, asilo y del derecho internacional privado*, Dykinson, 2023, pp. 82-83 (en prensa). Sin embargo, aun estando de acuerdo con ella, si este territorio no es el de su residencia habitual, siendo posible, será más complicado para la víctima tener que seguir el largo procedimiento de divorcio en ese Estado en el que no reside de manera habitual; y, mucho más, si la pareja tuviera hijos que debieran seguir su vida diaria de ir al colegio y relacionarse con sus amigos en el Estado de origen. También es verdad, que ese país en el que la mujer pueda interponer una denuncia por violencia de género puede ser un Estado en el que se encuentre residiendo pero en el que todavía no se pueda considerar jurídicamente que tenga residencia habitual. En este caso, como ya se ha comentado antes, sí estaríamos plenamente alineados con la autora a la hora de considerar que la mujer pueda interponer su demanda de divorcio ante los órganos jurisdiccionales de este país. Profundizando más en esta cuestión, otra consideración distinta es que el Estado en el que la mujer ha interpuesto la denuncia por violencia de género sea el de su residencia habitual y que se entienda conveniente que el tribunal que esté conociendo de la denuncia conozca, también, del divorcio. Esta es una cuestión ya interna, que no tiene por qué venir regulada por las normas de origen supranacional y que pueden regular las normas internas del Estado compe-



podría dispensar de los foros de la residencia habitual del demandante, el requisito de que esta parte procesal haya estado en ese Estado seis meses o un año antes de la interposición de la demanda, cuando la demandante fuera la mujer<sup>20</sup>.

18. Con esta interpretación, observamos, entre otros, el Convenio de Estambul, sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, según el cual, *“Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para promover y proteger el derecho de todos, en particular de las mujeres, a vivir a salvo de la violencia tanto en el ámbito público como en el ámbito privado”* (art. 4.1)<sup>21</sup>.

## 2. Reglamento 1259/2010

19. En el marco de la ley aplicable, el Reglamento 1259/2010 -Reglamento Roma III- contiene normas de conflicto para determinar el Derecho rector del divorcio o la separación judicial.

Dejando al margen el caso de elección de ley por los cónyuges, por ser un supuesto muy poco probable en este contexto, debemos acudir al artículo 8 para conocer cuál será la ley aplicable a estos asuntos.

20. También aquí, en el sector de la ley aplicable, debemos plantearnos qué se puede hacer para actuar a favor de la víctima. Está claro que se debe pensar en aplicar un Derecho que, además de permitir el divorcio de la pareja, lo haga sin trabas ni exigiendo motivos. Por lo tanto, junto al principio fundamental que inspira al legislador a la hora de seleccionar el punto de conexión de la norma de conflicto, cual es, que el Derecho aplicable sea del Estado más conectado con el caso y, así, se tenga el cuenta el principio de previsibilidad para las partes de la ley aplicable, habrá que añadir el criterio que permita facilitar la disolución del vínculo solicitada, normalmente, por la esposa.

---

tente, como así hace el legislador español. En efecto, según indica la LOPJ, los Juzgados de violencia sobre la mujer serán competentes, de manera exclusiva y excluyente, en materia civil relativa, entre otras, a la nulidad, separación judicial o divorcio, si concurren simultáneamente estos requisitos: *“b) Que alguna de las partes del proceso civil sea víctima de los actos de violencia de género, en los términos a que hace referencia el apartado 1 a) del presente artículo; c) Que alguna de las partes del proceso civil sea imputado como autor, inductor o cooperador necesario en la realización de actos de violencia de género; d) Que se hayan iniciado ante el Juez de Violencia sobre la Mujer actuaciones penales por delito o falta a consecuencia de un acto de violencia sobre la mujer, o se haya adoptado una orden de protección a una víctima de violencia de género”* (art. 87 ter, 3 LOPJ).

Véase, el artículo 18 del Reglamento 1215/2012, en relación con los contratos celebrados con consumidores (Reglamento (UE) N° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, DOUE L351, de 20 diciembre 2012.

(20) RUIZ SUTIL, C. *“Movilidad intra-europea de las mujeres extranjeras irregulares víctimas de la violencia intrafamiliar: carencia de igualdad de género en la normativa de la Unión Europea”*, *La Ley Unión Europea*, n° 83, 2020, p. 10.

(21) *Ibidem*.

### **A. Puntos de conexión de la norma de conflicto**

**21.** Como decíamos antes, el primer punto de conexión que regula Roma III es la autonomía de la voluntad. Así es, los cónyuges pueden elegir la ley aplicable a la disolución de su vínculo matrimonial, ahora bien, no pueden escoger el ordenamiento que ellos quieran, deberán elegir uno de entre las opciones que ofrece la norma. Según dispone el artículo 5 del Reglamento, los cónyuges pueden convenir que la ley aplicable sea una de las siguientes: la ley de la residencia habitual común, la ley de la última residencia habitual común cuando uno de ellos siga residiendo allí, la ley de la nacionalidad de cualquiera de ellos, todas ellas, en el momento de la celebración del acuerdo, o la ley del foro.

**22.** Es verdad que en el marco de esta norma de conflicto pueden incidir situaciones de superioridad del marido a la hora de celebrar el acuerdo de elección de ley pero, como estamos tomando como referencia el concepto de violencia de género utilizado por el INE en la estadística que expusimos al comienzo del trabajo, no vamos a analizar estas situaciones de concurrencia del artículo 5 porque, en este contexto, normalmente, el marido no querrá divorciarse de la mujer y no llegará, por ende, a ningún acuerdo en este sentido<sup>22</sup>.

**23.** El artículo 8, por su parte, indica que la ley aplicable a estos casos de divorcio y separación judicial será, en defecto de elección de Derecho, el ordenamiento del Estado de residencia habitual de los cónyuges en el momento de interposición de la demanda. En el caso de que no haya residencia habitual común en ese momento, la ley aplicable será la del Estado de la última residencia habitual común, cuando uno de ellos siga residiendo allí y no hayan pasado más de 12 meses desde que dejó de ser común. En tercer lugar, en defecto de lo anterior, la ley aplicable será la de la nacionalidad común de los cónyuges, en este momento de presentación de la demanda. Por último, si tampoco puede operar esta conexión, el Derecho rector será el del foro.

**24.** Igualmente, como vemos, en este sector de ley aplicable tampoco hay ninguna regulación especial para estos casos de violencia de género<sup>23</sup>. La selección de los puntos de conexión se hace siguiendo el principio objetivo de vinculación más estrecha y se aplica a todas las demandas de separación judicial o divorcio.

Sin embargo, como ya se ha mencionado, si queremos sumar el objetivo de proteger a la esposa víctima de violencia de género también, desde este sector de la

---

(22) *Vid.*, en el sentido de exigir que la elección de ley se realice ante un notario, abogado o juez, para que se compruebe la libertad de la mujer a la hora de elegir la ley aplicable, VAQUERO LÓPEZ, C. "Mujer, matrimonio y maternidad: cuestiones de Derecho internacional privado desde una perspectiva de género", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, n° 1, 2018, p. 453.

(23) RUIZ SUTIL, C. "Movilidad intra-europea de las mujeres extranjeras irregulares víctimas de la violencia intrafamiliar: carencia de igualdad de género en la normativa de la Unión Europea", *La Ley Unión Europea*, n° 83, 2020, p. 10.

determinación del Derecho aplicable al proceso de crisis matrimonial, deberíamos tener en cuenta varias consideraciones. La primera es que, habitualmente, será la esposa la que quiera divorciarse de su marido y será ella, por tanto, la que inicie el procedimiento. En segundo lugar, todos los ordenamientos del mundo contemplan el divorcio, todos salvo el Estado de Ciudad del Vaticano y Filipinas<sup>24</sup>. Por ello, independientemente de cuál sea el Derecho aplicable, la esposa podrá tener acceso al divorcio. Ahora bien, en tercer lugar, pensando en la víctima y en que el divorcio es la vía para desvincularse, jurídicamente al menos, de su agresor, no basta con que en el Derecho aplicable se regule el divorcio, lo importante es que, además, se consiga sin trabas, sin necesidad de justificar algún motivo para ello; al menos, para la esposa.

**25.** La anterior conclusión puede resultar un poco llamativa puesto que, si bien casi todos los Estados contemplan el divorcio, la mayoría de ellos recogen causas para declararlo. Además de llamativa, es difícil conseguir el objetivo querido con ella. Así es, si son pocos los países en los que se admite el divorcio sin causa -entre ellos, España-, cabría preguntarse cómo se puede llegar a aplicar uno de estos escasos ordenamientos a través de puntos de conexión objetivos.

Ante esta dificultad, parece lo más oportuno diseñar la norma de conflicto con el formato de una norma materialmente orientada con el objetivo de la disolución del vínculo de la manera menos gravosa para la esposa, en estos casos de violencia de género. De esta forma, a través de los distintos puntos de conexión y con este objetivo material, se escogerá el Derecho que menos trabas recoja para la mujer a la hora de conseguir romper su vínculo nupcial con su agresor. Incluso, nos atreveríamos a decir que también para el marido, ya que, normalmente, aunque inicie el proceso de divorcio el esposo, en estas circunstancias, la mujer también querrá disolver el ligamen matrimonial.

**26.** El artículo 10 del Reglamento, en sintonía con la lucha contra la discriminación de la mujer, y muy cercano, por tanto, a nuestro objetivo de actuar frente a la violencia de género, indica que si la ley a la que conduce la norma de conflicto aplicable regula de manera discriminatoria por razón de sexo el acceso al divorcio, se rechazará y se aplicará en su lugar, la ley del foro -*cláusula española*<sup>25</sup>-. No nos encontramos en el ámbito de la violencia de género porque, siguiendo la Ley española 1/2004, por ejemplo, aquí quien discrimina a la mujer es el legislador y no su pareja o allegado, pero, por su vinculación con nuestro tema, creemos conveniente, siquiera mencionar, que la discriminación que recoge el artículo 10, aquella que debe

---

(24) CALVO CARAVACA, A.L. - CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. "Crisis matrimoniales", en CALVO CARAVACA, A.L. - CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (dirs.). *Tratado de Derecho Internacional Privado*, t. II, 2ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, p. 1785.

(25) CALVO CARAVACA, A.L.- CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. "Crisis matrimoniales", en CALVO CARAVACA, A.L.- CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (dirs.). *Tratado de Derecho Internacional Privado*, t. II, 2ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, p. 1788.

hacer al operador jurídico aplicar la ley del foro, es la que aparezca en la norma y no la que resulte de su aplicación al caso concreto. Lo anterior puede llevar a situaciones en las que, aunque la norma no sea igualitaria, en el caso concreto beneficie a la mujer y, sin embargo, no se aplique porque, en abstracto, es discriminatoria. Esta conclusión, “no se compadece con la justicia material del caso concreto, necesaria para resolver el litigio con perspectiva de género. Desde esta óptica, si la ley extranjera satisface el interés de la mujer en aceptar un divorcio, aun discriminatorio, debería poder aplicarse. Ahora bien, en este caso deberá velarse por que la aceptación de ese divorcio no responda a una coacción ejercida por el otro cónyuge, sino a la voluntad de la mujer de salir de una situación conflictiva”<sup>26</sup>.

### ***B. Posible interpretación de los puntos de conexión***

27. Tal como están establecidos los puntos de conexión no es posible hacer ninguna interpretación de los mismos que conduzca a aplicar el Derecho de un Estado que admita el divorcio y lo condicione al menor y más factible número de trabas posibles.

28. Los puntos de conexión están dispuestos de manera jerárquica y, en ningún caso, contemplan la exigencia de que el ordenamiento aplicable permita fácilmente el objetivo de la esposa de divorciarse de su marido. Con esta estructura y contenido, es difícil encontrar una interpretación que lleve a la consecución de este propósito, sobre todo, porque la norma está basada en puntos de conexión objetivos y no recoge ninguna consideración material de este tipo.

El único precepto alineado con las soluciones aportadas teniendo en cuenta la perspectiva de género sería el artículo 10, el cual, entre otras prohibiciones, impide que se aplique una ley que no contemple el divorcio. En nuestro caso de referencia, el de hombre y mujer, en el que el primero ejerce violencia sobre la segunda, esta *cláusula italiana* no aporta prácticamente nada al encontrarse regulado el divorcio, como ya hemos comentado, en todos los países del mundo salvo el Vaticano y Filipinas, en este último caso, además, está contemplado para los musulmanes pero no para los católicos<sup>27</sup>. Por lo tanto, la idea de que se permita que la mujer pueda

---

(26) VAQUERO LÓPEZ, C. “Mujer, matrimonio y maternidad: cuestiones de Derecho internacional privado desde una perspectiva de género”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, nº 1, 2018, pp. 454-455.

*Vid.*, también, Conclusiones del Abogado General en el asunto C-372/16, *Sahyouni*, en el que interpreta el artículo 10 en sentido literal sin tener en cuenta la aplicación de la norma al caso concreto (Conclusiones del Abogado General Sr. Henrik Saugmandsgaard OE, presentadas el 14 de septiembre de 2017, en el asunto C-372/16, *Sahyouni*, ECLI:EU:C:2017:686, punto 89).

(27) CALVO CARAVACA, A.L.- CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. “Crisis matrimoniales”, en Calvo Caravaca, A.L.- Carrascosa González, J., (dirs.). *Tratado de Derecho Internacional Privado*, t. II, 2ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, p. 1784.

divorciarse de su marido va a conseguirse en prácticamente todos los casos sin necesidad de acudir al artículo 10.

#### IV. Conclusión

**Primera.** La violencia de género es una realidad en nuestro entorno y no debemos permanecer impasibles ante ella. Desde la disciplina del Derecho Internacional Privado debemos contribuir a luchar contra la violencia de género, debemos poner nuestro granito de arena y unirnos al resto para, entre todos, conseguir avanzar en este propósito de eliminar estos casos de la sociedad.

**Segunda.** Nuestra contribución puede tener dos protagonistas. Por un lado, el legislador, quien puede elaborar las normas teniendo en cuenta esta perspectiva de género. Por otro, los operadores jurídicos y la doctrina, quienes podemos interpretar y aplicar los textos jurídicos poniendo el foco en esta realidad.

En materia de crisis matrimoniales internacionales, el legislador europeo no se ha sentido preocupado en este objetivo y las normas existentes en los tres sectores del Derecho Internacional Privado no tienen la perspectiva de género. Sin embargo, los operadores jurídicos, ayudados por la doctrina, sí pueden imprimir este carácter a las normas a través de su interpretación y posterior aplicación.

**Tercera.** En el caso del Reglamento 2019/1111, por lo que se refiere a la competencia internacional en materia de crisis matrimoniales, los siete foros que recoge el artículo 3 de la norma podrían ser interpretados, en estos casos de mujeres víctimas de violencia de género, en el sentido de dar un tratamiento especial a la esposa. De este modo, por ejemplo, podría considerarse que la mujer demandante de divorcio podría utilizar cualquiera de los foros que ofrece este precepto y, sin embargo, el marido, sólo debería demandar ante los tribunales del Estado de la residencia habitual de la esposa. Y, en el supuesto de que se active el foro de la residencia habitual de la demandante por parte de la mujer, sería adecuado, también, no exigir los seis meses o el año de estancia en ese país, para que pueda operar el foro y atribuir competencia a los órganos jurisdiccionales del Estado de la residencia habitual de la esposa. También, podría permitirse que la mujer demande en el país en el que, sin tener residencia habitual, se encuentre residiendo.

Esta interpretación se realiza con el objetivo de proteger a la víctima de violencia de género y evitar que tenga que salir de su entorno para conseguir el divorcio de su agresor. En ese entorno de su residencia habitual, normalmente, se habrán adoptado las medidas de protección necesarias para que la mujer se encuentre lo más segura posible.

**Cuarta.** Por último, en relación con el Reglamento 1259/2010, en materia de ley aplicable, con el mismo propósito de protección de la esposa y de poner el foco en ella y en su debilidad frente a su pareja, parece conveniente buscar que el orde-

namiento aplicable a la crisis matrimonial sea aquel que, además de contemplar el divorcio, lo haga con las menores trabas posibles para la esposa.

El Reglamento Roma III no está pensado con este propósito y no recoge una norma de conflicto que lleve a este resultado material. Por esta razón, como decíamos en relación con el texto europeo de competencia, son los operadores jurídicos los que deben interpretar la norma para conseguir este objetivo. Sin embargo, en este caso, es difícil realizar esta labor sin distorsionar la norma de conflicto dada.

El Reglamento 1259/2010 debería contener un precepto que sea una norma de conflicto materialmente orientada, que busque como objetivo conseguir que la esposa se divorcie de su agresor de la manera más fácil posible y, para ello, debería estar dispuesta con diversos puntos de conexión, todos ellos, en la misma posición jerárquica para que sea el operador el que escoja aquel que permita a la esposa romper su vínculo nupcial de la manera más fácil y con el menor número de trabas posible.

# LA ACCION EXTERIOR DE GALICIA TRAS CUARENTA AÑOS DE ESTATUTO DE AUTONOMÍA\*

## THE FOREIGN ACTION OF GALICIA AFTER FORTY YEARS OF AUTONOMY STATUTE

María Teresa Ponte Iglesias\*\*

**Resumen:** Desde la adopción del Estatuto de Autonomía, la Comunidad Autónoma gallega ha afrontado la responsabilidad de trazar y desarrollar una estrategia de acción exterior propia acorde con sus intereses particulares, aprovechando todas las posibilidades mínimas y máximas de desarrollo de la autonomía política, pese a las limitadas disposiciones estatutarias en este sentido. Esta acción exterior se ha visto potenciada por la dimensión europea, atlántica y transfronteriza de Galicia. En este contexto, las fases de desarrollo de la Acción Exterior de Galicia han seguido una línea ascendente y bien definida. La consolidada jurisprudencia constitucional y la nueva legislación estatal sobre acción exterior del Estado y sobre tratados de 2014 vino a avalar y justificar un avance en la dinámica planificadora de la acción exterior de nuestra Comunidad Autónoma, constituyendo la Ley 10/2021, reguladora de la acción exterior y de la cooperación para el desarrollo de Galicia un paso significativo.

**Palabras clave:** Estatuto de autonomía - Acción exterior del Estado - Acción exterior de las Comunidades Autónomas - Cooperación transfronteriza - Lusofonía.

**Abstract:** Since the adoption of the Statute of Autonomy, the Galician Autonomous Community has faced the responsibility of drawing up and developing its own external action strategy in accordance with its interests, taking advantage of all the minimum and maximum possibilities of developing political autonomy, despite the limited statutory provisions in this regard. This external action has been enhanced by the European, Atlantic, and cross-border dimension of Galicia. In this context, the development phases of the Galician External Action have followed an ascending and well-defined line. The consolidated constitutional jurisprudence and the new state legislation on external action of the State and on treaties of 2014 came to endorse and justify an advance in the planning dynamics of the external action of our Autonomous Community, constituting

---

\* Trabajo publicado bajo el título en portugués "A acción exterior de Galicia tras corenta anos de Estatuto de autonomía", en *Revista Administración & Cidadanía*, EGAP Vol. 17, núm. 1, 2022, pp. 213-234. Incluido para su publicación en español en la Revista de la Facultad el 15 de marzo de 2024.

\*\* Catedrática de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales. GRESIN - Universidad de Santiago de Compostela <https://orcid.org/0000-0002-7771-7005mteresa.ponte@usc.es> |

the Law 10/2021, regulating the action external affairs and cooperation for the development of Galicia a significant step.

**Keywords:** Statute of autonomy - External action of the State - External action of the Autonomous Communities - Cross-border cooperation – Lusophony.

**Sumario:** 1. Introducción. 2. La acción exterior de Galicia: Balance de una práctica consolidada. A) Proyección exterior europea y transfronteriza. B) Proyección exterior en América Latina. 3. Un nuevo marco regulador para la acción exterior de Galicia. A) La revisión estatutaria. B) La nueva legislación estatal sobre acción exterior del Estado u sobre tratados. C) La Ley 10/2021 reguladora de la acción exterior y de la cooperación para el desarrollo de Galicia. 4. A modo de conclusión. 5. Bibliografía.

## 1. Introducción

Desde la adopción del Estatuto de Autonomía para Galicia el 6 de abril de 1981 han transcurrido cuatro décadas a lo largo de las cuales la Comunidad Autónoma gallega ha desarrollado y acumulado una intensa *actividad exterior propia* derivada tanto de su participación en los mecanismos de la Unión Europea como del ejercicio de sus competencias materiales en el medio internacional<sup>1</sup>, pese a no contener el Estatuto previsiones amplias en este sentido ni tampoco prosperar el proceso de revisión estatutaria emprendido por el Gobierno gallego en 2006 para dotar a nuestra Comunidad Autónoma de las reglas básicas en torno a las que modular su actividad exterior<sup>2</sup>.

En plena eclosión de los Estatutos autonómicos asentados en el Título VIII de la Constitución española de 1978, la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales se reunió, en Santiago de Compostela en junio de 1981<sup>3</sup>, para reflexionar sobre las repercusiones jurídico-político-internacionales de la autonomía en el orden internacional y europeo e indagar sobre las vías por donde en el Derecho español sería posible canalizar una participación efectiva

---

(1) Sobre el particular ver PUEYO LOSA, J. "Algunas reflexiones sobre la actividad exterior de Galicia y las relaciones internacionales del Estado", *Dereito. Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, Vol. 3, Nº 2, 1994, pp. 9-46; *Id.* "La participación de Galicia en las relaciones internacionales del Estado", *Dereito. Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, Vol. 4, Nº 2, 1995, pp. 161-200; *Id.* "La actividad exterior de Galicia en el marco de las relaciones internacionales de un Estado de estructura compleja", *La actividad exterior y comunitaria de Galicia. La experiencia de otras Comunidades Autónomas* (Jorge Pueyo Losa y M<sup>a</sup> Teresa Ponte Iglesias, eds.), Fundación Alfredo Brañas, Colección Derecho nº 9/1997, pp. 199-258.

(2) Vid. GARCÍA PÉREZ, R. "La reforma que no fue: El Estatuto de Autonomía y la acción exterior de Galicia", *La acción exterior de las Comunidades Autónomas en las reformas estatutarias* (Rafael García Pérez, Dir.), Tecnos, Madrid, 2009, pp. 263-283.

(3) *Constitución, Comunidades Autónomas y Derecho Internacional*, VI Jornadas de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, Santiago de Compostela, 1-4 de junio de 1981, Xunta de Galicia, 1982.



de los entes territoriales autónomos en la gestación y conducción de la acción internacional del Estado, adaptando así el sistema de las relaciones entre el Derecho internacional y el derecho interno a la vez que se aseguraba una acción integrada, sin desfases o disfunciones de los distintos niveles de poder estatal en el plano de las relaciones internacionales<sup>4</sup>.

A partir de este momento, los profesores Manuel Pérez González y Jorge Pueyo Losa abrieron una línea de investigación en la escuela compostelana a la que nos fuimos sumando algunos de sus discípulos con el objetivo de contribuir, a través del esfuerzo conjunto, a enriquecer el *acervo doctrinal* en una materia dinámica y que incluye una diversidad de aspectos donde las Comunidades Autónomas, han ido desarrollando, con distinto grado, actuaciones que han supuesto una proyección exterior de su actividad política, siendo la Comunidad Autónoma de Galicia una de las más activas en este campo.

Valgan las consideraciones precedentes como punto de partida genérico de este trabajo cuyo objetivo es aportar una perspectiva general sobre el desarrollo de la acción exterior de la Comunidad Autónoma de Galicia en el 40 aniversario de la adopción de su Estatuto de Autonomía.

## **2. La acción exterior de Galicia: Balance de una práctica consolidada**

En un Estado de estructura compleja como el nuestro, la determinación de las respectivas capacidades de los distintos poderes, y de su necesaria interrelación, en el orden de las relaciones internacionales ha sido una cuestión difícil que progresivamente se ha ido flexibilizando y acomodando a la práctica de hechos consumados desarrollada por las Comunidades Autónomas (en adelante CCAA); y ello, aun a pesar del recelo mostrado al respecto por el Gobierno central y de los criterios tan rígidos mantenidos por el Tribunal Constitucional en la interpretación del art. 149.1.3 de la Constitución en relación con el contenido de la noción de “relaciones internacionales”. La STC 165/1994, de 26 de mayo, por la que se resolvía el conflicto positivo de competencias entre el Gobierno del Estado y el del País Vasco supondrá una flexibilización al asumir en buena medida los planteamientos que los internacionalistas veníamos defendiendo desde la aprobación de la Constitución. El Tribunal puntualizó que no cabía identificar toda actividad de proyección exterior con la materia “relaciones internacionales” que la Constitución reserva a la competencia estatal. Desde la posición de las CCAA se venía así a consagrar “la constitucionalidad de aquella actividad autonómica en el exterior en ejercicio de sus competencias, o en defensa de los intereses que le son propios, siempre y cuando no supongan ni la asunción de las funciones reservadas a los sujetos de Derecho

---

(4) Vid. PÉREZ GONZÁLEZ, M. “Presentación”, en *Ibid.*, pp. 7 y 8.

Internacional (tratados, representación exterior y asunción de la responsabilidad internacional), ni interfirieran en la dirección de la política exterior”<sup>5</sup>.

Por otro lado, el Estatuto de Galicia al igual que otros Estatutos de Autonomía solo contenía disposiciones muy limitadas sobre la capacidad de acción exterior de la Xunta. Estas previsiones en nuestro caso se centraban básicamente en la posibilidad de solicitar al Gobierno del Estado la celebración de tratados internacionales que permitieran el establecimiento de relaciones culturales con los Estados en los que mantengan particulares vínculos culturales o lingüísticos o se asienten comunidades gallegas.

En este contexto, las fases de desarrollo de la Acción Exterior de Galicia han seguido una línea ascendente y bien definida. La Comunidad Autónoma gallega comenzó a desarrollar una acción exterior derivada de la práctica que, después de la Sentencia 137/1989, de 20 de julio sobre el conflicto positivo de competencias en relación con el comunicado de colaboración suscrito entre el Consejero de Ordenación y Medio Ambiente de la Xunta de Galicia y la Dirección General de Medio Ambiente del Gobierno de Dinamarca, no fue cuestionada<sup>6</sup>.

El entorno geográfico-regional en el que se sitúa Galicia y sus características históricas, culturales y socioeconómicas marcarán su actividad exterior propia. Su condición de región ribereña del Atlántico determina que esta actividad venga condicionada por la *dimensión atlántica*, trascendida por un *doble eje europeo y americano*, fruto de los vínculos históricos, culturales y socioeconómicos que nos ligan a ambos continentes<sup>7</sup>.

### **A) Proyección exterior europea y transfronteriza (ubicar título)**

Ante todo, la vocación europea de Galicia y la dinámica del proceso de integración europea favorecerá la proyección europea y transfronteriza de Galicia<sup>8</sup>.

---

(5) BUSTOS GISBERT, R. “El debate sobre la acción exterior de las Comunidades Autónomas: acción exterior de las Comunidades Autónomas”, *Informe Comunidades Autónomas*, N° 2013, 2013, p. 73.

(6) Un comentario de la Sentencia en PÉREZ GONZÁLEZ, M. “La ‘onda regional’ en Bruselas y el ámbito del poder exterior”, *Revista de Instituciones Europeas*, N° 3, 1994, pp. 849 y ss.

(7) PUEYO LOSA, J. “Algunas reflexiones sobre la actividad exterior de Galicia...”, *op. cit.*, p. 12. *Id.* “La actividad exterior de Galicia en el marco de las relaciones de un...”, *op. cit.*, p. 206.

(8) En este sentido, FRAGA IRIBARNE subrayaba que “Galicia se presenta como una región europea, avalada por dos realidades históricas, bien diferentes pero que han dejado su huella imborrable en nuestra pasada y reciente historia. De un lado, y como hecho cultural de gran dimensión, el Camino de Santiago ha sido a lo largo de muchos siglos un lugar de encuentro entre gentes y costumbres de diversos territorios europeos, teniendo como símbolo el peregrinaje a Santiago, que ha sido y es en definitiva hoy el Camino de Europa. De otro lado, el fenómeno de la inmigración, de efectos más traumáticos, a través del cual miles de gallegos han aportado su trabajo en la construcción de lo que muchos países de Europa presentan actualmente”, “Galicia su presencia en Europa”, *Noticias CEE*, N° 72, 1991, p. 9.

Por una parte, en el *contexto europeo*, ésta buscará, su protagonismo y participación tanto a nivel comunitario (por sí misma o a través del Estado en los asuntos relacionados con la UE mediante la Conferencia para Asuntos Relacionados con la Unión Europea y de la red de conferencias sectoriales) como a través de su participación en los distintos organismos europeos de cooperación interregional. Por otra, en el *contexto transfronterizo* los intereses exteriores de Galicia se volcarán en el Norte de Portugal con el consiguiente desarrollo de una intensa cooperación transfronteriza entre la Comunidad Autónoma de Galicia y la Comisión de Coordinación y Desarrollo del Norte de Portugal articulada a través de la Comunidad de Trabajo Galicia-Norte de Portugal<sup>9</sup>.

La Unión Europea crea mecanismos que facilitarán la participación de los entes infraestatales en el diseño de sus políticas, avalando con ello el reconocimiento de su capacidad de acción supraestatal. Así la Comunidad Autónoma gallega contará con representantes en instituciones y órganos europeos.

Pero, sin duda, al margen de la participación de Galicia en los asuntos de la Unión Europea, las relaciones multilaterales interregionales y las relaciones bilaterales con algunas regiones europeas se convertirán en una pieza clave de la acción exterior de Galicia. Así, en el marco de las primeras, la Comunidad Autónoma gallega buscará singularizar sus intereses en el ámbito de las regiones atlánticas, en particular en el seno de la Conferencia de Regiones Periféricas y Marítimas, la Conferencia de Regiones del Sur de la Europa Atlántica, la Asociación de Regiones Fronterizas Europeas y la Asamblea de Regiones de Europa, entre otras asociaciones regionales. Y en lo concerniente a las relaciones bilaterales, Galicia mantendrá contactos con la Región de los Países del Loira, la Región de Bretaña, la Región de Piamonte o el Condado de Essex con el fin de realizar actividades promocionales

---

(9) Un análisis de la Comunidad de Trabajo Galicia-Región Norte de Portugal en BRAGA DA CRUZ, L. "La cooperación transfronteriza entre el Norte de Portugal y Galicia. De la experiencia de cooperación interregional a la construcción de una Comunidad de Trabajo Transfronteriza", *Regiones transfronterizas y Mercado Único Europeo* (Carlos Otero Díaz, ed.), Fundación Alfredo Brañas, Santiago de Compostela, 1992, pp. 13-29. BRITO, W. "As novas tendéncias da cooperación transfronteriza entre a Galiza e o Norte de Portugal", *España y Portugal: Veinte años de integración europea* (Luis Lobo-Fernandes y Rafael García Pérez, Coords.), Tórculo Edicións, Santiago de Compostela, 2007, pp. 293-306; *Id.* "A cooperación entre a região norte de Portugal e a Comunidade Autónoma da Galiza", *Revista de Estudos Europeos*, Nº 56, 2010, pp. 21- 32. PONTE IGLESIAS: "Galicia y la Región Norte de Portugal: Un ejemplo de cooperación regional transfronteriza", *Dereito. Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, vol. 2, Nº 1, 1993, pp. 161-196. *Id.*, "La Comunidad de Trabajo Galicia-Región Norte de Portugal", *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. XLV, Nº 2, 1993, pp. 568-570. *Id.*, "La cooperación transfronteriza entre Galicia-Región Norte de Portugal: Una pieza clave de la proyección exterior de la Comunidad Autónoma de Galicia", *La actividad exterior y comunitaria de Galicia...*, cit., pp. 259-291. *Id.*, "A Comunidade de Traballo como instrumento dinamizador da integración", *Tempo Exterior. Revista de Análise de Estudos Internacionais*, Vol. II, Nº 3, Xullo-Decembro 2001, pp. 23-35. PUEYO LOSA, J. "El marco jurídico de la cooperación transfronteriza entre Galicia y la Región Norte de Portugal", *La Cooperación Transfronteriza Hispano-Portuguesa en 2001* (Alberto Herrero de la Fuente, ed.), Madrid, 2002, pp. 21-49.

referidas a intereses de tipo turístico, comercial o cultural que en algunos casos depararan además en la concertación de instrumentos de colaboración<sup>10</sup>.

Será en este marco de contactos bilaterales donde las *relaciones de cooperación transfronteriza con el Norte de Portugal* ocupen un lugar preferente. Así, el 31 de octubre de 1991, los Presidentes de la Xunta de Galicia y de la Comisión de Coordinación y Desarrollo Regional del Norte de Portugal, reunidos en Oporto, firmaban el *Acuerdo constitutivo de la Comunidad de Trabajo Galicia-Norte de Portugal*.

A partir de este momento, nos encontramos con una Comunidad de Trabajo creada mediante un compromiso mutuo de carácter no normativo, de naturaleza estrictamente política y carácter informal<sup>11</sup>. Ahora bien, la naturaleza política y las limitaciones derivadas de ella no impidieron a este organismo cumplir con las finalidades de contribuir tanto al desarrollo de ambas regiones fronterizas en un marco de creciente interdependencia y solidaridad interregional como a la construcción europea.

El Acuerdo constitutivo de la Comunidad de Trabajo sería revisado ocho años después -el 19 de mayo de 1999-, para modificar su artículo 3 relativo al Consejo de la Comunidad, al objeto de integrar en él a los representantes de los organismos que agrupan a entidades locales públicas del ámbito territorial de la Comunidad de Trabajo. Ello supuso un paso adelante, al posibilitar la participación de los municipios ubicados en las áreas de fronteras que asumían así un papel más activo en la resolución de los problemas comunes que les afectan<sup>12</sup>.

La institucionalización de las relaciones de cooperación transfronteriza entre Galicia y el Norte de Portugal sirvió de incentivo y modelo para impulsar otras iniciativas de cooperación transfronteriza entre gobiernos autonómicos y comisiones de coordinación portuguesas. Además, la acción de Galicia y el Norte de Portugal

---

(10) Entre otros: Protocolo de Colaboración con la Región de los Países del Loira de 14 de marzo de 1991; Protocolo de Colaboración con la Región de Bretaña de 1992; y Protocolo de Colaboración con la Región de Piamonte de 3 de diciembre de 1993.

(11) La creación de la Comunidad de Trabajo Galicia-Norte de Portugal, no se realizó por medio de la adopción de los instrumentos de cooperación a los que se refiere el *Convenio-marco europeo sobre la cooperación transfronteriza entre colectividades territoriales*, de 21 de mayo de 1980, ya que en el momento de la adopción del Acuerdo constitutivo de la Comunidad de Trabajo, España y Portugal todavía no habían celebrado un tratado internacional específico tal como exigía la Declaración española que acompañó la ratificación del mencionado Convenio-marco europeo; y tampoco ni en el Derecho español ni en el portugués existía una específica legislación interna en la materia.

(12) Ello permitió incorporar a la estructura de la Comunidad de Trabajo Galicia-Norte de Portugal cuatro Comunidades Territoriales de Cooperación constituidas durante los años 1999 y 2002: Comunidade Territorial de Cooperación do Val do Limia, Comunidade Territorial de Cooperación do Val do Miño, Comunidade Territorial de Cooperación do Val do Tamega, y Comunidade Territorial do Val do Cávado de las que forman parte también las Cámaras Municipales portuguesas y las Diputaciones y Ayuntamientos de las provincias de Ourense y Pontevedra. Asimismo, el 28 de junio de 2000, se integró el Eje Atlántico a la estructura de la Comunidad de Trabajo, como miembro de pleno derecho.

en este ámbito contribuyó, en palabras de Brito, a acelerar el proceso de negociación y de celebración del Tratado hispano portugués sobre cooperación transfronteriza (en adelante Tratado de Valencia)<sup>13</sup>. Con su firma en 2002 se viene a formalizar la cooperación desarrollada entre las entidades españolas y las instancias vecinas<sup>14</sup>.

La entrada en vigor del Tratado de Valencia en 2004 supondrá la adaptación de todos los acuerdos y protocolos de cooperación transfronteriza existentes, mediante nuevos convenios de cooperación<sup>15</sup>, entre ellos el Acuerdo Constitutivo de la Comunidad de Trabajo Galicia-Norte de Portugal<sup>16</sup>, que formalizará definitivamente sus actividades como organismo sin personalidad jurídica<sup>17</sup>.

Además, el marco legal aprobado por la UE tras la adopción del Reglamento sobre la *Agrupación Europea de Cooperación Territorial* (AECT)<sup>18</sup>, y del Tratado de Lisboa de 2007, van a marcar un antes y un después en el ámbito de cooperación transfronteriza<sup>19</sup>, iniciando “una tendencia rupturista-innovadora” dirigida a facilitar y fomentar la cooperación territorial<sup>20</sup>.

Con la constitución de las AECT Galicia-Norte de Portugal (GNP-AECT) en 2008 y, posteriormente, de la AECT Eurocidade Chaves-Verín (2010) y la AECT Río Miño (2018), se supera “la concepción tradicional de la cooperación transfronteriza y se abre una nueva vía hacia la cooperación territorial de dimensión europea que

---

(13) BRITO, “As novas tendencias...”, *cit.*, p. 296.

(14) Su entrada en vigor tiene lugar el 30 de enero de 2004, *BOE* Núm. 219, de 12 de septiembre de 2003.

(15) Su art. 13.1 dispone que el mismo se aplicará a los Convenios de cooperación transfronteriza suscritos por las instancias y entidades territoriales con anterioridad a su entrada en vigor, debiendo adaptarse dichos instrumentos a las disposiciones del presente Tratado en el plazo de cinco años a partir de la fecha de entrada.

(16) A este se suman otros Acuerdos constitutivos de las Comunidades Territoriales de Cooperación ya mencionadas *supra*.

(17) La preparación del *Proyecto de adaptación* del Convenio de cooperación transfronteriza entre la Comisión de Coordinación y Desarrollo Regional del Norte de Portugal y la Comunidad Autónoma de Galicia conforme a las obligaciones derivadas del Tratado hispano-portugués de cooperación transfronteriza de 2002 nos fue encomendado a los Profesores Jorge Pueyo Losa, Wladimir Brito, Nuno Venade y a esta autora. Sus resultados se recogen en PUEYO LOSA, J. - PONTE IGLESIAS, M<sup>a</sup> T. - BRITO, W. - VENADE, N. *El régimen jurídico de la cooperación transfronteriza hispano-portuguesa entre entidades e instancias territoriales a la luz del Tratado entre el Reino de España y la República Portuguesa sobre cooperación transfronteriza*, de 3 de octubre de 2002, Xunta de Galicia/Comissão de Coordenação e Desenvolvimento Regional do Norte de Portugal, Santiago de Compostela/Braga, 2004.

(18) Reglamento (CE) N<sup>o</sup> 1082/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006 sobre la Agrupación Europea de Cooperación Territorial (AECT), *DOUE* L 210 de 31.7.2006.

(19) HERRERO DE LA FUENTE, A. “Veinte años de cooperación transfronteriza con Portugal”, *Revista de Estudios Europeos*, N<sup>o</sup> 56, 2010, p. 15.

(20) CALDERÓN, F.J. “Fronteras intraeuropeas, desactivación fronteriza, cooperación transfronteriza e instituciones: “El caso de la Raya Ibérica””, *Estudios Fronterizos*, 18(36), mayo-agosto de 2017, pp. 89 y 90.

amplía las posibilidades de actuación que hasta ahora tenían los entes territoriales y locales”<sup>21</sup>.

Este nuevo instrumento institucional concebido para salvar algunas de las dificultades que afectaban a la cooperación transfronteriza, además de allanar el camino para una cooperación de segunda generación<sup>22</sup>, contribuye sin lugar a duda a la articulación de la *Euroregión Galicia-Norte de Portugal* como espacio territorial fuertemente competitivo, que enmarca y acoge el conjunto de la cooperación transfronteriza desarrollada por entidades públicas y privadas<sup>23</sup>.

La Euroregión Galicia-Norte de Portugal ha impulsado otras fórmulas innovadoras de base local como las *Eurociudades*, desarrolladas entre los municipios gallegos y portugueses contiguos, con el objetivo de promover la convergencia institucional, económica, cultural, social, propiciando así la utilización de servicios comunes como instrumento dinamizador de la convivencia entre las poblaciones fronterizas. Es el caso de la Eurociudad Verín-Chaves (2007) o de la Eurociudad Tui-Valença (2013).

Nos encontramos, por tanto, ante uno de los *espacios transfronterizos* más consolidados e integrados de Europa donde el hecho fronterizo ha sido fundamental en el contexto de las relaciones con Portugal<sup>24</sup>, y en el que se ha desarrollado a lo largo de los años un modelo general de cooperación caracterizado, en palabras de Brito, “pela voluntariedade volitiva de participar na construçã de um projecto de cooperaçã, pelo diálogo horizontal entre as regiões, pela busca das identidades

---

(21) GARCÍA PÉREZ, R. “La cooperación transfronteriza hispano-portuguesa. Logros y oportunidades”, *Coverging Pathways. Spain and the European Integration Process/Itinerarios Cruzados. España y el proceso de construcción europea* (Cristina Blanco Sío-López y Susana Muñoz, eds./ dirs.), “Cuadernos de Yuste”, N° 7, Bruxelles, P.I.E. Peter Lang Éditions Scientifiques Internationales, 2013, p. 480.

(22) CANCELA OUTEDA, C. “Panorama de la cooperación territorial en la euroregión Galicia-Norte de Portugal”, *Doc. Anàl. Geogr.* 2010, vol. 56/1, p. 155.

(23) Ahora bien, como ya hemos dejado constancia en otro trabajo, la consolidación del espacio transfronterizo Galicia-Norte de Portugal como un *espacio “euroregional”* -conforme a la terminología acuñada por el Consejo de Europa-, no supone, a nuestro juicio, la creación de una categoría jurídica. Precisamente, su alto grado de “indefinición” e “indeterminación”, sirve para amalgamar una compleja red instrumentos a los que las regiones fronterizas recurren para satisfacer sus intereses de cooperación transfronteriza, tal como lo demuestra la propia práctica europea, por la vía del creciente número de estructuras de cooperación transfronteriza que se han ido articulando, sobre todo, desde la década de los 90 bajo el rotulo de “Euroregiones” y en las que se esconden muy variopintas fórmulas de cooperación. (PUEYO LOSA, J. - PONTE IGLESIAS, M.T. “El espacio euroregional Galicia-Norte de Portugal y los nuevos instrumentos europeos de cooperación territorial”, *España y Portugal: Veinte años...*, cit., pp. 261-262).

(24) PONTE IGLESIAS, M.T. “Las relaciones con Portugal y la Lusofonía en la Estrategia de Acción Exterior de Galicia”, *Estudios em Homenagem ao Professor Doutor Wladimir Brito* (Mario Ferreira Monte, Joaquim Freitas da Rocha/Maria de Assunção do Vale Pereira, Coords.), Almedina, Coimbra, 2020, pp. 1163-1181.

e complementariedades económicas, culturais a até mesmo geo-ambientais, pela concertaçã o e coordenaçã o dos intereses comuns”<sup>25</sup>.

### ***B) Proyección exterior en América Latina***

La *dimensión atlántica* de Galicia favorecerá también su proyección exterior en América Latina convirtiendo a la zona en un referente muy importante para nuestra Comunidad. “Los múltiples intereses humanos, sociales culturales y económicos que vinculan a nuestros ciudadanos con la otra costa del océano, junto con las perspectivas económicas de la región, a veces problemáticas, pero en general valoradas como optimistas, justifican la alta prioridad concedida por la Xunta de Galicia a las actuaciones institucionales y económicas en dicha zona”<sup>26</sup>. De ahí que la Comunidad Autónoma gallega impulsará, de manera notable, distintas actividades de relevancia internacional en Latinoamérica y, más concretamente, en el área de MERCOSUR mediante la articulación de diversas fórmulas e instrumentos de cooperación interregional<sup>27</sup>.

La “base material, y prácticamente exclusiva, sobre la que se basó, inicialmente la acción política dirigida desde la Xunta hacia América Latina” han sido los vínculos entre el pueblo gallego y las naciones latinoamericanas<sup>28</sup>.

Ciertamente, el flujo de la emigración gallega desde comienzos del siglo XVIII hasta mediados del XX va a generar la existencia de una comunidad nacional en el extranjero -integrada plenamente en las sociedades receptoras- a la que el Estatuto de Autonomía para Galicia va a reconocer su galleguidad entendida como «el derecho a colaborar y compartir la vida social y cultural del pueblo gallego»<sup>29</sup>. Además, las comunidades gallegas asentadas fuera de Galicia tendieron a su autoorganización,

---

(25) BRITO, “As novas tendencias...”, cit., p. 295.

(26) VIQUEIRA, M<sup>a</sup> - RÍOS, X. “Galicia: acción exterior y *Galeguidade* en América Latina”, *Las comunidades autónomas Españolas y América Latina* Ch. Freres y A. Saenz, eds.), Asociación de Investigación y Especialización sobre Temas Iberoamericanos, Madrid, 2002, p. 149. Ver asimismo FRERES, Ch., SAENZ, A. - VIQUEIRA, M<sup>a</sup>. “A acción exterior das comunidades autónomas españolas en América Latina: o caso de Galicia”, *Texturas Internacionais* 3, IGADI, Baiona, 1997, p. 126.

(27) PONTE IGLESIAS, M.T. “La acción exterior de Galicia y los procesos de integración en América Latina con especial atención al Mercosur”, *El diálogo entre los pueblos y las culturas en el marco de las relaciones eurolatinoamericanas. Las perspectivas de las entidades subestatales. El caso de Galicia* (Carlos Francisco Medina del Pozo y Andrés Faiña Medin, dirs.) Ediciones Jurídicas DIJUSA, Madrid, 2005, pp. 335-356.

(28) GARCÍA PÉREZ, R. “La acción exterior de Galicia hacia Iberoamérica”, *Dereito. Revista Jurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, Vol. 7, N<sup>o</sup> 2, 1998, p. 77.1<sup>o</sup>

(29) Art. 7 del Estatuto. Además, el art. 35 del mismo Estatuto, como ya señalamos, dispone que la Comunidad Autónoma gallega podrá solicitar del Gobierno de la Nación la celebración de tratados que permitan el establecimiento de relaciones culturales con los Estados en los que mantenga particulares vínculos culturales o lingüísticos.

creando una vasta red de centros gallegos con la función de mantener su identidad y cumplir funciones asociativas, culturales, asistenciales y recreativas.

A lo anterior se sumarán nuevos factores que vendrán a favorecer e impulsar la acción exterior de Galicia en América Latina, principalmente las relaciones entre la Unión Europea e Iberoamérica, con especial atención al MERCOSUR, y el interés de España en este proceso de integración habida cuenta de sus privilegiadas relaciones históricas con los países miembros del MERCOSUR, relaciones que se verán realzadas con su interés en impulsar y consolidar la Comunidad Iberoamericana de Naciones<sup>30</sup>.

En esta dirección la Comunidad Autónoma de Galicia pondrá en marcha diversas acciones de proyección internacional con estados brasileños y provincias argentinas<sup>31</sup>, destacando de manera particular las relaciones multilaterales interregionales entre Galicia, CODESUL-CRECENEA LITORAL y la Conferencia de Regiones Periféricas y Marítimas de Europa. Sobre la base de estas relaciones multilaterales durante los años 1998 a 2000, dichas entidades suscribieron diversos instrumentos, entre otros, la Carta de Anhatomirim, el Acta de Florianópolis, el Acta de Porto Alegre o el Acta de Murcia con miras a iniciar un proceso de cooperación para la ampliación de las relaciones en los ámbitos económico, técnico, social, turístico, cultural y educativo. A tal efecto crean un Grupo de Trabajo Permanente compuesto por representantes de CODESUL-CRECENEA LITORAL y de la Xunta de Galicia con la misión de establecer vínculos permanentes y efectivos entre los estados y regiones integrantes en los ámbitos indicados para impulsar los procesos de cooperación y desarrollo en el marco de los procesos de integración de la Unión Europea y del MERCOSUR<sup>32</sup>.

De especial interés resulta también la creación de Oficinas de Enlace ante el MERCOSUR con la misión principal de servir de apoyo a los intereses gallegos, potenciando las relaciones institucionales, económicas, sociales y culturales de Galicia con el continente Latinoamericano. Su mayor valor reside en acercar entidades territoriales distintas de los Estados, pero comprometidas con el diálogo entre Europa y América Latina<sup>33</sup>.

---

(30) PONTE IGLESIAS, "La acción exterior de Galicia y los procesos de integración...", cit., pp. 342-345.

(31) Acciones que depararon en la concertación de diversos acuerdos complementarios de cooperación, cartas de intenciones y protocolos de hermanamiento. Sobre el particular ver PONTE IGLESIAS, "La acción exterior de Galicia y los procesos de integración...", cit., pp. 346-348.

(32) *Ibid.*, pp. 348-350.

(33) *Ibid.*, pp. 350-352.



### 3. Un nuevo marco regulador para la acción exterior de Galicia

#### A) La revisión estatutaria

En el año 2006 comienza un período de revisión estatutaria que se inicia con la reforma del Estatuto de Autonomía catalán y se extiende a otros Estatutos como el de la Comunidad Valenciana, Islas Baleares, Andalucía, Aragón, Castilla y León y Extremadura con la finalidad de consolidar y codificar la práctica en acción exterior, desarrollarla de manera plena y otorgarle una cobertura jurídica amplia.

Los nuevos Estatutos de Autonomía establecen una clara distinción entre la acción exterior propiamente dicha (actividades realizadas directamente por la Comunidad Autónoma, y actividades reservadas al Estado, pero en las que se permite a las CCAA ya tener presencia directa, ya participar en las relaciones internacionales del Estado) y la acción en el ámbito de la UE. Esta distinción, como ha apuntado BUSTOS, “era urgente y estaba claramente establecida en la jurisprudencia. El que los Estatutos suplan la laguna que supone la ausencia de reforma constitucional en este punto debe ser bienvenido”<sup>34</sup>.

La generalización de las reformas estatutarias también tuvo eco en Galicia donde el Gobierno bipartito de la Xunta, tras iniciarse la VII legislatura del Parlamento de Galicia, promovió la reforma del Estatuto Gallego. A tal efecto, se creó una Comisión de Estudio para la Reforma del Estatuto de Autonomía, estableciéndose en su seno una «ponencia conjunta paritaria» encargada de elaborar la proposición de ley de modificación del Estatuto.

El nuevo Estatuto que resultará de la reforma debía de reconocer, como subrayó Pueyo Losa, la capacidad de la Xunta para llevar a cabo acciones con proyección exterior, consagrar lo ya logrado y dotar a Galicia de una base jurídica que le permitiera seguir ampliando su actividad internacional en cuestiones tales como la participación en la definición y ejecución de la política exterior del Estado, la formalización de acuerdos de colaboración con entes territoriales extranjeros, la aperturas de oficinas o delegaciones en el exterior, o desarrollar la privilegiada relación construida con la Región Norte de Portugal<sup>35</sup>.

Durante el proceso de reforma estatutaria todas las propuestas en materia de acción exterior tuvieron como referente, en todos los casos y en todas las fuerzas políticas, el tratamiento dado a esta cuestión en los Estatutos de Autonomía ya aprobados (Comunidad Valenciana y Cataluña), o que se encontraban en fase avanzada de tramitación parlamentaria (Andalucía, Aragón y Baleares), de manera que los negociadores de la Ponencia aceptaron que el tratamiento dado a esta cuestión en el nuevo Estatuto gallego se desdoblara en dos apartados: uno consagrado con

(34) BUSTOS GISBERT: *op. cit.*, p. 75.

(35) PUEYO LOSA, J. «La acción exterior de Galicia y el Estatuto», *La Voz de Galicia* (30-06-06) ([www.lavozdegalicia.es](http://www.lavozdegalicia.es)).

carácter general a la acción exterior y otro dedicado a la Unión Europea, todo ello enmarcado en un capítulo general en el que se regulaban las relaciones institucionales de la Comunidad Autónoma.

Por tanto, como señala García Pérez, la acción exterior de la Comunidad Autónoma de Galicia “no representó ningún papel significativo a lo largo de todo el proceso de discusión del nuevo Estatuto; ni fue objeto de propuestas específicas ni fue causa de especial disenso entre las fuerzas políticas. Sencillamente, no entró a formar parte de las cuestiones centrales objeto de discusión entre las que destacó, de manera sobresaliente, la definición identitaria de Galicia. Dentro de esta atonía general, los negociadores políticos se limitaron a trasladar el tratamiento dado a la acción exterior por aquellos estatutos ya reformados o en avanzado estado de reforma, teniendo al de Cataluña como principal referente”<sup>36</sup>.

### ***B) La nueva legislación estatal sobre acción exterior del Estado y sobre tratados***

La entrada en vigor de la Ley 2/2014, de la Acción y del Servicio Exterior del Estado (en adelante LASEE)<sup>37</sup>, y de la Ley 25/2014, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales (en adelante LTOAI)<sup>38</sup>, configuran un nuevo marco legislativo para responder a la realidad actual de un Estado descentralizado como el nuestro en el que resulta necesario garantizar el equilibrio entre la competencia estatal para fijar la política exterior y la acción exterior propia desplegada por las CCAA al amparo de la Constitución y de sus respectivos Estatutos de Autonomía.

En este sentido, la LASEE arbitra distintos mecanismos por parte del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación cuyo fin no es otro que la supervisión de la actividad exterior de las CCAA, señalando que esta actividad deberá respetar las directrices que fije el Gobierno del Estado a través del diseño de la Estrategia de Acción Exterior. Y la LTOAI, por su parte, en los términos fijados por el Tribunal Constitucional, “aspira a establecer únicamente medidas de coordinación de

---

(36) GARCÍA PÉREZ, R. “La acción exterior en la fallida reforma del Estatuto de Autonomía de Galicia (2006-2007)”, *Administración & Ciudadanía*, Vol.3, N°1, 2008, p. 70.

(37) Un examen en GARCÍA PÉREZ, R. “La proyección internacional de las Comunidades Autónomas en la Ley de la Acción y del Servicio Exterior del Estado (LAESE): Autonomía territorial y unidad de acción de la política exterior”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 27, 2014, disponible en <http://www.reei.org/index.php/revista/num27/articulos/proyeccion-internacional-comunidades-autonomas-ley-accion-servicio-exterior-estado-laese-autonomia-territorial-unidad-accion-politica-exterior> (Consultado el 9 de mayo de 2022).

(38) Un examen pormenorizado de la Ley 25/2014 en ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P. - DÍEZ-HOCHLEITNER RODRÍGUEZ, J. - MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (Dirs.): *Comentarios a la Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales (Ley 25/2014, de 27 de noviembre)*, Civitas Thomson Reuters, Madrid, 2015.

la actividad de las CCAA con potencial efecto exterior para evitar consecuencias irreparables en la adecuada ejecución de la política exterior por parte del Estado”<sup>39</sup>.

No hay que silenciar, sin embargo, que ambas Leyes, como pone de manifiesto Janer Torrens, suscitaron la cuestión de “si el Estado, a través de dos leyes ordinarias (que no forman parte del bloque de constitucionalidad y que son inferiores a los Estatutos de Autonomía) y de los instrumentos de coordinación que estas prevén, no se está injiriendo y limitando, en consecuencia, la acción exterior de las Comunidades Autónomas”<sup>40</sup>. No obstante, según advierte el propio autor, el TC en distintas sentencias ha entendido que el Estado, con el fin de salvaguardar su competencia exclusiva en materia de relaciones internacionales, puede “[...] establecer medidas que regulen y coordinen las actividades con proyección exterior de las Comunidades Autónomas para evitar o remediar eventuales perjuicios sobre la dirección y puesta en ejecución de la política exterior que, en exclusiva, corresponde a las autoridades estatales”. La coordinación “[...] tiene como presupuesto la existencia de competencias autonómicas que deben ser coordinadas y que no deben quedar vacías de contenido por dicha competencia estatal”. En definitiva, “el problema reside en determinar hasta qué punto los instrumentos de coordinación diseñados por el Estado no pueden suponer un menoscabo importante de una acción exterior autonómica prevista en los Estatutos de Autonomía en la cual no se prevén mecanismos de control por parte del Estado”<sup>41</sup>.

En este punto, parece oportuno recordar las Sentencias del Tribunal Constitucional 85/2016, de 28 de abril, y 228/2016, de 22 de diciembre respectivamente, que suponen la introducción de una serie de matices a la ya consolidada jurisprudencia constitucional relativa a la competencia exclusiva del Estado en materia de relaciones internacionales. En ambas sentencias, el Tribunal Constitucional reconoce al Estado una facultad de coordinación de la acción exterior de las CCAA, y parece reinterpretar el contenido de la competencia exclusiva del Estado, dotándolo de una mayor proyección<sup>42</sup>.

En un contexto como el descripto, marcado por los desarrollos en el plano legislativo y jurisprudencial, la Xunta de Galicia aprobó el Decreto 178/2015, con el fin de sistematizar, regular y coordinar la acción exterior de la Comunidad Autónoma de Galicia de conformidad con las obligaciones derivadas de la Constitución española

---

(39) MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. “La Ley de tratados y otros acuerdos internacionales: Una nueva regulación para disciplinar una práctica internacional difícil de ignorar”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 67/1, enero-junio 2015, p. 26.

(40) JANER TORRENS, J. D. “La acción exterior de las Comunidades Autónomas: ¿hacia una nueva interpretación de la competencia exclusiva del Estado en materia de relaciones internacionales?”, *REAF* núm. 26, octubre 2017, p. 21.

(41) *Ibid.*, p. 21.

(42) *Ibid.*, p. 16.

y del nuevo marco normativo aprobado<sup>43</sup>; y, posteriormente, en 2018, adoptó la *Estrategia Gallega de Acción Exterior post 2020* (en adelante EGAEX), que describe los principales objetivos y ámbitos de actuación para los próximos años en este campo<sup>44</sup>.

Este nuevo marco jurídico, como advierte la propia EGAEX, viene a avalar y justificar por sí mismo que la Xunta de Galicia avance en la dinámica planificadora de su acción exterior, con el fin de superar y mejorar instrumentos previos, como el Libro Blanco de Acción Exterior (2005); las 100 reflexiones para una Estrategia de Acción Exterior de Galicia (2007), o el documento Prioridades de Actuación en el Exterior (2010)<sup>45</sup>. No obstante, la EGAEX adolece de un contenido excesivamente programático. Quizás su rasgo más relevante, a nuestro modo de ver, sea poner en valor el “estrechamiento del vínculo con Portugal y con la comunidad lusófona de naciones”, y el papel de la Euroregión Galicia-Norte de Portugal a través de las instituciones que canalizan la cooperación territorial y transfronteriza en este espacio diferencial de la península ibérica.

Concretamente, el artículo 31 del Decreto 178/2015 por el que se regula la acción exterior de la Comunidad Autónoma de Galicia, establece que de conformidad con la Ley 1/2014, para el aprovechamiento de la lengua portuguesa y los vínculos con la lusofonía, “la Xunta de Galicia pondrá en marcha un programa específico de fomento de intercambios y estancias temporales de personal empleado público gallego y portugués, en especial en aquellas áreas en las que se considere más urgente el establecimiento de un mayor o más intenso nivel de cooperación, coordinación o, incluso, de integración de servicios públicos.”, correspondiendo a la Agrupación Europea de Cooperación territorial GNP-AECT instrumentar “la cooperación galaico-portuguesa en el ámbito de la Lusofonía a través de programas específicos, promoviendo intercambios culturales, universitarios y educativos entre actores y agentes de estos ámbitos, portugueses, de otros países lusófonos y gallegos”.

---

(43) DOG Núm. 233, de 7 de diciembre de 2015.

(44) Esta Estrategia ha sido calificada por MÉNDEZ ROMEU como un “documento descriptivo” que sugiere de entrada dos consideraciones. Por un lado, la desmesurada extensión del informe en relación con documentos anteriores. Por otro, la evidencia de que nos encontramos ante un instrumento de síntesis, procedente de distintas fuentes yuxtapuestas. En suma, para este autor, la EGAEX, no representa un documento de estrategia útil para un futuro basado en líneas de fuerza identificables (MÉNDEZ ROMEU, J. L. “Marco actual político e xurídico”, *Informe sobre a Política de Acción Exterior para Galicia*, Colección de Cadernos de Cooperación do Eixo Atlántico (Xoán Vázquez Mao, Dir.), Eixo Atlántico Peninsular, 2018, pp. 21, 22 y 24. En la misma línea, RÍOS califica la EGAEX como una propuesta generosa en extensión pero que adolece de una visión continuista y escasamente innovadora (RÍOS, X. “Deseño dunha Acción Exterior para Galicia”, *Ibid.*, p. 34).

(45) *Estratexia Galega de Acción Exterior. Horizonte post 2020*, Xunta de Galicia, 2018, p. 29, párr. 45. Hay que subrayar que otras Comunidades Autónomas adoptaron también Estrategias de Acción Exterior. Es el caso del País Vasco (“Estrategia marco de internacionalización 2020”) o de Cataluña (“Plan de Acción Exterior 2010-2015” y otro para el período 2015-2018 bajo el título “Compromiso de Cataluña con el multilateralismo”, este último suspendido por el Tribunal Constitucional).

Por su parte, la EGAEX insiste en la necesidad de la consolidación de la Eurorregión y de su proyección en los países de la lusofonía. La Eurorregión Galicia Norte de Portugal presenta una tradición histórica común muy cimentada, con una geografía, cultura e idioma similares, que favorecen el entendimiento y la interrelación de sus poblaciones, tanto por su peso socioeconómico y demográfico conjuntos, como por su afinidad cultural, su dinamismo mercantil y su estructura jurídico-institucional. Y, también subraya como la Ley 1/2014, para el aprovechamiento de la lengua portuguesa y vínculos con la lusofonía, constituye una oportunidad sin precedentes para el impulso del intercambio cultural, informativo, comercial y lingüístico a la hora de posicionar a Galicia y a la lengua gallega como plataforma de contacto entre la culturas hispana y lusa, entendidas ambas en un sentido amplio<sup>46</sup>.

Al amparo de estos instrumentos trasciende la decidida voluntad de la Xunta de Galicia de continuar avanzando en la *profundización de sus relaciones con Portugal*. Nuestro vecino y su lengua son el puente para que Galicia pueda impulsar y abrir vías de cooperación en ámbitos de interés con los países lusófonos<sup>47</sup>. Además, en este camino de profundización de los vínculos con Portugal un aspecto importante a destacar es la admisión del *Consello da Cultura Galega* como *observador consultivo*<sup>48</sup> de la Comunidad de los Países en Lengua Portuguesa (CPLP)<sup>49</sup>, que tuvo lugar en

---

(46) A tal fin, la Xunta de Galicia puso en marcha el buscador Paz Andrade (<http://exportarengalego.gal>), con el fin de facilitar la gestión de la información necesaria para interactuar con todos los países de la lusofonía, toda vez que la lengua gallega constituye un instrumento de internacionalización y una ventaja competitiva en un mercado de más de 200.000.000 de potenciales clientes en los países lusófonos.

(47) Ver PONTE IGLESIAS, "Las relaciones con Portugal y la Lusofonía...", cit., pp. 1179-1180. GUERRA WESLY, S.T. "Lusofonia na Galiza e a inclusión do Brasil e demais países lusófonos", *Tempo Exterior. Revista de Análise de Estudos Internacionais*, 20 de abril de 2022, disponible en <https://www.igadi.gal/web/analiseopinion/lusofonia-na-galiza-e-a-inclusao-do-brasil-e-demais-paises-lusofonos> (Consultado el 9 de mayo de 2022).

(48) El Reglamento de Observadores Consultivos de la CPLP fue aprobado en 2009 y modificado en 2016. La colaboración entre la CPLP y los Observadores Consultivos abarca además de la promoción y difusión de la lengua portuguesa, todos los ámbitos en los que la Comunidad desarrolla actividades específicas. Esta cooperación puede revestir diversas formas: la asociación para la implementación y cofinanciación de proyectos, programas y acciones en el ámbito de la CPLP; intercambio de informaciones, entre otras. Los derechos y deberes de los Observadores aparecen regulados en los arts. 12 y 13 del Reglamento. Entre los derechos se recogen: el acceso a las decisiones tomadas en la Conferencia de Jefes de Estado y de Gobierno y en el Consejo de Ministros de la CPLP; la condición preferencial como socios institucionales en las iniciativas promovidas por la CPLP; y la posibilidad de asistir a las Reuniones Técnicas mediante invitación.

(49) La CPLP, creada el 17 de julio de 1996, está integrada por nueve Estados miembros de diferentes continentes con unos intereses y valores compartidos que trasciende la distancia geográfica y 200 millones de personas que comparten un idioma común. Goza de personalidad jurídica y está dotada de autonomía financiera. Entre sus objetivos generales destacan: la concertación política-diplomática entre sus miembros con el fin de reforzar su presencia en el escenario internacional; la cooperación en todos los ámbitos, incluido la educación, ciencia y tecnología, cultura, deporte y comunicación social salud, agricultura, administración pública, justicia, o la seguridad pública; la

octubre de 2016, con ocasión de la XI Conferencia de Jefes de Estado y de Gobierno de la CPLP celebrada en Brasilia.

### *C) La Ley 10/2021 reguladora de la acción exterior y de la cooperación para el desarrollo de Galicia*

En su reunión de 18 de julio de 2019 el Consello de la Xunta de Galicia acordó autorizar el inicio de la tramitación del anteproyecto de Ley reguladora de la acción exterior y de la cooperación para el desarrollo de Galicia. El anteproyecto fue objeto de consulta pública previa entre el 8 y el 28 de febrero de 2019 en el Portal de Transparencia y Gobierno abierto<sup>50</sup>. Asimismo, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley 1/2016, de 18 de enero, de transparencia y buen gobierno y durante el período comprendido entre el 26 de julio al 15 de septiembre de 2019 se expuso públicamente el texto íntegro del anteproyecto de Ley en el mencionado Portal<sup>51</sup>.

El 30 de enero de 2020, la Secretaría General Técnica de la Consellería de Presidencia, Administraciones Públicas y Justicia emite informe favorable en el que se considera que el “Anteproyecto de ley reguladora de la acción exterior y cooperación al desarrollo”, reúne las condiciones esenciales para su aplicación y efectividad<sup>52</sup>.

Finalmente, la Ley 10/2021, de 9 de marzo, reguladora de la acción exterior y de la cooperación para el desarrollo de Galicia sería aprobada por el Parlamento

---

realización de proyectos de promoción y difusión de la lengua portuguesa. La Secretaría Ejecutiva de la Comunidad tiene su sede en Lisboa. El 17 de julio de 2021, con ocasión de la Cumbre de la Organización celebrada en Luanda, en el año en que la CPLP celebraba el 25 aniversario de su creación, la Conferencia de Jefes de Estado y de Gobierno de la CPLP aprobó el ingreso de España como Estado Observador Asociado. Hay que destacar, además, el apoyo que la Comunidad Autónoma de Galicia ha dado a la candidatura de España.

(50) A raíz de esta difusión se presentaron sugerencias por parte de la Agencia Gallega de Innovación (GAIN), el Fondo Gallego de Cooperación y Solidaridad, el Instituto Gallego de Análisis y Documentación Internacional (IGADI) y la Coordinadora gallega de ONG para el desarrollo.

(51) Tras este trámite se recibieron alegaciones por parte de las Consellerías de Cultura y Turismo, Sanidad (a través del SERGAS), Hacienda (a través de la ATRIGA), la Presidencia de la Xunta de Galicia (a través de la AMTEGA), la Dirección General de Evaluación y Reforma Administrativa y la Secretaría General de la Igualdad. También de la Coordinadora gallega de ONG para el desarrollo, el Fondo Gallego de Cooperación y Solidaridad; la Empresa ICARTO, el FEGAMP, el Instituto Gallego de Análisis y Documentación Internacional (IGADI) y el Grupo de Estudios Internacionales de la USC (GRESIN).

(52) *Informe de legalidad sobre el anteproyecto de ley reguladora de la acción exterior y cooperación al desarrollo de Galicia*, Secretaría Xeral Técnica, Xunta de Galicia, Disponible en [https://ficheiros-web.xunta.gal/transparencia/normativa-tramitacion/informes\\_legalidade/cpapx/CPAPX-IL-lei-accion-exterior-cas.pdf](https://ficheiros-web.xunta.gal/transparencia/normativa-tramitacion/informes_legalidade/cpapx/CPAPX-IL-lei-accion-exterior-cas.pdf) (Consultado el 9 de mayo de 2022).

Gallego en su sesión plenaria del 23 de febrero de 2021 por 41 votos a favor, 14 en contra y 18 abstenciones<sup>53</sup>.

La exposición de motivos de la Ley justifica su adopción acorde con los cambios sustanciales en el ordenamiento jurídico español y la evolución de la jurisprudencia constitucional en favor de la asunción de la proyección exterior de las CCAA. La Ley tiene como fin regular la acción exterior del sector público autonómico fuera del territorio nacional español a través de una serie de objetivos estratégicos enunciados en el artículo 4 de la Ley a la par que facilitar la cooperación entre todas las administraciones públicas gallegas y los agentes privados gallegos con presencia, proyección o intereses en el exterior. Al mismo tiempo, la Ley incorpora también el régimen jurídico del sector público autonómico en materia de cooperación para el desarrollo humano sostenible y solidaridad internacional.

La acción exterior prevista en la presente Ley, entendida como “el conjunto sistémico e integrado de las actuaciones de las administraciones públicas gallegas, tanto autonómicas como locales, institucionales y corporativas, y de los organismos, instituciones y entidades de ellas dependientes llevadas a cabo en el exterior, en el ejercicio de sus respectivas competencias”, se desarrollará dentro de la lealtad constitucional y el estricto respeto del Derecho de la Unión y del Derecho internacional, ajustándose al principio de la unidad de acción que incluye la alineación con la Estrategia española de acción exterior y con la dirección de la política internacional de España. Y ello porque la actuación en el exterior de las CCAA debe sujetarse a los principios, directrices, fines y objetivos de la política exterior fijados por el Gobierno de conformidad con el artículo 97 de la Constitución, así como a cualesquiera otros derivados del ejercicio de la competencia exclusiva en materia de relaciones internacionales.

Esta Ley viene así a recoger y completar los trazos esenciales de la acción exterior de Galicia durante cuatro décadas y debe ser valorada como un paso adelante, sobre todo en materia de cooperación para el desarrollo y solidaridad internacional. Con todo, su texto no está exento de críticas y matizaciones. En este sentido, la Ley presenta un exceso regulatorio. Está integrada por un total de 113 artículos frente a los 40 artículos de la Ley catalana 16/2014, de 4 de diciembre, de acción exterior y de relaciones con la Unión Europea, los 60 artículos de la LASEE o los 53 de la LTOAI. Pese a la relevancia que tiene o pueda llegar a tener la proyección exterior autonómica, se advierte una considerable hipertrofia regulatoria, que va en contra de la economía legislativa y las orientaciones sobre *smart regulation* en el ámbito internacional. De hecho, como subraya Pazos Vidal, buena parte de su contenido es de carácter programático y recoge cuantitativamente el contenido de documentos

---

(53) Votó en contra el Partido de los Socialistas de Galicia (PSdeG) y se abstuvo el Bloque Nacionalista Gallego (BNG). Ambos Grupos presentaron enmiendas a la totalidad que fueron rechazadas por 33 votos a favor, 40 en contra y ninguna abstención. El texto de las enmiendas puede consultarse en *Boletín Oficial do Parlamento de Galicia*, XI legislatura, N° 39, 2 de novembro de 2020.

planificadores de acción exterior ya mencionados, o simplemente regula una práctica ya existente no prevista en la norma<sup>54</sup>.

Aparte de la desmesurada extensión de la Ley y en aras de esa economía legislativa -como consta en las observaciones que en su día formulamos en la fase de envío de sugerencias”, del portal de Transparencia y Gobierno abierto de la Xunta de Galicia- sus títulos IV (“Erorregión Galicia-Norte de Portugal y lusofonía”) y V (“Galicia en Europa”) deberían refundirse en un solo Título, más amplio, consagrado al régimen de acción exterior en el ámbito europeo y de la lusofonía.

En relación con los principios rectores que deben observarse en el desarrollo y ejecución de la presente Ley, contemplados en el artículo 3, hubiera sido deseable incorporar la perspectiva de género<sup>55</sup>, en consonancia con la Estrategia exterior española 2021-2024 que presenta una España como referente de política exterior feminista que busca hacer de la igualdad de género una regla interna de su acción exterior, y de las políticas feministas un principio de actuación<sup>56</sup>.

Respecto a objetivos estratégicos recogidos en el artículo 4 de la Ley cabría haber añadido un objetivo vinculado a la enseñanza y la Universidad, uno de los ámbitos contemplados, por lo demás, en el Título VII de la Ley consagrado a las acciones sectoriales en el exterior. El Sistema Universitario de Galicia (SUG), como subraya la EGAEX debe ser el elemento fundamental de la acción exterior de Galicia, tanto por la imagen que debe proyectar fuera de la Comunidad Autónoma, como por la conveniencia de aprovechar la inversión pública realizada en este ámbito. La EGAEX visualiza la cultura, la educación, la transferencia de conocimiento y la investigación como pilares fundamentales para el progreso económico y social de Galicia y de la Erorregión en un mundo globalizado, siendo principalmente las instituciones de educación superior gallegas y portuguesas y sus grupos de investigación, los llamados a asumir un papel activo en la sociedad del conocimiento al servicio de la ciudadanía<sup>57</sup>.

---

(54) PAZOS VIDAL, S. “¿Nuevos comienzos o más de lo mismo? La nueva Ley de Acción Exterior de Galicia y la Estrategia de Acción Exterior de España 2021-2024”, disponible en <https://aecpa.es/files/view/pdf/congress-papers/15-0/2616/> (Consultado el 9 de mayo de 2022).

(55) Así lo hace el artículo 3 apartado K de Ley catalana 16/2014, de 4 de diciembre, de acción exterior y de relaciones con la Unión Europea.

(56) *Estrategia de Acción Exterior 2021-2024*, Gobierno de España, 2021 disponible en [https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/resumenes/Documents/2021/270421-estrategia\\_de\\_accion\\_exterior\\_2021-2024.pdf](https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/resumenes/Documents/2021/270421-estrategia_de_accion_exterior_2021-2024.pdf) (Consultado el 9 de mayo de 2022).

(57) En este sentido, el Instituto Gallego de Análisis y Documentación Internacional (IGADI) en un escrito presentado el 17 de noviembre de 2020, dejaba constancia de la necesidad de “Añadir un Objetivo Estratégico, en el Art 4. “k) Fortalecimiento de las asociaciones de estudios internacionales de Galicia y de la capacidad de diagnosis, estrategia y pensamiento exterior de la acción exterior gallega.”, disponible en <http://www.es.parlamentodegalicia.es/ParticipacionCidada/LexislaConNos/1104/proxecto-de-lei-reguladora-da-accion-exterior-e-cooperacion-para-o-desenvolvemento-de-galicia> (Consultado el 9 de mayo de 2022). A este respecto, cabe recordar que dentro de la Erorregión



En relación con el Título VI de la Ley (“Tratados y otros instrumentos y acuerdos internacionales”) a nuestro modo de ver hubiera resultado más adecuado adaptarse en su estructura -a fin de seguir una sistemática jurídica- al esquema establecido en la LTOAI que, en el capítulo relativo a la participación de las CCAA en la celebración de tratados internacionales se refiere a la propuesta de apertura de negociaciones para la celebración de tratados que tengan por objeto materias de su competencia o interés específico, (artículo 49), deber de información del Gobierno a las CCAA sobre los tratados que afecten a sus competencias o intereses específicos (artículo 50) y, por último, a la participación de las CCAA en la delegación española que negocie un tratado internacional que afecte a materias de su competencia o interés específico, siendo necesario motivar la decisión que se adopte (artículo 51). La Ley gallega prescinde de esta sistemática y abre su capítulo I (“Negociación de tratados”) haciendo referencia directa en su artículo 41 a la *participación a instancia gallega en delegaciones españolas en el exterior y en la negociación de tratados*. En una Ley tan prolija en la regulación de aspectos secundarios, llama la atención que esta cuestión esencial se regule de manera incompleta y sin remisión directa al marco legislativo español. Cabe subrayar además que este Título VI debe preceder al título más amplio consagrado al régimen de la acción exterior en el ámbito europeo y de la lusofonía antes propuesto.

Por lo que se refiere al estímulo de la acción autonómica en aquellos ámbitos que se mencionan en el Título VII de la Ley, tanto la normativa autonómica sectorial existente (galeguridad, economía, cultura, turismo, sanidad entre otras), como, sobre todo, la planificación estratégica de los respectivos departamentos de la Xunta de Galicia contempla ya como elemento intrínseco o medular la dimensión externa de la actuación por lo que la regulación de la Ley resulta redundante. Los contenidos del Título VII aparecen ya recogidos y desarrollados en la EGAEX.

La mezcla del enfoque propio de la planificación estratégica con una aproximación que debe tener, por el contrario, naturaleza legislativa, alcance general y presentación de durabilidad conduce a resultados inadecuados. De esta manera se

---

Galicia-Norte de Portugal han ido surgiendo iniciativas como el *Centro de Estudos Eurorrexionais* (2004), constituido por las Universidades de Trás-os-Montes Alto Douro, Minho y Porto junto con la Universidades de A Coruña, Santiago de Compostela y Vigo, con la finalidad de reforzar las relaciones entre los centros de enseñanza superior de Galicia y el Norte de Portugal, buscando sinergias y complementariedades en los ámbitos académicos e investigadores de la Eurorregión; o la *Asociación del Valle del Miño Transfronterizo-Unimiño* (2006), organismo de cooperación transfronteriza con personalidad jurídica creado bajo la forma de Associação de Direito Público, que desarrolla su actividad en el campo de las obras públicas, la gestión de equipamientos sociales (culturales, deportivos, recreativos, artísticos), la gestión de servicios públicos comunes o de interés común, y candidaturas a programas o instrumentos comunitarios. Asimismo, dentro del macrorregión Regiones del Sudoeste Europeo (RESOE), Galicia lidera el Grupo de Trabajo de Educación Cultura e I+D+i contando con la colaboración de la Conferencia de Rectores de las Universidades del Suroeste europeo (CROUSOE).

observa en el Título VII de la Ley consideraciones presentistas<sup>58</sup>, tópicos de carácter político<sup>59</sup>, reiteraciones de objetivos establecidos en la normativa sectorial<sup>60</sup>, ofrecimientos de colaboración institucional<sup>61</sup> o incluso muestras relevantes de pensamiento desiderativo<sup>62</sup>. Ninguna de estas cuestiones tendría que figurar en una Ley sobre acción exterior toda vez que constituyen simples manifestaciones del evidente carácter transversal de la acción exterior y, por lo tanto, su regulación sustantiva debe realizarse en la legislación sectorial existente, en las normas de desarrollo adoptadas por los departamentos competentes de la Xunta de Galicia o bien en las directrices generales que elaboren las sucesivas EGAEX. Por consiguiente, entendemos que todo el Título VII de la Ley debió ser suprimido.

Sobre las disposiciones relativas a la política de cooperación para el desarrollo cabe señalar que la regulación conjunta de la acción exterior y de la cooperación para el desarrollo constituye una aportación novedosa y positiva de la Ley que resulta coherente con la lógica interna de los ODS. El Anteproyecto de Ley presentaba una insuficiente articulación de los dos ámbitos. Así, en el Título VIII se enunciaban objetivos, principios o sujetos propios de la política de cooperación que no apa-

---

(58) "(...) (E)l Consello de la Xunta de Galicia examinará el estudio 'Doing business' del Banco Mundial" (artículo 63.1 de la Ley). Hay que subrayar que, aunque el Informe de esta Institución se publique desde el año 2003, no debería aparecer expresamente citado como tal en una norma de rango legal.

(59) Entre otros ejemplos: "Para mejorar el aprovechamiento de las ventajas del mercado interior europeo, el sector público autonómico tomará en consideración las mejores prácticas avaladas por la dirección general competente de la Comisión Europea." (artículo 61.1 de la Ley); o "La Administración autonómica promoverá la diversificación internacional del comercio exterior desarrollado por las empresas ubicadas en Galicia" (artículo 62.1 de la Ley).

(60) "La Administración autonómica promoverá Galicia como polo de excelencia científica y tecnológica, tanto en el conocimiento y la investigación como en la innovación y la capacidad innovadora de su economía." (artículo 66.1 de la Ley); "La enseñanza gallega se marca como objetivo propio alcanzar los indicadores de calidad establecidos por la Unión Europea y conseguidos por los estados más avanzados en este campo." (artículo 69.1 de la Ley); "La Xunta de Galicia primará en la financiación universitaria el crecimiento en la internacionalización de las universidades públicas del Sistema universitario gallego conforme a los indicadores recomendados por la Unión Europea" (artículo 70.1 de la Ley); "La acción exterior en materia de turismo se orientará a la promoción de la imagen marca-país de Galicia como destino turístico, con especial atención a la puesta en valor de los caminos de Santiago..." (artículo 74 de la Ley).

(61) "El órgano de dirección de la Administración autonómica que tenga encomendada la responsabilidad de efectuar la planificación económica podrá reclamar la cooperación del órgano de dirección de la Administración autonómica responsable de velar por el desarrollo y ejecución de la Estrategia gallega de acción exterior y de la Fundación Galicia Europa en el ámbito de la información, los estudios y la legislación, de nivel comunitario o internacional" (art. 57 de la Ley).

(62) "Cuando los obstáculos o retrasos a las inversiones de capital foráneo procedan de otras administraciones gallegas, la Xunta de Galicia promoverá las modificaciones indispensables para situar a Galicia en el escalón superior de las administraciones más eficientes en tiempo y costes del entorno de la Unión Europea." (artículo 63.2 de la Ley) o el artículo 68 de la Ley sobre Estrategia de especialización inteligente.

recían relacionados de forma expresa con los formulados en el Título Preliminar, para el conjunto de la acción exterior. Pero lo cierto es que ha habido mejoras en el texto final de la Ley para intentar paliar esta debilidad tal como se desprende de los artículos 2. m); 3. K) o 4.h).

Con todas sus críticas, no podemos dejar de reconocer que el texto de la Ley gallega ha incorporado finalmente mejoras y algunas de las sugerencias recogidas en la fase de alegaciones formuladas en el trámite parlamentario. En su conjunto, la Ley responde al desarrollo legislativo en materia de acción exterior tanto a nivel estatal como a nivel autonómico y resulta pertinente y necesaria para “resaltar el enfoque holístico, por el cual se entiende la acción exterior de Galicia como un fenómeno colectivo que no se limita al propio gobierno sino que implica a toda la sociedad”<sup>63</sup>.

#### 4. A modo de conclusión

En definitiva, a la vista de lo hasta aquí expuesto constatamos cómo el desarrollo que ha experimentado la acción exterior de Galicia en estos 40 años está ligado de manera indiscutible a su Estatuto de Autonomía y a las instituciones y valores que de él se derivan.

Nuestra Comunidad Autónoma ha afrontado la responsabilidad de trazar y desarrollar una estrategia de acción exterior propia, aprovechando todas las posibilidades mínimas y máximas de desarrollo de la autonomía política, llevando a cabo actividades convenientes para la defensa y promoción de sus intereses particulares en un marco de lealtad constitucional y acatamiento del Derecho internacional y europeo.

Esta acción exterior se ha visto potenciada por la dimensión europea, atlántica y transfronteriza de Galicia que exige por parte de nuestra Comunidad continuar desarrollando una labor con proyección exterior cada vez más amplia e intensa acorde con sus intereses estratégicos. Esperemos que la nueva estrategia gallega de acción exterior para el periodo 2022-2026 que está en preparación, se configure como el instrumento que, en palabras de Gamallo Aller, haga que buscar oportunidades de desarrollo fuera de nuestras fronteras no sea ya una alternativa, sino una necesidad ineludible<sup>64</sup>.

---

(63) PAZOS VIDAL, S. “A Lei de Acción Exterior de Galicia, un paso adelante, pero insuficiente”, *Tempo Exterior. Revista de Análise de Estudos Internacionais*, 9 de enero de 2021. Disponible en <https://www.igadi.gal/web/analiseopinion/a-lei-de-accion-exterior-de-galicia-un-paso-adiante-pe-ro-insuficiente> (Consultado el 9 de mayo de 2022).

(64) Intervención del Director General de Relaciones Exteriores y con la Unión Europea, Sr. Jesús Gamallo Aller, en la reunión del Consejo de Acción Exterior (CAEX) celebrada el 14 de diciembre de 2021, disponible en <https://www.xunta.gal/notas-de-prensa/-/nova/64553/consejo-accion-exterior-galicia-comienza-preparacion-nueva-estrategia-gallega> (Consultado el 9 de mayo de 2022).

Por otro lado, también resulta ineludible mejorar la interlocución entre las Administraciones central y autonómica ya que el éxito de la acción exterior, como reconoce la Estrategia Exterior 2021-2024, pasa por el fomento de un mayor diálogo y coordinación con las Comunidades Autónomas y Entidades Locales cuya actividad en el exterior está al alza. Lo que sin duda hace necesario fortalecer los instrumentos existentes con el establecimiento de nuevos mecanismos de consulta regular que reúnan al Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación y a los responsables autonómicos en materia de acción exterior, sin excluir la especial atención que, en este contexto, debe prestarse a la coordinación de las CCAA en los mecanismos de cooperación transfronteriza<sup>65</sup>.

De ahí el relevante interés que tienen las relaciones Galicia-Norte de Portugal, vertebradas en torno a una Euroregión institucionalizada, con intensos flujos económicos y comerciales y una estrecha colaboración política, social, cultural y educativa, además de considerarse vitales para promover y potenciar la relación estratégica con la república portuguesa. El valor y alcance de esta relación estratégica galaico-portuguesa aporta un plus al excelente estado de las relaciones bilaterales España y Portugal como lo evidencian los resultados alcanzados en la XXXI y XXXII Cumbres Hispano-Portuguesas -A Guarda (2020) y Trujillo (2021)- en ámbitos de enorme trascendencia para Galicia como son el de la gobernanza transfronteriza y el de las relaciones de vecindad.

En cuanto a la *gobernanza transfronteriza*, la Declaración Conjunta de A Guarda<sup>66</sup>, aprobó una “Estrategia Común de Desarrollo Transfronterizo” (ECDT), que promueve la relación bilateral hispano-lusa y la cooperación transfronteriza a un nuevo nivel. La Estrategia se configura como “una herramienta flexible y abierta, fundamental para la transformación de las regiones transfronterizas en una plataforma de desarrollo conjunto con centralidad en el mercado ibérico, que permita luchar contra la regresión demográfica e impulsar de manera coordinada las oportunidades de crecimiento económico, la generación de empleo y la mejora de la calidad de vida de las personas que viven a ambos lados de la frontera, en un marco de sostenibilidad y convergencia. Su implementación debe orientarse no solo por una vertiente de cooperación bilateral sino también por una perspectiva europea que involucre a las instituciones comunitarias en la búsqueda de soluciones conjuntas”<sup>67</sup>.

Por su parte y en lo que atañe a las *relaciones de vecindad* destaca la firma, en el seno de la XXXII Cumbre celebrada en Trujillo, de un nuevo Tratado de Amistad y Cooperación que, en el mismo espíritu del firmado en 1977, “permite actualizar el

---

(65) *Estrategia de Acción Exterior 2021-2024...*, cit., p. 95.

(66) Declaración Conjunta de la XXXII Cumbre Hispano-Portuguesa de 10 de octubre de 2020. Disponible en: <https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2021/281021-DeclaracionConjuntaCumbreHispanoPortuguesa.pdf>.

(67) Texto disponible en [https://www.miteco.gob.es/es/reto-demografico/temas/documentoecd\\_tes\\_finalseptiembre2020\\_tcm30-517763.pdf](https://www.miteco.gob.es/es/reto-demografico/temas/documentoecd_tes_finalseptiembre2020_tcm30-517763.pdf) (Consultado el 9 de mayo de 2022).

rico y diverso entramado de la relación bilateral y reflejar una relación estratégica y multidimensional”<sup>68</sup>.

Asimismo, los Gobiernos de España y Portugal convinieron también renovar otros instrumentos jurídicos, en particular el Acuerdo Cultural de 1970, teniendo en cuenta la importancia de las relaciones bilaterales en el ámbito de la cultura<sup>69</sup>, lo que sin duda redundará en beneficio de las relaciones culturales entre Galicia y Portugal. En este sentido ya hemos tenido la oportunidad de indicar que “(a)unque, la denominada Ley ‘Paz Andrade’ al igual que otras iniciativas similares adoptadas en Comunidades Autónomas fronterizas añaden un valor *per se* como acicate para el impulso de las relaciones culturales con Portugal, no obstante, en el ámbito específico de la cooperación transfronteriza y territorial en materia cultural y educativa, y más allá de las actividades de cooperación que en este terreno vienen desarrollando distintos organismos e instituciones públicas y privadas, sería conveniente la conclusión de un nuevo Tratado cultural entre España y Portugal”<sup>70</sup>, en cuyo proceso de celebración naturalmente debe participar nuestra Comunidad Autónoma en los términos previstos en el título V de la Ley 25/2014, de Tratados y otros acuerdos internacionales<sup>71</sup>.

Ambos países ibéricos con el apoyo y aporte de sus entidades y colectividades fronterizas, “han construido una inmejorable relación bilateral que constituye un

---

(68) Declaración Conjunta de la XXXII Cumbre Hispano-Portuguesa 28 de octubre de 2021, disponible en <https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2021/281021-DeclaracionConjuntaCumbreHispanoPortuguesa.pdf> (Consultado el 9 de mayo de 2022). El artículo 18 del nuevo Tratado establece que “El Presente tratado no afectará a la vigencia de los convenios bilaterales concluidos anteriormente entre las Partes, tales como el Tratado de Amistad y Cooperación entre Portugal y España, hecho en Madrid el 22 de noviembre de 1977, el Convenio de Valencia sobre cooperación transfronteriza entre instancias y entidades territoriales, firmado en Valencia el 3 de octubre de 2002, o el Convenio de Albufeira sobre cooperación para la protección y aprovechamiento sostenible de las aguas de las cuencas hidrográficas hispano-portuguesas y el Protocolo Adicional, firmados en Albufeira el 30 de noviembre de 1998. 2. Las Partes podrán establecer, cuando lo estimen necesario, instrumentos adicionales, de carácter complementario, en todos los ámbitos comprendidos en el presente Tratado.”, Texto disponible en [https://www.exteriores.gob.es/Embajadas/lisboa/es/Comunicacion/Noticias/Paginas/Articulos/20211029\\_NOT1.aspx](https://www.exteriores.gob.es/Embajadas/lisboa/es/Comunicacion/Noticias/Paginas/Articulos/20211029_NOT1.aspx) (Consultado el 9 de mayo de 2022).

(69) Este nuevo Tratado vendría a sustituir al Convenio Cultural entre España y Portugal firmado en Madrid el 22 de mayo de 1970, BOE núm. 211, de 3 de septiembre de 1971. Instrumento de Ratificación: 11 de marzo de 1971. Entrada en vigor: 4 de mayo de 1971. En Portugal fue publicado en *Diário do Governo*, I serie, N° 299, de 29 de diciembre de 1970.

(70) PONTE IGLESIAS, “Las relaciones con Portugal y la Lusofonía...”, cit., p. 1180.

(71) Cabría recordar a este respecto las expectativas generadas en su día por la Proposición de Ley sobre la celebración de un Tratado de relaciones culturales galaico-portuguesas aprobada por el Parlamento gallego el 22 de febrero de 1982. La base formal de esta Proposición se encuentra en los artículos 35.3 y 9.1 del Estatuto de Autonomía de Galicia. Sobre esta Proposición de Ley ver el estudio de PÉREZ GONZÁLEZ, M. - PUEYO LOSA, J. - MARTINEZ PUÑAL, A. “Cooperación transfronteriza y relaciones Luso-Galaicas con especial referencia a la política cultural. Bases jurídico-internacionales para su institucionalización”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, V. 61, 1985, pp. 177-264.

patrimonio compartido que debemos esforzarnos en conservar. Europa ha transformado nuestras relaciones de vecindad hasta alcanzar un grado de integración del que, posiblemente, no haya retorno”<sup>72</sup>. Y, singularmente Galicia y el Norte de Portugal han contribuido a la construcción de esa realidad a lo largo de estos 40 años de vigencia del Estatuto gallego.

## 5. Bibliografía

- ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARIA, P. - DÍEZ-HOCHLEITNER RODRÍGUEZ, J. - MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (Dirs.). *Comentarios a la Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales (Ley 25/2014, de 27 de noviembre)*, Civitas Thomson Reuters, Madrid, 2015.
- BRAGA DA CRUZ, L. “La cooperación transfronteriza entre el Norte de Portugal y Galicia. De la experiencia de cooperación interregional a la construcción de una Comunidad de Trabajo Transfronteriza”, *Regiones transfronterizas y Mercado Único Europeo* (Carlos Otero Díaz, ed.), Fundación Alfredo Brañas, Santiago de Compostela, 1992.
- BRITO, W. “As novas tendências da cooperación transfronteiriça entre a Galiza e o Norte de Portugal”, *España y Portugal: Veinte años de integración europea* (Luis Lobo-Fernandes y Rafael García Pérez, Coords.), Tórculo Edicións, Santiago de Compostela, 2007.
- “A cooperación entre a região norte de Portugal e a Comunidade Autónoma da Galiza”, *Revista de Estudos Europeos*, N° 56, 2010.
- BUSTOS GISBERT, R. “El debate sobre la acción exterior de las Comunidades Autónomas: acción exterior de las Comunidades Autónomas”, *Informe Comunidades Autónomas*, N° 2013, 2013.
- CALDERÓN, F.J. “Fronteras intraeuropeas, desactivación fronteriza, cooperación transfronteriza e instituciones: El caso de la Raya Ibérica”, *Estudios Fronterizos*, 18(36), mayo-agosto de 2017.
- CANCELA OUTEDA, C. “Panorama de la cooperación territorial en la eurrregión Galicia-Norte de Portugal”, *Doc. Anàl. Geogr.* 2010, vol. 56/1.
- FERREIRA RODIGUES, T. - GARCÍA PÉREZ, R. (Coords.). *Portugal e Espanha. Crise e Convergência na União Europeia*, Parede, Tribuna, 2011.
- FRAGA IRIBARNE, M. “Galicia su presencia en Europa”, *Noticias CEE*, N° 72, 1991.
- FRERES, Ch. - SAENZ, A. - VIQUEIRA, M.<sup>a</sup> *A acción exterior das comunidades autónomas españolas en América Latina: o caso de Galicia*, Texturas Internacionais 3, IGADI, Baiona, 1997.
- GARCÍA PÉREZ, R. “La acción exterior de Galicia hacia Iberoamérica”, *Dereito. Revista Jurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, Vol. 7, N° 2, 1998.
- “La acción exterior en la fallida reforma del Estatuto de Autonomía de Galicia (2006-2007)”, *Administración & Cidadanía*, Vol.3, N°1, 2008.
- “La reforma que no fue: El Estatuto de Autonomía y la acción exterior de Galicia”, *La acción exterior de las Comunidades Autónomas en las reformas estatutarias* (Rafael García Pérez, Dir.), Tecnos, Madrid, 2009.

---

(72) FERREIRA RODIGUES, T. - GARCÍA PÉREZ, R. (Coords.). *Portugal e Espanha. Crise e Convergência na União Europeia*, Parede, Tribuna, 2011, p. 318.

- “La cooperación transfronteriza hispano-portuguesa. Logros y oportunidades”, *Co-verging Pathways. Spain and the European Integration Process/Itinerarios Cruzados. España y el proceso de construcción europea* (Cristina Blanco Sío-López y Susana Muñoz, eds. / dirs.), “Cuadernos de Yuste”, Nº 7, Bruxelles, P.I.E. Peter Lang Éditions Scientifiques Internationales, 2013.
  - “La proyección internacional de las Comunidades Autónomas en la Ley de la Acción y del Servicio Exterior del Estado (LAESE): Autonomía territorial y unidad de acción de la política exterior”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Nº 27, 2014, disponible en <http://www.reei.org/index.php/revista/num27/articulos/proyeccion-internacional-comunidades-autonomas-ley-accion-servicio-exterior-estado-laese-autonomia-territorial-unidad-accion-politica-exterior>
- GUERRA WESLY, S.T. “Lusofonia na Galiza e a inclusão do Brasil e demais países lusófonos”, *Tempo Exterior. Revista de Análise de Estudos Internacionais*, 20 de abril de 2022.
- HERRERO DE LA FUENTE, A. “Veinte años de cooperación transfronteriza con Portugal”, *Revista de Estudios Europeos*, Nº 56, 2010.
- JANER TORRENS, J. D. “La acción exterior de las Comunidades Autónomas: ¿hacia una nueva interpretación de la competencia exclusiva del Estado en materia de relaciones internacionales?”, *REAF* núm. 26, octubre 2017.
- MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. “La Ley de tratados y otros acuerdos internacionales: Una nueva regulación para disciplinar una práctica internacional difícil de ignorar”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 67/1, enero-junio 2015.
- MÉNDEZ ROMEU, J. L. “Marco actual político e xurídico”, *Informe sobre a Política de Acción Exterior para Galicia, Colección de Cadernos de Cooperación do Eixo Atlántico* (Xoán Vázquez Mao, Dir.), Eixo Atlántico Peninsular, 2018.
- PAZOS VIDAL, S. “¿Nuevos comienzos o más de lo mismo? La nueva Ley de Acción Exterior de Galicia y la Estrategia de Acción Exterior de España 2021-2024”, disponible en <https://aecpa.es/files/view/pdf/congress-papers/15-0/2616/>
- “A Lei de Acción Exterior de Galicia, un paso adiante, pero insuficiente”, *Tempo Exterior. Revista de Análise de Estudos Internacionais*, 9 de enero de 2021. Disponible en <https://www.igadi.gal/web/analiseopinion/a-lei-de-accion-exterior-de-galicia-un-paso-adiante-pero-insuficiente>
- PÉREZ GONZÁLEZ, M. “La ‘onda regional’ en Bruselas y el ámbito del poder exterior”, *Revista de Instituciones Europeas*, Nº 3, 1994.
- PÉREZ GONZÁLEZ, M. - PUEYO LOSA, J. - MARTINEZ PUÑAL, A. “Cooperación transfronteriza y relaciones Luso-Galaicas con especial referencia a la política cultural. Bases jurídico-internacionales para su institucionalización”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, V. 61, 1985.
- PONTE IGLESIAS, M.<sup>a</sup> T. «Galicia y la Región Norte de Portugal: Un ejemplo de cooperación regional transfronteriza», *Dereito. Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, vol. 2, Nº 1, 1993.
- “La Comunidad de Trabajo Galicia-Región Norte de Portugal», *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. XLV, Nº 2, 1993.
  - “La cooperación transfronteriza entre Galicia-Región Norte de Portugal: Una pieza clave de la proyección exterior de la Comunidad Autónoma de Galicia”, *La actividad exterior y co-*

- munitaria de Galicia. La experiencia de otras Comunidades Autónomas* (J. Pueyo Losa/M<sup>a</sup> Teresa Ponte Iglesias, coords.), Fundación Alfredo Brañas, Santiago de Compostela, 1997.
- "A Comunidade de Traballo como instrumento dinamizador da integración", *Tempo Exterior. Revista de Análise de Estudos Internacionais*, Vol. II, N<sup>o</sup> 3, Xullo-Decembro 2001.
  - "La acción exterior de Galicia y los procesos de integración en América Latina con especial atención al Mercosur", *El diálogo entre los pueblos y las culturas en el marco de las relaciones eurolatinoamericanas. Las perspectivas de las entidades subestatales. El caso de Galicia* (Carlos Francisco Medina del Pozo y Andrés Faiña Medin, dirs.), Ediciones Jurídicas DIJUSA, Madrid, 2005.
  - "Las relaciones con Portugal y la Lusofonía en la Estrategia de Acción Exterior de Galicia", *Estudios em Homenagem ao Professor Doutor Wladimir Brito* (Mario Ferreira Monte, Joaquim Freitas da Rocha/Maria de Assunção do Vale Pereira, Coords.), Almedina, Coimbra, 2020, pp. 1163-1181.
- PUEYO LOSA, J. "Algunas reflexiones sobre la actividad exterior de Galicia y las relaciones internacionales del Estado", *Dereito. Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, Vol. 3, N<sup>o</sup> 2, 1994.
- "La participación de Galicia en las relaciones internacionales del Estado", *Dereito. Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, Vol. 4, N<sup>o</sup> 2, 1995.
  - "La actividad exterior de Galicia en el marco de las relaciones internacionales de un Estado de estructura compleja", *La actividad exterior y comunitaria de Galicia. La experiencia de otras Comunidades Autónomas* (Jorge Pueyo Losa y M.<sup>a</sup> Teresa Ponte Iglesias, Eds.), Fundación Alfredo Brañas, Colección Derecho n<sup>o</sup> 9/1997.
  - "El marco jurídico de la cooperación transfronteriza entre Galicia y la Región Norte de Portugal", *La Cooperación Transfronteriza Hispano-Portuguesa en 2001* (Alberto Herrero de la Fuente, ed.), Madrid, 2002.
  - "La acción exterior de Galicia y el Estatuto", *La Voz de Galicia* (30-06-06) ([www.lavozdeg Galicia.es](http://www.lavozdeg Galicia.es)).
- PUEYO LOSA, J. - PONTE IGLESIAS, M.<sup>a</sup> T. "El espacio eurorregional Galicia-Norte de Portugal y los nuevos instrumentos europeos de cooperación territorial", *España y Portugal. Veinte años de integración europea* (R. García Pérez/L. Lobo-Fernandes, coords.), Tórculo Edicións, Santiago de Compostela, 2007.
- PUEYO LOSA, J. - PONTE IGLESIAS, M.<sup>a</sup> T. - BRITO, W. - VENADE, N. *El régimen jurídico de la cooperación transfronteriza hispano-portuguesa entre entidades e instancias territoriales a la luz del Tratado entre el Reino de España y la República Portuguesa sobre cooperación transfronteriza, de 3 de octubre de 2002*, Xunta de Galicia/Comissão de Coordenação e Desenvolvemento Regional do Norte de Portugal, Santiago de Compostela/Braga, 2004.
- RÍOS, X. "Deseño dunha Acción Exterior para Galicia", *Informe sobre a Política de Acción Exterior para Galicia*, Colección de Cadernos de Cooperación do Eixo Atlántico (Xoán Vázquez Mao, Dir.), Eixo Atlántico Peninsular, 2018.
- VIQUEIRA, M.<sup>a</sup> - RÍOS, X. "Galicia: acción exterior y Galeguidade en América Latina", *Las comunidades autónomas Españolas y América Latina* Ch. Freres y A. Saenz, eds.), Asociación de Investigación y Especialización sobre Temas Iberoamericanos, Madrid, 2002.
- XUNTA DE GALICIA. *Constitución, Comunidades Autónomas y Derecho Internacional*, VI Jornadas de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, Santiago de Compostela, 1-4 de junio de 1981, Xunta de Galicia, 1982.



# LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y LA DIPLOMACIA PÚBLICA\*

*ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND PUBLIC DIPLOMACY*

*Manuel Morales Lama\*\**

**Resumen:** En este trabajo se analiza la Inteligencia Artificial (IA) en la sociedad contemporánea, desde su definición, hasta sus beneficios y riesgos. El enfoque principal del mismo es explicar los usos que puede tener esa tecnología, con énfasis en el empleo del “ChatGPT”, en la implementación de las estrategias de Diplomacia Pública. Luego de explorar los beneficios y desafíos en la materia se concluye que las herramientas que la Inteligencia Artificial tiene el potencial de poner en manos de los diplomáticos, que implementan estrategias de Diplomacia Pública, deben ser empleadas muy cuidadosamente, estableciéndose protocolos y procedimientos para aprovechar los beneficios que ofrece y evitando, en la medida de lo posible, la materialización de los riesgos que se le atribuyen. Este estudio se propone concientizar a los diplomáticos involucrados en la implementación de la Diplomacia Pública sobre la necesidad de incorporar entre los medios que se utilizan en la práctica los sistemas con capacidad de generar Inteligencia Artificial, teniendo presente que la Diplomacia es de las actividades en que la Inteligencia Artificial no podrá sustituir la labor de las personas por la complejidad que tienen los asuntos relativos a la política exterior.

**Palabras-clave:** Inteligencia Artificial -Tecnología - Estrategias de la Diplomacia Pública.

**Abstract:** This article analyzes Artificial Intelligence in today’s civilization spanning from its definition to its benefits and risks. Our main focus is on explaining the uses of this technology, with emphasis on the “ChatGPT”, in the

---

\* Trabajo recibido el 11 de marzo de 2024 y aprobado para su publicación el 25 del mismo mes y año.

\*\* Diplomático de carrera de la República Dominicana con rango de Embajador, Ministerio de Administración Pública. Académico, catedrático universitario y autor de varias obras y trabajos académicos sobre Derecho Internacional y Derecho Diplomático y Relaciones Internacionales. Su obra más conocida *Diplomacia Contemporánea, Teoría y Práctica para el Ejercicio Profesional* que tiene actualmente trece ediciones está siendo traducida a varios idiomas y fue galardonada con el Premio Nacional de Didáctica. Fue Rector del Instituto de Educación Superior en Formación Diplomática y Consular (INESDYC) -2017-2020-. Ha sido Presidente del Instituto Hispano Luso Americano de Derecho Internacional (2010-2012). Ha prestado servicio en calidad de Embajador en Israel, Venezuela, Brasil y Egipto.

implementation of Public Diplomacy Strategies. After exploring the benefits and challenges in this area we conclude that the tools that the Artificial Intelligence has the potential of putting in the hands of diplomats that implement Public Diplomacy strategies must be put in practice very carefully, establishing protocols and procedures to take advantage of the benefits it offers and avoiding, as possible, the materialization of the risks attributed to it. This study has the purpose to raise awareness among diplomats involved in the implementation of Public Diplomacy about the need to incorporate among the means used in practice systems with the capacity to generate Artificial Intelligence, keeping in mind that diplomacy is one of the activities in which Artificial Intelligence will not be able to replace the work of diplomats due to the complexity of matters related to foreign policy.

**Keywords:** Artificial Intelligence - Technology - Public Diplomacy Strategies.

**Sumario:** 1. Introducción. 2. La “IA generativa” y la “ChatGPT”. 3. Riesgos y Beneficios de la IA. 4. El “ChatGPT”. 5. El “ChatGPT” y la Diplomacia. 6. El “ChatGPT” y la Diplomacia Pública. 7. La IA y las Estrategias de Diplomacia Pública. 8. Conclusiones y Recomendaciones. 9. Bibliografía.

## 1. Introducción

El término “inteligencia artificial” (IA), tal como lo sostiene Zlata Drnas de Clément, fue acuñado por John McCarthy, de la Universidad de Stanford, quien hizo uso de dicho término en una conferencia llevada a cabo en 1956 (Leyva-Vásquez, M. y Smarandache, F., 2018, como se citó en Drnas de Clément, 2022).

Si bien es cierto que no existe una definición única de la IA, en general, es conceptualizada “como un conjunto de Tecnologías de Información y Comunicaciones (TIC), avanzadas, consistentes en máquinas capaces de imitar ciertas funcionalidades de la inteligencia humana, incluidas características tales como percepción, aprendizaje, razonamiento, resolución de problemas, interacción con el lenguaje e incluso producción de trabajos creativos”. Esta enunciación de rasgos de la IA ha sido propuesta por la Comisión Mundial de Ética del Conocimiento Científico y la Tecnología de la UNESCO (COMEST, según sus siglas en inglés)<sup>1</sup>.

La IA tiene el potencial de tener un impacto significativo en el campo de la Diplomacia Pública.

---

(1) El parágrafo 2.a) del Anteproyecto de Recomendación sobre la Ética de la IA de la UNESCO (SHS/BIO/AHEG-AI/2020/4 REV 2, Doc. Final) expresa: “Los sistemas de IA son tecnologías de procesamiento de la información que incorporan modelos y algoritmos que producen una capacidad para aprender y realizar tareas cognitivas, dando lugar a resultados como la predicción y la adopción de decisiones en entornos reales y virtuales. Los sistemas de IA están diseñados para funcionar con una cierta autonomía, mediante la modelización y representación del conocimiento y la explotación de datos y el cálculo de correlaciones”. V. infra la Recomendación adoptada el 25 de noviembre de 2021 citada por Drnas de Clément, 2022.

La Diplomacia Pública se refiere a los esfuerzos y estrategias de comunicación que utiliza un país para interactuar con audiencias extranjeras, construir relaciones positivas y promover su imagen y valores en el escenario global (Morales Lama, 2022). El tema de la Diplomacia Pública está ampliamente tratado en la obra del autor de la cita número 4 de este artículo.

En las palabras del académico estadounidense Ilan Manor “cuando hablamos de IA, en realidad nos referimos a la idea de que la computadora podría analizar, sintetizar e inferir información”.

## 2. La “IA generativa” y la “ChatGPT”

Lo que caracteriza la “IA generativa”, como por ejemplo el programa marca “Chat Generative Pre-Trained Transformer”, mejor conocido por sus siglas en inglés “ChatGPT”, es que permite a “los usuarios cotidianos” aprovechar el increíble poder de la IA<sup>2</sup>. Atrás quedaron los días en que los sistemas de IA solo podían ser aprovechados por programadores o científicos informáticos (U.S. Advisory Commission on Public Diplomacy [ACPD], 2023). Como la marca “ChatGPT” ha sido utilizada exitosamente en Estados Unidos de América le daremos prioridad a su estudio en este artículo<sup>3</sup>.

La definición de “Generative Pre-Trained Transformer”, que presentamos en idioma inglés, por ser el idioma original de esta terminología, es la siguiente: es un *“language model relying on deep learning that can generate human-like texts based on a given text-based input. A user “feeds” the model with a sentence, and the transformer creates coherent paragraph-based information extracted from publicly available datasets.”*

Citando nuevamente a Ilan Manor: “Si cargamos un sistema de IA con todas las temperaturas de Estados Unidos de América en la última década, tal vez podría decirnos cuál será la temperatura mañana”.

---

(2) Para conocer la recientemente anunciada plataforma de inteligencia artificial generativa Elon Musk, favor acceder a este link: [https://www.elconfidencial.com/tecnologia/2023-11-07/chatgpt-bard-grok-claude-guerra-ia-generativa\\_3768805/](https://www.elconfidencial.com/tecnologia/2023-11-07/chatgpt-bard-grok-claude-guerra-ia-generativa_3768805/)

(3) El 11 de Octubre de 2023 el Excelentísimo Señor Presidente de la República Dominicana, Don Luis Abinader dio a conocer la Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial, que entre sus objetivos prevé “impulsar una política exterior proactiva y favorable a la inteligencia artificial”. Al documento que la contiene puede accederse a través del presente link [https://ogtic.gob.do/wp-content/uploads/2023/10/ENIA-Estrategia-Nacional-de-Inteligencia-Artificial-de-la-Republica-Dominicana\\_compressed.pdf](https://ogtic.gob.do/wp-content/uploads/2023/10/ENIA-Estrategia-Nacional-de-Inteligencia-Artificial-de-la-Republica-Dominicana_compressed.pdf)

### 3. Riesgos y Beneficios de la IA

El debate sobre el impacto de la IA se hace cada vez más importante. En efecto, algunos expertos sostienen que la IA representa una amenaza existencial para nuestra seguridad y prosperidad colectivas.

Para dar ejemplo de asuntos de delicado manejo en la IA en el ámbito de las relaciones internacionales, acudimos de nuevo a la tratadista Zlata Drnas de Clement, quien destaca el hecho de que Zoraiz Hussain ejemplifica el caso de Brittany Nicole Kaiser, joven Ex Directora de Desarrollo Comercial de “Cambridge Analytica” (empresa británica de consultoría política) que colapsó tras el descubrimiento del mal uso aplicado a datos de “Facebook” para influir en el referéndum del “Brexit” en el Reino Unido y en las elecciones presidenciales de Estados Unidos de 2016.

Según la fuente precitada, Kaiser estuvo involucrada en la malversación de información, y en acciones que generaron distorsiones en la percepción de la realidad, así como en violaciones de la privacidad de millones de cuentas de Facebook en todo el mundo. También conforme a la fuente citada, las acciones de esa empresa afectaron casi 100 campañas electorales en más de 30 países, en 5 continentes. Asegura también esa fuente que a través de esas acciones se “jugó con el intelecto de las personas, al influenciarlas subliminalmente, violando su derecho a determinar libremente sus decisiones políticas” (Hussain, 2021).

No obstante, hay quienes defienden el potencial de la IA para mejorar enormemente nuestra capacidad de gestionar los flujos de información en las relaciones internacionales (ACPD, 2023).

Este debate se ha centrado significativamente en el campo de la práctica diplomática, en particular en el ejercicio de la Diplomacia Pública. Al respecto, se ha señalado que el uso por los Estados de herramientas como el “ChatGPT” (que será tratado más adelante) en la implementación de sus estrategias de Diplomacia Pública podría conllevar el riesgo de que se difundan noticias falsas o no del todo precisas, posiblemente comprometiendo la reputación del país de que se trate.

También se ha sostenido que la IA puede ser una herramienta que arroje resultados positivos, proporcionando a los diplomáticos un medio vital para recopilar, organizar, presentar y evaluar información (ACPD, 2023).

Es la opinión del autor en base a los datos que presentaremos más adelante que los resultados positivos o negativos del uso de la IA dependerán fundamentalmente de la gestión que se le dé, siendo crucial para ello el seguimiento de procedimientos y protocolos que garanticen su efectividad y que se respeten los derechos de los actores involucrados directa o indirectamente, teniendo presente que en todos los escenarios existe la posibilidad de que ocurran errores a pesar de que sean tomadas todas las precauciones necesarias.

En ese contexto, resulta oportuno recordar que la IA ha abierto una nueva disciplina en la medicina, dentro del campo de la informática. Un ejemplo de ello es cómo durante la pandemia del Covid-19 la IA hizo posible “secuenciar” el genoma del virus, y realizar diagnósticos más rápidos. También ha permitido conocer opciones para el uso de materia prima existente al menor costo posible, a fin de producir vacunas antivirales a gran escala.

Del mismo modo, en la creciente necesidad de localizar y analizar la propagación del virus, se han utilizado las capacidades de esta tecnología para crear herramientas y modelos computacionales, que contribuyen a predecir el número de infectados y la severidad de sus síntomas, datos estos que podrán ser utilizados para futuras enfermedades y evitar así la pérdida de miles de vidas humanas (Medina y Regalado, 2021).

#### 4. El “ChatGPT”

Retomando lo relativo al “ChatGPT”, se trata de la marca con que se ha dado a conocer un sistema informático que puede generar grandes volúmenes de texto e incluso adaptar el texto a tareas específicas.

Técnicamente hablando el “ChatGPT” es una aplicación de “chatbot” de IA, desarrollado por la empresa de investigación “OpenAI”. Los “chatbot’s” mejor definidos en idioma inglés son *“a computer program designed to simulate conversation with human users, especially over the internet”*. Los “chatbot’s” *“son reconocidos como sistemas ‘expertos’ que utilizan el razonamiento basado en casos”*.

En la terminología especializada de la IA, el “ChatGPT” es el prefijo que tienen todos los sistemas de lenguaje (en inglés “language model systems”), creados por la empresa “OpenAI”. Según esa empresa, y la citamos en su texto original en idioma inglés para no distorsionar el contenido de su definición: *“We’ve trained a model [sistema de lenguaje] called ChatGPT which interacts [with the user] in a conversational way. The dialogue format makes it possible for ChatGPT to answer followup questions, admit its mistakes, challenge incorrect premises, and reject inappropriate requests.”*

El “ChatGPT” está disponible en los modelos “GPT-4” y “GPT-3.5” creados ambos por la empresa “OpenAI”.

El “GPT-4” que es el modelo más avanzado del “ChatGPT”, identificado por esa empresa como “ChatGPT-4”, fue lanzado el 14 de marzo de 2023 por la compañía “OpenAI”.

En el “ChatGPT-4” la empresa “OpenAI” ha introducido una característica muy esperada: capacidades de comprensión y generación de imágenes. “Este avance revolucionario marca un hito importante en el desarrollo de ‘modelos de lenguaje de IA’ y abre nuevas posibilidades para diversas industrias” (Yohai, 2023).

Esto constituye un salto innovador en el campo del “procesamiento del lenguaje natural” o “in natural language processing (NLP)”, en idioma inglés, concepto que podrá entenderse mejor al leer el párrafo subsiguiente.

En palabras de dicha empresa que colocamos en inglés para evitar imprecisiones, el “ChatGPT-4” *“is the latest version of the ‘ChatGPT’ language model, and it represents a significant step forward in natural language processing (NLP) technology. Language models like ‘ChatGPT-4’ are essential for ‘NLP’ because they allow computers to understand human language, interpret meaning, and respond in a way that is natural and intuitive for humans.”*

Para ofrecer una información complementaria, dada la complejidad del tema, transcribimos la definición que han adoptado algunos medios de comunicación respecto del “ChatGPT-4”. Esa fuente lo define como “un modelo multimodal muy amplio que permite introducir imágenes y texto, a los fines de recibir respuestas de texto que, si bien es un mecanismo menos eficaz que los seres humanos en muchos escenarios del mundo real, presenta un rendimiento muy similar al nivel humano en varios puntos de referencia, tanto profesionales como académicos”.

El “GPT-3.5” antes mencionado es un modelo de lenguaje desarrollado por “OpenAI” que utiliza el “aprendizaje profundo” para producir texto similar al que generaría un ser humano. Es una versión mejorada del “GPT-3”, el modelo de “predicción de lenguaje” de tercera generación de la serie “GPT”, también creado por la empresa “OpenAI”. El “GPT-3.5” ha atraído mucha atención y elogios por su impresionante capacidad para comprender y generar texto similar al humano. Con la asombrosa cantidad de 175 mil millones de parámetros a su disposición, el “GPT-3.5” fue uno de los “modelos de lenguaje” más amplios y poderosos jamás construidos en el momento de su lanzamiento.

El “ChatGPT” se lanzó el 30 de noviembre de 2022 y ha llamado la atención por sus respuestas detalladas y articuladas, aunque se ha criticado su precisión fáctica. El servicio se lanzó inicialmente como gratuito para el público, con planes de monetizarlo más adelante. El 4 de diciembre de ese mismo año, “OpenAI” calculaba que “ChatGPT” ya tenía más de un millón de usuarios.

El acceso al servicio del “ChatGPT” está limitado en países como China, Rusia, Irán, y algunos países de África. El acceso a “ChatGPT” ha sido bloqueado en Italia debido a que las autoridades relacionadas con la protección de datos establecieron que hubo una violación de la base jurídica para utilizar datos personales.

En marzo del 2023, se integró al “ChatGPT” el uso de “plugins”. Los “plugins” son “mejoras” creadas para los “chatbot’s” de la IA que incrementan la capacidad de lo que pueden hacer. Por ejemplo, los complementos “Kayak” y “Expedia” pueden responder preguntas sobre viajes en tiempo real.

El “ChatGPT” sigue siendo gratuito en su versión “ChatGPT-3.5”, la que puede accederse a través del enlace <https://chat.openai.com>, creando una cuenta. Debe

tenerse presente que el “ChatGPT” solo está actualizado hasta enero del año 2022 en cuanto a la información que contiene<sup>4</sup>. También hay otros productos similares disponibles. Nos hemos enfocado en el “ChatGPT” por las razones antes expuestas.

## 5. El “ChatGPT” y la Diplomacia

En países desarrollados como Estados Unidos de América el “ChatGPT” se ha empleado para desempeñar labores relacionadas a la función de observación e información de las Misiones Diplomáticas -que como es ampliamente conocido está prevista en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas-, permitiendo, por ejemplo poder redactar los resúmenes diarios de las informaciones que publican los medios de comunicación en mucho menos tiempo en comparación con la forma manual de realizar dichos resúmenes. No obstante, por tratarse de una plataforma creada por una empresa privada, Estados Unidos de América no utiliza el “ChatGPT” para asuntos “clasificados”.

Según informan diplomáticos que han compartido sus experiencias, el “ChatGPT” puede incluso redactar un discurso, siguiendo los criterios que le sean señalados, como son la naturaleza del evento, el tipo de público, el tiempo de duración, y datos puntuales a ser compartidos. Esto se puede comprobar creando una cuenta y usando el programa.

Debe tenerse presente que al utilizar el “ChatGPT” este instrumento construye lo que podría denominarse como una “memoria institucional” al recordar todo lo que se dice en cada conversación del “chat”. De hecho, puede mejorar el rendimiento con el tiempo a medida que se le capacite, se interactúe con él y se le proporcionen materiales y recursos.

Procede precisar que el “ChatGPT” puede analizar y producir texto en prácticamente cualquier idioma. Incluso se le puede dar instrucciones en un idioma, solicitándole que reproduzca lo solicitado en otro idioma.

Algo importante a tener presente es que mientras más precisiones le sean proporcionadas mejor será la información que genere.

En los países que utilizan esta herramienta se han capacitado los equipos de trabajo en sus Misiones Diplomáticas para que sean muy específicos en las indicaciones que utilicen con el “ChatGPT”.

No obstante, lo recomendable es considerar lo que se crea a través del “ChatGPT” como un primer borrador, debiéndose verificar todos los detalles que aporte

---

(4) El 6 de Noviembre del año 2023 la empresa “OpenAI” anunció el lanzamiento del ChatGPT Turbo, que entre otros avances en cuanto a las versiones anteriores, cuenta con información actualizada hasta abril de 2023. Para mayores detalles se puede acceder al siguiente link: <https://www.google.com/amp/s/www.whatsnews.com/2023/11/08/6-cosas-que-tienes-que-saber-sobre-chatgpt-turbo/amp/>

el “ChatGPT”. A pesar de ello es evidente que ahorra mucho tiempo el uso de esta herramienta.

## **6. El “ChatGPT” y la Diplomacia Pública**

En cuanto los posibles usos del “ChatGPT” en materia de Diplomacia Pública, según Ilan Manor los Ministerios de Relaciones Exteriores pueden usar esta herramienta para conocer cómo los medios extranjeros perciben a su país en extensos períodos de tiempo. Utilizando esta información las autoridades de ese país pueden determinar qué aspectos ameritan ser trabajados para que puedan ser cubiertos por los medios de comunicación en la implementación de sus estrategias de Diplomacia Pública. Lo que equivale a decir que la IA es una herramienta que permite el análisis de la Opinión Pública.

En términos prácticos, la IA puede procesar grandes cantidades de datos publicados en la prensa digital y en las redes sociales para analizar el sentimiento del público e identificar tendencias y preocupaciones emergentes. Esta información es valiosa para que los diplomáticos comprendan cómo se percibe a su país o conozcan la opinión pública de algún tema de interés, permitiéndoles de ese modo ajustar sus estrategias y gestiones en consecuencia.

Adicionalmente, Manor considera que los beneficios de las tecnologías como las que emplea el “ChatGPT” serían mucho mayores para los Gobiernos en materia de política exterior si los mismos pudieran introducir todos sus documentos oficiales en una plataforma similar creada con fines oficiales, lo que permitiría un mayor aprovechamiento de la información con la que se cuenta a nivel gubernamental para el diseño de estrategias de Diplomacia Pública, pudiendo por ejemplo acceder de manera sistematizada a los informes remitidos por sus Misiones Diplomáticas, y a los reportes de inteligencia.

Sin embargo, esta nueva tecnología también es un desafío para los Gobiernos en cuanto a su imagen en la medida en que los públicos locales y extranjeros utilicen “ChatGPT” para conocer sobre el entorno que les rodea, pues en su programación “ChatGPT” no está diseñado para presentar la realidad de los hechos con una estricta exactitud. Por políticas de la empresa creadora de la misma hay datos que el software podría omitir, o no precisar de manera concreta, pudiendo de esa forma crear confusión o una idea errada de la realidad.

## **7. La IA y las Estrategias de Diplomacia Pública**

Otra esencial utilidad de la IA en la Diplomacia Pública se refiere a la capacidad de poder utilizarla para producir contenido personalizado. Es que los algoritmos impulsados por la IA pueden ayudar a adaptar el contenido y los mensajes a audiencias específicas, teniendo en cuenta las diferencias culturales, lingüísticas y



regionales. Esta personalización puede hacer que los esfuerzos diplomáticos en materia de Diplomacia Pública sean más efectivos.

Del mismo modo, las herramientas de traducción impulsadas por la IA posibilitan superar las barreras del idioma, permitiendo a los diplomáticos interactuar con audiencias extranjeras en sus idiomas nativos, permitiendo a la vez la comunicación y la comprensión, lo cual tiene el resultado de que se pueda abarcar un público mayor en las acciones de la Diplomacia Pública.

Más específicamente, las recomendaciones de contenido impulsadas por IA y los algoritmos de redes sociales pueden ayudar a los diplomáticos a llegar a una audiencia más amplia y comprometida con sus intereses de política exterior, lo que permite una Diplomacia Digital más efectiva.

Incluso, la IA puede ayudar a los diplomáticos a adaptar sus interacciones con sus homólogos extranjeros, ofreciendo sugerencias para establecer una buena relación generando “rapport”<sup>5</sup> y, asimismo, abordar inquietudes específicas, en el plano de la colaboración y/o cooperación.

De igual modo, las Misiones Diplomáticas de diversos países están empleando “chatbot’s” de IA y asistentes virtuales para proporcionar información, responder preguntas y ofrecer asistencia a personas interesadas en aprender sobre su país o sus políticas.

Además, la IA puede ayudar a los diplomáticos a anticipar posibles desafíos y oportunidades en el campo de la Diplomacia Pública mediante el análisis de datos históricos y las tendencias geopolíticas actuales. De esta forma la IA puede “moldear” las estrategias diplomáticas.

En particular, la IA puede analizar documentos en que se reflejen asuntos relacionados a las políticas exteriores de los Estados así como acuerdos internacionales para proporcionar información sobre áreas potenciales de colaboración o conflicto entre las naciones, lo cual puede ser esencial para el diseño de estrategias de Diplomacia Pública y de política exterior en general.

Del mismo modo, la IA puede ayudar en la formulación de respuestas a las crisis, permitiendo analizar rápidamente la información, identificar amenazas potenciales y proporcionando información sobre cursos de acción apropiados. Esto es especialmente valioso en tiempos de crisis o emergencias internacionales.

De igual manera, en una era en la que las amenazas cibernéticas pueden afectar las relaciones internacionales, la IA se utiliza para monitorear y proteger la inviolabilidad de las comunicaciones y otras fuentes de información que ameriten ser protegidas de los ataques cibernéticos.

---

(5) El “rapport” es el fenómeno en el que dos o más personas sienten que están en “sintonía” psicológica y emocional, porque se sienten similares o se relacionan bien entre sí.

Así como hemos dicho que la IA debe utilizarse con mucho cuidado para evitar ser influenciado por informaciones erróneas o no del todo precisas, teniendo eso en cuenta y utilizando métodos de comprobación alternativos, la IA puede hacer posible lo que se ha denominado “detección de deepfake”. Se ha denominado “deepfake” a una noticia o nota falsa que a simple vista se ve que es real. A medida que la información errónea y el uso de la tecnología hacen cada vez más frecuentes los “deepfake”, la IA puede desempeñar un papel importante en la detección de los “deepfake”, y permitir contrarrestar “narrativas falsas” y “contenido manipulado”, salvaguardando de ese modo la reputación de un país.

En el área de la Diplomacia Digital las herramientas de monitoreo de redes sociales impulsadas por inteligencia artificial pueden ayudar a los diplomáticos a rastrear foros para participar en conversaciones en línea, permitiéndoles participar en importantes debates globales y moldear la opinión pública.

En el área de la Diplomacia Cultural la IA puede facilitar la creación de programas de intercambio de este carácter al conectar naciones (instituciones o personas) con intereses o antecedentes similares y organizar eventos y experiencias virtuales en base a los mismos.

Se debe insistir en que si bien es cierto que la IA ofrece numerosas oportunidades para mejorar los esfuerzos en materia de la Diplomacia Pública, no es menos cierto que también presenta desafíos, como preocupaciones sobre la privacidad, consideraciones éticas y la posibilidad de sesgo en los algoritmos de la IA. Lograr el equilibrio adecuado entre tecnología y Diplomacia es un aspecto fundamental para aprovechar eficaz y convenientemente la IA en la Diplomacia Pública.

## **8. Conclusiones y Recomendaciones**

Todos los beneficios y riesgos que hemos expuesto sobre la IA tienen su origen en experiencias de diplomáticos de reconocido prestigio que así lo han compartido, otros tienen su origen en las fuentes académicas y profesionales que hemos citado por considerarlas como más confiables, ya sea en las “notas al pie de página” o en la bibliografía y otros tienen su origen en experiencias propias.

En ese contexto cabe precisar que si bien la IA ofrece muchos beneficios en el ejercicio de la Diplomacia Pública, es crucial que al implementar las facilidades que ofrece se tome en cuenta abordar consideraciones éticas y de seguridad, así como de privacidad de los datos personales.

Basado en nuestra experiencia, consideramos que a pesar de todos los beneficios que ofrece la IA en el ejercicio de la Diplomacia Pública, y en la Diplomacia en todas sus modalidades, el ejercicio diplomático sigue siendo una tarea fundamentalmente humana, y la IA solo debe utilizarse para apoyar y coadyuvar en los esfuerzos realizados en materia de política exterior, lo que equivale a decir, que en el ejercicio diplomático aún no es posible reemplazar a los propios diplomáticos por la comple-

alidad y responsabilidad que caracteriza su quehacer en su calidad de “representantes del Estado”, como podría ocurrir en otras profesiones en que su ejercicio involucra actividades que se han denominado “repetitivas” y “automatizadas”.

En conclusión, es recomendable que los diplomáticos que trabajan en la implementación de la Diplomacia Pública de sus países estén debidamente capacitados en las herramientas que proporciona la IA a los fines de que los Estados que representan puedan competir efectivamente en el escenario internacional contemporáneo.

## 9. Bibliografía

- ACPD Official Meeting Minutes (14 de junio de 2023). *The Use of Artificial Intelligence in Public Diplomacy*. Virtual Public Meeting Via Videoconference, Washington, DC. <https://www.state.gov/acpd-official-meeting-minutes-june-14-2023>
- DE LA CRUZ, A. (14 de julio de 2023). La inteligencia artificial y la vida espiritual del cristiano. <https://iaantropo.blog/2023/07/14/la-inteligencia-artificial-y-la-vida-espiritual-del-cristiano/>
- DRNAS DE CLÉMENT, Zlata (2022). Inteligencia artificial en el Derecho Internacional, Naciones Unidas y Unión Europea. *Revista de Estudios Jurídicos de la Universidad de Jaén* 22. 1, [https://revistaselectronicas.ujaen.es/public/journalia/rej2022\\_22/7524/index.html](https://revistaselectronicas.ujaen.es/public/journalia/rej2022_22/7524/index.html)
- HUSSAIN, Z. (2021). *Artificial Intelligence and Gaps in International Law*, Department of Mechanical Engineering, Ghulam Ishaq Khan Institute of Engineering and Technology.
- LI, V. (14 de junio de 2023). *What could AI regulation in the US look like?* <https://www.americanbar.org/groups/journal/podcast/what-could-ai-regulation-in-the-us-look-like/>
- LYNCH, S. (21 de julio de 2023). *Analyzing the European Union AI Act: What Works, What Needs Improvement* <https://hai.stanford.edu/news/analyzing-european-union-ai-act-what-works-what-needs-improvement>
- MEDINA GAMERO, A. - REGALADO CHAMORRO, M. (2021). La inteligencia artificial en el control de la COVID-19. *Revista Elsevier de la Universidad Privada del Norte* 53(10) <https://www.elsevier.es/es-revista-atencion-primaria-27-articulo-la-inteligencia-artificial-el-control-S0212656721001335>
- MORALES LAMA, M. (2022). *Diplomacia Contemporánea: Teoría y Práctica para el Ejercicio Profesional*. Búho.
- SCOTT, G. (9 de Agosto de 2023). *Primer on the EU AI Act: An Emerging Global Standard for Artificial Intelligence* <https://www.goodwinlaw.com/en/insights/publications/2023/08/insights-technology-aiml-eu-ai-act-global-standard-artificial-intelligence>



# RESPONSABILIDAD POR DAÑOS DERIVADOS DEL LLAMADO “ERROR JUDICIAL” \*

*LIABILITY FOR DAMAGES ARISING FROM THE SO-CALLED  
“MISCARRIAGE OF JUSTICE”*

*Leonardo Marcellino \*\**

**Resumen:** La responsabilidad de los funcionarios judiciales ha sido, por medio de criterios jurisprudenciales y doctrinarios, objeto de una regulación que en los hechos genera un sistema de inmunidad relativa respecto a los daños que aquellos agentes causan con motivo de sus funciones. Ese régimen de inmunidad no tiene respaldo normativo legal y atenta contra principios de índole constitucional como son los de igualdad ante la ley y de reparación plena y es por ello que se justifica una nueva interpretación de esos parámetros o requisitos jurisprudenciales para que se ajusten al régimen normativo que contempla el Código Civil y Comercial para todos los agentes públicos en el art. 1766, dentro de los cuales debe incluirse al personal del Poder Judicial y también a la realidad actual donde se da primacía al derecho a la reparación.

**Palabras-clave:** Responsabilidad patrimonial - Error judicial.

**Abstract:** The responsibility of judicial officials has been, through jurisprudential and doctrinal criteria, the subject of a regulation that in fact generates a system of relative immunity with respect to the damages that those agents cause as a result of their functions. This immunity regime does not have legal regulatory support and violates constitutional principles such as those of equality before the law and full reparation and that is why a new interpretation of these parameters or jurisprudential requirements is justified so that they adjust to the regime regulations contemplated by the Civil and Commercial Code for all public agents in art. 1766, within which the personnel of the Judicial Branch must be included and also the current reality where primacy is given to the right to reparation.

---

\* Trabajo recibido el 31 de julio de 2023 y aprobado para su publicación el 17 de agosto del mismo año.

\*\* Abogado (Universidad Nacional de Córdoba / UNC). Magíster en Derecho y Argumentación (UNC). Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Profesor Titular en la asignatura Privado VIII (Derecho de Daños) e Investigador, Universidad Siglo 21. Docente Profesor Ayudante en la asignatura Privado VII (Derecho de Daños), Universidad Nacional de Córdoba. Miembro del Instituto de Derecho Civil de la Academia de Derecho Córdoba. E-mail: leonardo.marcellino@unc.edu.ar

Keywords: Patrimonial liability - Miscarriage of justice.

**Sumario:** I. Introducción. II. Requerimiento vinculado a la configuración del factor de atribución aplicable esta responsabilidad. III. Requerimiento de no haber consentido el daño por el damnificado. IV. Requerimiento del previo desafuero o remoción al agente responsable. V. Conclusiones.

## I. Introducción

Un supuesto importante de responsabilidad patrimonial del Estado, aunque es de dificultad encontrar jurisprudencia en que se haga efectiva la misma, la constituye aquella que proviene del anormal funcionamiento de la actividad jurisdiccional, comúnmente llamada por “*error judicial*”, una expresión eufemística utilizada, según Ghersi, para llamar de ese modo a la “*negligencia judicial*”<sup>1</sup>.

Explica Bustamante Alsina que lo que se ha dado en llamar “*error judicial*” nada tiene que ver con la ignorancia o el error asociado a la teoría de la voluntad como un vicio del consentimiento (art. 265 y ss. CCCN). “*El “error judicial” es entendido como todo acto judicial ejecutado por el juez en el proceso, que resulta objetivamente contradictorio con los hechos de la causa o con el derecho y la equidad, desviando la solución del resultado justo al que naturalmente debió llegar*”<sup>2</sup>. Es un verdadero acto ilícito contrario a la ley, sea por acción u omisión en el curso del proceso sometido a su jurisdicción<sup>3</sup>.

El error judicial según Tawil<sup>4</sup> se produce como consecuencia de una declaración de voluntad de un magistrado y que puede reconocer como origen tanto un error de hecho, como de derecho, para cuya producción resulta, irrelevante la existencia

---

(1) GHERSI, Carlos A. “Una sentencia importante con argumentos ‘dogmáticos’”, *RCyS* 2012-VII-91.

(2) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. “Responsabilidad del Estado por ‘error judicial’ (El auto de prisión preventiva y la absolución)”, *LL* 1996-B-311. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Teoría general de la responsabilidad civil*, 9va ed., Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1997, n°1326, p. 500. Igualmente: BARRAZA, Javier I. - BARRAZA, Luis G. “Responsabilidad del estado por error judicial”, *LL* 2006-B-182.

(3) HITTERS, Juan M. “Responsabilidad del estado por error judicial”, *LL* 2003-F-1070. El error judicial, indica Maiorano, supone la equivocación sobre los hechos del caso y la consiguiente aplicación del derecho a hechos que no existen; puede producirse por deficiencias procesales, circunstancias fortuitas, coincidencias fatales, pruebas falsas o fraguadas, viciadas por el error, el odio o los prejuicios; por parcialidad o error de los peritos, etcétera. MAIORANO, Jorge L. “Responsabilidad del Estado por los errores judiciales: otra forma de proteger los derechos humanos”, *LL* 1984-D-983. Para Caputi se incurre en error judicial cuando en la sentencia se arriba a un resultado equivocado, no ajustado a la ley, sea por no aplicar correctamente el derecho, o por establecerse hechos que no se corresponden con la realidad; también se considera configurado aquel error cuando por dolo, negligencia o equivocado conocimiento o apreciación de los hechos, aquella resolución judicial no se ajusta a la verdad, y resulta jurídicamente inadecuada. CAPUTI, María C. “Tendencias actuales en materia de responsabilidad del Estado por funcionamiento irregular de los órganos judiciales (el caso ‘Amiano’)”, *LL* 2000 C-750.

(4) TAWIL, Guido S. *La responsabilidad del Estado y de los magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamiento de la administración de justicia*, Ed. Depalma, Bs.As., 1989, p. 52.

o no de culpabilidad. Implica, por tanto, una violación de la obligación de todo magistrado de dictar sus resoluciones conforme a derecho.

## II. Requerimiento vinculado a la configuración del factor de atribución aplicable esta responsabilidad

Esta responsabilidad tiene como protagonista central “*materializando*” la actuación del Estado al magistrado judicial. Este sujeto en cumplimiento de su labor jurisdiccional de brindar una solución legal a la controversia o conflicto sometido a su competencia dicta decisiones judiciales con carácter provisional (medida cautelar) o definitiva (sentencia), a veces con aptitud para provocar perjuicios a las propias partes del proceso y a terceros externos al mismo.

Indica Vanossi, que en lo que hace al cumplimiento de las funciones judiciales “*la amenaza de una posible o eventual responsabilidad personal por supuestos ilícitos culposos o dolosos de naturaleza civil, es algo que configura un cuadro de patología que atenta contra el natural ejercicio de facultades que la Constitución (nacional o provincial) y las leyes y reglamentos ponen a cargo de los jueces*”<sup>5</sup>.

Por ello, es por lo que se justifica también para estos funcionarios públicos un ámbito de protección mayor en lo que hace a la eventual responsabilidad personal que puede caberles por los daños provenientes del ejercicio de su actividad propiamente jurisdiccional. “*En efecto, suponer que la delicada tarea de juzgar pueda desempeñarse sin cometer jamás un error, sería apartarse de la realidad. Pero si cada juez se hallase sujeto al temor de responder patrimonialmente por la más mínima equivocación, solo un mendigo o un tonto aceptaría desempeñar ese cargo*”<sup>6</sup>.

Ese régimen de tutela en su beneficio es fruto de distintas construcciones dogmáticas y fundamentalmente jurisprudenciales realizadas a lo largo del tiempo, cuyos alcances aparecen a su vez supeditado a diversas controversias en torno a las condiciones para ser responsabilizados estos sujetos.

Desde una visión se sustenta y defiende enfáticamente que la responsabilidad del Estado por su actividad jurisdiccional reviste un carácter excepcional<sup>7</sup>, condición

(5) VANOSI, Jorge R. “La responsabilidad de los jueces por actos inherentes a sus funciones”, LL 2002-A-373.

(6) VÁZQUEZ, Adolfo R. *Responsabilidad aquiliana del Estado y sus funcionarios*, 2ª ed. actualizada y ampliada, Ed. La Ley, Bs. As., 2001, n°44, p.177.

(7) CASSAGNE, Juan C. “El carácter excepcional de la responsabilidad del Estado por daños causados por error judicial: sus límites”, LL 2002-A-484. TRIGO REPRESAS, Félix A.- LÓPEZ MESA, Marcelo J. *Tratado de la responsabilidad civil*, T. IV, Ed. La Ley, Bs. As., 2004, p.168 y ss. CAPUTI, María C. “Tendencias actuales en materia de responsabilidad del Estado por funcionamiento irregular de los órganos judiciales (el caso “Amiano”)”, LL 2000 C-750. VÁZQUEZ, Adolfo R. *Responsabilidad aquiliana del Estado y sus funcionarios*, ob. cit., n°44, p.178. MAIORANO, Jorge L. “Responsabilidad del Estado por los errores judiciales: otra forma de proteger los derechos humanos”, LL 1984-D-983.

que algunos autores extenderían a la responsabilidad del agente-órgano causante del daño, es decir al juez.

Una consecuencia de ese carácter excepcional es que no cualquier “*error judicial*” -en el sentido de “*obrar culposamente*”- es suficiente para comprometer la responsabilidad del funcionario judicial.

Desde esta perspectiva se sustenta la existencia en el ámbito de esta responsabilidad de un factor subjetivo agravado por parte del magistrado al fallar, concretamente se habla de requerir la presencia de un dolo o culpa grave de su parte. Por tanto, el mero obrar culposamente o equivocación negligente no comprometería su responsabilidad.

Se argumenta que la independencia judicial podría encontrarse seriamente comprometida y crear situaciones insostenibles si se reconociese a los perjudicados por sus resoluciones o sentencias la posibilidad de someterlos sin limitación alguna a juicios de indemnización de perjuicios<sup>8</sup>.

En otras palabras, la mera equivocación culpable no comprometería su responsabilidad patrimonial, debe haber una suerte de “*grave error judicial*”, se suele mencionar la necesidad de “*violación legal grave, determinada por dolo o por negligencia inexcusable*”<sup>9</sup>.

---

GALLI BASUALDO, Martín. *Responsabilidad del Estado por su actividad judicial*, Ed. Hammurabi, Bs. As., 2006, p.50.

(8) SALVAT, Raymundo M. *Tratado de derecho civil argentino. Fuentes de las obligaciones*, T.IV, actualizada por Arturo Acuña Anzorena, 2da ed., Ed. T.E.A., Bs. As., 1958, n°2979, p.308.

(9) BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil Argentino, Obligaciones*, T. II, 14ª ed., actualizada por Guillermo G. Borda, Ed. La Ley., Bs.As., 2013, n°1650, p.513. SALVAT, Raymundo M. *Tratado de Derecho civil argentino. Fuentes de las obligaciones*, ob. cit., T.IV, n°2979, p.308. HITTERS, Juan M. “Responsabilidad del estado por error judicial”, LL 2003-F-1070. CORREA, José L. “Responsabilidad del Estado por el actuar judicial”, DJ 31/08/2011, 12, cita online: AR/DOC/1431/2011. Desde esta visión se ha sostenido que la responsabilidad del magistrado “*solo nace en el supuesto de que actúen con intención de beneficiarse, o de perjudicar o beneficiar a un tercero. Es decir que no basta la lesión producida por cualquier acto sino el consciente o voluntario comportamiento dirigido con esos propósitos, y concretamente que éstos se hayan consumado. En la generalidad de los casos se tratará, pues, de un comportamiento delictivo o de extrema negligencia del magistrado*”. COLAUTTI, Carlos E. *Responsabilidad del Estado. Problemas constitucionales*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2003, p.122. Parece también ser esa la postura de la Corte Suprema de Justicia al decir que: “*En la medida en que no importen un error inexcusable o dolo en la prestación del servicio de justicia, las sentencias y demás actos judiciales no pueden generar responsabilidad alguna, ya que no se trata de actividades políticas para el cumplimiento de fines comunitarios, sino de actos que resuelven un conflicto en particular*”. CSJN, 11/06/1998, “López, Juan de la Cruz y otros c/ Corrientes, Provincia de”, Fallos 321:1712. CSJN, 13/10/1994, “Román SAC. c. Estado Nacional (Ministerio de Educación y Justicia”, Fallos 317:1233. LL 1995-B-440. CSJN, 18/07/2002, “Robles, Ramón Cayetano c. Buenos Aires, Provincia de”, Fallos 325:1855. Aunque en otra resolución también ha referido también a la mera culpa o negligencia al decir que: “*La sola existencia de un fallo judicial que disponga la absolución o el sobreseimiento del imputado no hace procedente, sin más, la acción de daños y perjuicios derivados de la denuncia, ya que resulta indispensable que a su autor pueda imputársele dolo, culpa o negligencia (art. 1067 del Código Civil)*”. CSJN, 03/12/1996, “Asociación Mutual Latinoamericana c. Misiones, Pcia. de”, Fallos 319:2824.



Con una visión diferente a la anterior, se argumenta que, si bien no cabe identificar completamente a la responsabilidad del funcionario judicial con la de cualquier otro agente de la Administración pública, ello no significa que tenga un carácter excepcional o de aplicación restrictiva.

Con énfasis alega Tawil<sup>10</sup> que esta responsabilidad por actividad jurisdiccional en modo alguno debe revestir carácter excepcional, salvo que se intente atribuir ese carácter por la reacia actitud de los magistrados a reconocer la responsabilidad derivada en ocasiones por el obrar o las omisiones de sus pares.

En lo personal entiendo que como regla la responsabilidad de los jueces se emplaça en la disposición especial regulatoria de la responsabilidad de los funcionarios (art. 1766 CCCN ahora y antes art. 1112 CC)<sup>11</sup>, en cuanto a las condiciones para la procedencia del deber resarcitorio, más allá de presentar algunas particularidades.

De ello se deduce que la legislación vigente no autoriza un requerimiento de culpa agravada en beneficio del funcionario judicial y en desmedro de las víctimas de su actuación irregular.

Se coincide en que cualquier equivocación no es suficiente para generar su responsabilidad, aun cuando se haya ocasionado un perjuicio. La propia función judicial presenta ciertos ribetes o características que requieren un examen de mayor rigurosidad a los fines de evaluar el "error" en la conducta desplegada por el sujeto, con mayor razón si se tratan de cuestiones jurídicas opinables a nivel de doctrina o jurisprudencia

Siguiendo los lineamientos de la jurisprudencia española, señala González Pérez que para haber "error judicial" es necesario que el error sea craso, evidente e injustificado. Por supuesto que no cabe hablar de error judicial cuando existe una interpretación y aplicación razonable de las normas y se trata sólo de una discre-

---

(10) TAWIL, Guido S. *La responsabilidad del Estado y de los magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamiento de la administración de justicia*, ob. cit., p. 42.

(11) Decía Bustamante Alsina que la responsabilidad del funcionario público investido de la autoridad de magistrado es una responsabilidad que resulta de lo que dispone el art. 1112 CC, que es una norma de derecho privado que regula el derecho del damnificado que ha sufrido un daño a reclamar el resarcimiento de quien lo causó, por no cumplir sino de manera irregular las funciones legales que le están impuestas. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Teoría general de la responsabilidad civil*, ob. cit., n°1323, p. 497. Explica Tawil que al igual que el resto de los funcionarios, el magistrado no es más que "un simple particular tanto desde el punto de vista de su responsabilidad, como de cualquier otro que se le mire" TAWIL, Guido S. *La responsabilidad del Estado y de los magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamiento de la administración de justicia*, ob. cit., p. 142. Igualmente: KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída - PARELLADA, Carlos A. *Reflexiones sobre la responsabilidad del Estado por daños derivados de la función judicial* en obra colectiva de Jorge Mosset Iturraspe - Aída Kemelmajer de Carlucci - Carlos A. Parellada, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1986 p.19. MOSSET ITURRASPE, Jorge. "El error judicial", *Revista de Derecho de Daños*, 2010-3, p.9 y ss. Tal fue, sin duda, también la posición de Vélez Sarsfield como lo puso de manifiesto en la nota al art. 1112 CC al expresar: "de los jueces y oficiales del ministerio público...y de todos los empleados en la Administración del Estado".

pancia en la interpretación de las normas aplicadas por el órgano judicial, en tanto que la resolución fue suficientemente motivada y respondió a una determinada lógica y confronta con la pretensión de las partes<sup>12</sup>.

En ocasiones aun siendo incorrecta jurisdiccionalmente la solución por haber una equivocación en la valoración de los hechos o en la aplicación del derecho, si la misma ha sido debida y razonablemente fundamentada, lo que implica que han existido “razones para errar” con arreglo a las circunstancias del caso, puede liberarse de su responsabilidad, ya que ello implicará ausencia de culpabilidad de su parte<sup>13</sup>.

Frecuentemente se habla en estos casos de la necesidad de una ponderación sobre la “excusabilidad del error” en la conducta del juez para su eximición a los fines resarcitorios, en verdad considero que la cuestión se vincula más a la probanza de un obrar diligente o prueba de no culpa de su parte<sup>14</sup>.

Como explica Mosset Iturraspe<sup>15</sup> culpa o error son usados con significados equivalentes, aun cuando podamos diferenciar errores culposos de otros no culposos. El desacierto, la equivocación, encierran las mismas ideas: no saber hacer algo que tenemos que realizar o bien que cumplimos sin fortuna. Interesa entonces saber si el error que llevó a la decisión injusta es excusable o inexcusable, si ha habido o no “razón para errar”, en verdad si se le puede o no imputar culpa por la equivocación.

---

(12) GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, 8ª ed, Ed. Civitas, Navarra, 2016, p.134/135. Indica también Pizarro que el dictado de “una sentencia, supone una actividad alejada de toda pretensión de exactitud absoluta que requiere de valoraciones de aspectos fácticos que condicionan el razonamiento judicial, cuya introducción al proceso, particularmente en materia civil y comercial, pesa sobre las partes, y de una interpretación del derecho que rara vez es unidimensional y frecuentemente transita por el terreno de lo opinable”. PIZARRO, Ramón D. *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, 2ª ed. actualizada y ampliada. Ed. Astrea, Buenos Aires, 2016, T.II, n°101, p.8. Igualmente, Vázquez considera que: “Es evidente que ninguna ilegitimidad puede ser concebida si la sentencia impugnada es el resultado de una interpretación jurídica opinable o dudosa. No son escasos los actos o pronunciamientos judiciales que se dictan ante circunstancias que toleran más de una interpretación, por lo que es notoriamente improcedente que bajo el pretexto de la existencia de errores en las decisiones, que no traducen otra cosa que la mera discrepancia con los criterios del juez, los particulares presuntamente afectados encuentren medios para revisar pronunciamientos firmes que les resultaron adversos”. VÁZQUEZ, Adolfo R. *Responsabilidad aquiliana del Estado y sus funcionarios*, ob. cit., n°44, p.183.

(13) “...el error judicial puede ser el producto de la culpa o del dolo del magistrado que lo responsabilice criminal o civilmente (arg. art. 515, inc. 4, in fine, del Código Civil), o ser el producto de un acto de juzgamiento hecho sin infracción alguna que no haga al magistrado pasible de responsabilidad alguna. Tal, por ejemplo, lo que puede ocurrir en materia penal, cuando se condena a una persona con base en un material probatorio que luego, por vía de los recursos de revisión pertinentes, resulta desvirtuado por nuevos elementos de juicio, dando lugar a una absolución. En esa hipótesis, no cabe hablar de dolo o culpa del sentenciante, extremo que descarta una responsabilidad personal suya fundada en el art. 1112 del Código Civil”. CSJN, 11/06/1998, “López, Juan de la Cruz y otros c/ Corrientes, Provincia de”, Fallos 321:1712.

(14) PIZARRO, Ramón D. *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, ob. cit., T.II, n°193, p. 524.

(15) MOSSET ITURRASPE, Jorge. “El error judicial”, *Revista de Derecho de Daños*, 2010-3, p.9 y ss.

Ello podría suceder en el caso que existieran razones o motivos suficientes para que el juez en base a las constancias del expediente judicial tuviera por veraces determinados acaecimientos fácticos y en base a ellos justificará la solución proveniente de la aplicación de una determinada norma jurídica, cuando en verdad esos hechos no se sucedieron en la realidad o bien la norma aplicable que debía utilizarse para la solución del caso era una distinta en base a la jurisprudencia mayoritaria de un lugar.

El “*error judicial*” dice Vázquez que aparece “*cuando el acto judicial dictado por el magistrado en ejercicio de su potestad juzgadora, resulta objetivamente contrario a los hechos comprobados en la causa, al derecho y a la equidad; o, si se quiere, cuando entre la confrontación de la solución dada y la que correspondía de acuerdo a la apreciación de la prueba y la ponderación de las normas especialmente aplicables, resulta evidente, manifiesto e inopinable, la existencia de la equivocación productora de un daño cierto*”<sup>16</sup>.

Se acuerda entonces que para determinar si hubo “*error judicial*”, o mejor dicho culpabilidad de su parte se requerirá que el juicio de reprochabilidad se realice teniendo en consideración las circunstancias de la causa, en particular los hechos probados y el derecho aplicable.

También deberá ser objeto de consideración, a los fines establecer el estándar de diligencia exigible, la condición de profesional experto que en el ámbito jurídico naturalmente debe poseer un magistrado, en coordinación con el art.1724 y el primer párrafo del art. 1725 CCCN<sup>17</sup>.

Ahora bien, una cuestión es sustentar que el análisis valorativo de la culpabilidad en el caso de los jueces presenta ciertas características peculiares a tener en consideración en su evaluación, y otra muy distinta es requerir la presencia de una imputación de segundo grado o reprochabilidad agravada, una suerte de malicia para que se comprometa su responsabilidad particular.

No existe normativa alguna que requiera la presencia de un factor de imputación agravado para comprometer la responsabilidad de la autoridad judicial, basta por tanto para ello la simple culpa<sup>18</sup> con el alcance dado en el art. 1724 CCCN.

(16) VÁZQUEZ, Adolfo R. *Responsabilidad aquiliana del Estado y sus funcionarios*, ob. cit., n°44, p. 183.

(17) Asegura Tawil que: “*En el caso de los magistrados y funcionarios judiciales, el patrón comparativo a efectos de reconocer la existencia o no de culpa en el ejercicio de sus funciones resulta, incluso -al igual que en el del resto de los profesionales-, más estricto que el del paterfamilias utilizado respecto de los particulares en general*”. TAWIL, Guido S. *La responsabilidad del Estado y de los magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamiento de la administración de justicia*, ob. cit., p.150.

(18) LLAMBÍAS, Jorge J. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, T. IV-B, 4ª ed., Ed. Perrot, Bs. As., 1980, n°2814, p.124. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, en BELLUSCIO, Augusto C. (Director) - ZANNONI, Eduardo A. (Coordinador). *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, T.5, Ed. Astrea, Bs. As, 1984, p. 406. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida. “El deber de los jueces de reparar el daño causado», *Revista de Derecho de Daños*, 2000, n°9, p.119. PIZARRO, Ramón D. *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, T.II, ob. cit., n°107, p.30. TRIGO REPRESAS, Félix A.- LÓPEZ MESA, Marcelo J. *Tratado de la responsabilidad civil*, T. IV, ob. cit., p.171 y ss. BUSTAMANTE

Dice Bustamante Alsina que: *“El juez, como funcionario público, es personalmente responsable de los daños que causare a las partes o a terceros, en el ejercicio irregular de la función de administrar justicia, cuando hubiere actuado con culpa o dolo”*<sup>19</sup>.

Reitero que no hay previsión legal alguna en el derecho común que establezca que la mera culpa no pueda responsabilizar al juez por los daños provenientes de su actividad judicial<sup>20</sup>. Por aplicación de los principios generales de la responsabilidad por el hecho propio es suficiente que exista culpabilidad realizada en ejercicio, con motivo o en ocasión de sus funciones<sup>21</sup>.

Afortunadamente el legislador del Código Civil y Comercial se apartó de la regulación que se había propuesto en el Proyecto de unificación de 1998, estableciéndose en el art. 1686 que: *“Sin perjuicio de disposiciones especiales en los siguientes casos, sólo hay responsabilidad si se obra por dolo o culpa grave... b) Si el daño es causado por errores de jueces o de árbitros en el ejercicio de sus funciones”*.

Reitero que únicamente incumbe al legislador definir el factor de atribución de responsabilidad y no habiéndolo fijado en forma expresa al supuesto de la responsabilidad por error de los magistrados en una previsión legal, será de aplicación la regla residual de culpa contemplada en la parte final del art. 1721 CCCN, cuya prueba incumbirá al damnificado.

Tratándose de un tribunal colegiado la decisión jurisdiccional equivocada, el juez que voto en disidencia estará eximido de responsabilidad, ya que no podrá imputársele causalmente acto judicial alguno y menos aún culpabilidad<sup>22</sup>.

---

ALSINA, Jorge. *Teoría general de la responsabilidad civil*, n°1323, ob. cit., p. 498. ANDRADA, Alejandro D. “Responsabilidad de los magistrados judiciales - Derecho argentino. Doctrina y jurisprudencia norteamericana”, LL 1998-D-1157. ANDRADA, Alejandro D. “Nuevas problemáticas sobre la responsabilidad del Estado”, LL 2010-E-744. JALIL, Julián E. “Responsabilidad por el anormal funcionamiento de la justicia”, LL Gran Cuyo 2009-IX-731. TAWIL, Guido S. *La responsabilidad del Estado y de los magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamiento de la administración de justicia*, ob. cit., p.152. VÁZQUEZ, Adolfo R. *Responsabilidad aquiliana del Estado y sus funcionarios*, n°44, ob. cit., p.188. DIEZ, Manuel M. *Derecho Administrativo*, T.V, Ed. Plus Ultra, Bs. As., 1971, p. 128.

(19) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. “Responsabilidad del Estado por “error judicial” (El auto de prisión preventiva y la absolución)”, LL 1996-B-311.

(20) A diferencia del ordenamiento español que requiere del dolo o culpa grave de la autoridad o funcionario público. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, ob. cit., p. 622. “La Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio en vía administrativa de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, o culpa o negligencia graves, previa instrucción del correspondiente procedimiento”, art. 36.2 Ley 40/2015 (Régimen Jurídico del Sector Público).

(21) PIZARRO, Ramón D. “Responsabilidad del Estado por actividad e inactividad del Poder Judicial”, *Revista de Derecho de Daños*, 2015, n°1, p. 111.

(22) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. “El deber de los jueces de reparar el daño causado”, *Revista de Derecho de Daños*, 2000, n°9, p.125. TAWIL, Guido S. *La responsabilidad del Estado y de los magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamiento de la administración de justicia*, ob. cit., p.161.

### III. Requerimiento de no haber consentido el daño por el damnificado

Cualquiera sea la postura que se adopte en torno al factor de atribución aplicable al juez, en una etapa previa a la indagación sobre la reprochabilidad, existe consenso en que la resolución judicial generadora del menoscabo no debe haber sido consentida por el propio damnificado. Ello implica la carga para el interesado damnificado de haber interpuesto en tiempo oportuno todas las medidas recursivas o impugnaciones legalmente autorizadas por el ordenamiento para subsanar el error en el propio procedimiento judicial<sup>23</sup>.

Por ello es que, para tener el damnificado derecho a resarcimiento, con anterioridad al reclamo de daños y perjuicios, deberá haber articulado todas las impugnaciones judiciales a su alcance tendientes a evitar la firmeza de la resolución jurisdiccional que la agravia y que consolida o concreta el perjuicio.

Caso contrario se entiende que él mismo ha consentido la decisión judicial y por ello debe soportar los efectos negativos que de ella se derivan<sup>24</sup>, en definitiva, la propia víctima ha contribuido con su comportamiento causalmente a la configuración del evento lesivo (art. 1729 CCCN)<sup>25</sup>.

---

(23) Si bien la resolución refiere concretamente al Estado, entiendo que la misma es extensible al propio funcionario, ya que en supuestos de actividad ilegítima ambas concurren. *“El Estado sólo puede ser responsabilizado por error judicial en la medida en que el acto jurisdiccional que origina el daño sea declarado ilegítimo y dejado sin efecto, pues antes de ese momento el carácter de verdad legal que ostenta la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada impide, en tanto se mantenga, juzgar que hay error, y lo contrario importaría un atentado contra el orden social y la seguridad jurídica, pues la acción de daños y perjuicios constituiría un recurso contra el pronunciamiento firme, no previsto ni admitido por la ley”*. CSJN, 11/06/1998, “López, Juan de la Cruz y otros c/ Corrientes, Provincia de”, Fallos 321:1712. CSJN, 19/10/1995, “Balda, Miguel Ángel c. Provincia de Buenos Aires”, Fallos: 318:1990, JA 1996-III-155. CSJN, 17/03/2009, “González Bellini, Guido Vicente c. Provincia de Río Negro”, Fallos: 332:552. DJ 2009-II-1175.

(24) Dice Vanossi que constituiría una grave anomalía que los jueces estuvieran expuestos habitual o permanentemente a responder en forma personal por cada uno de los actos producidos en la órbita de su competencia, para esos supuestos los afectados tienen a mano el arsenal de medidas recursivas que permiten acceder a instancias de revisión o revocatoria que, en casos de error, hagan factible la anulación del acto lesivo. VANOSI, Jorge R. *“La responsabilidad de los jueces por actos inherentes a sus funciones”*, LL 2002-A-373. Igualmente: PIZARRO, Ramón D. *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, T.II, ob. cit., n°103, p.20.

(25) *“Debe confirmarse la sentencia que rechazó la pretensión resarcitoria deducida a raíz del auto de prisión preventiva dictado por el Juez Federal de General Roca al Fiscal actuante en esa sede con fundamento en que el carácter no definitivo de la decisión pudo encontrar remedio en los recursos de la ley adjetiva -cuya omisión tornó aplicable la disposición del art. 1111 del Código Civil”*. CSJN, 04/11/1986, “Garda Ortiz, Enrique c. Nación Argentina”, Fallos 308:2095. Igualmente: LLAMBÍAS, Jorge J. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, T. IV-B, ob. cit., n°2814, p.125. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *“El deber de los jueces de reparar el daño causado”*, *Revista de Derecho de Daños*, 2000, n°9, p.117. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída - PARELLADA, Carlos A. *Reflexiones sobre la responsabilidad del Estado por daños derivados de la función judicial*, ob. cit., p.75. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, T.5, ob. cit., p.406. BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil Argentino, Obligaciones*, T. II, ob. cit., n°1650, p.514.

El criterio es pacíficamente aceptado en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y ha sido utilizado para rechazar acciones resarcitorias con el argumento que: la falta de un pronunciamiento que admita la existencia de un error judicial, lleva a que la pretensión resarcitoria fundada en los daños y perjuicios derivados de aquél resulte prematura, atento que dicho pronunciamiento es un elemento esencial constitutivo del presunto derecho a ser indemnizado y su falta obsta, de por sí, a la procedencia del reclamo<sup>26</sup>.

Esto no significa asignarle un carácter excepcional a esta responsabilidad personal del magistrado, aunque sí supone para el caso de no haberse opuesto los remedios judiciales recursivos tendientes a rectificar o enmendar el error judicial, un concreto obstáculo para la procedencia del derecho resarcitorio de la víctima, aun cuando la equivocación haya sido culpable de parte del magistrado.

La jurisprudencia de la Corte Suprema ha sentado así la regla que la efectividad en la responsabilidad del juez sólo es viable si el acto jurisdiccional que origina el daño es declarado ilegítimo y dejado sin efecto, pues antes de ese momento el carácter de verdad legal que ostenta la decisión impide juzgar que haya error, mientras la misma no haya sido declarada como tal<sup>27</sup>. Lo contrario importaría un atentado contra el orden social y la seguridad jurídica, pues la acción de daños y perjuicios constituiría un recurso contra el pronunciamiento firme no previsto ni admitido por la ley<sup>28</sup>.

Por eso para la procedencia de la acción de daños y perjuicios, el interesado tendrá que previamente demostrar el haber articulado las vías recursivas a nivel ordinario<sup>29</sup> tendientes a evitar la firmeza del acto jurisdiccional lesivo para evitar que esa cosa juzgada pueda ser imputable al hecho del damnificado.

---

(26) *"En síntesis, el impugnante desperdió las oportunidades que le daba el ordenamiento procesal de la provincia para obtener la modificación de aquella resolución, que de ese modo quedó firme"*. CSJN, 05/12/2000, "Rodríguez, Luis Emeterio c. Corrientes, Provincia de (Poder Ejecutivo - Ministerio de Gobierno)", Fallos 323:3973. Igualmente: CSJN, 04/11/1986, "Garda Ortíz, Enrique c. Nación Argentina", Fallos 308:2095. CSJN, 29/10/1996, "Egües, Alberto José c. Buenos Aires, Provincia de", Fallos 319:2527.

(27) *"Sólo puede responsabilizarse al Estado por error judicial en la medida en que al acto jurisdiccional que origina el daño sea declarado ilegítimo y dejado sin efecto, pues antes de ese momento el carácter de verdad legal que ostenta la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada impide, en tanto se mantenga, juzgar que hay error"*. CSJN, 14/06/1988, "Vignoni, Antonio Sirio c. Estado nacional", Fallos: 311:1007, LL 1988-E-225. CSJN, 20/03/2003, "Lema, Jorge Héctor c/ Buenos Aires, Provincia de y otros", Fallos 326:820. CSJN, 18/07/2002, "Robles, Ramón Cayetano c. Buenos Aires, Provincia de", Fallos 325:1855. *"El Estado sólo puede ser responsabilizado por error judicial en la medida que el acto jurisdiccional que origina el daño sea declarado ilegítimo y dejado sin efecto"*. CSJN, 19/10/1995, "Balda, Miguel A. c. Provincia de Buenos Aires", Fallos: 318:1990. LL 1996-B-312.

(28) CSJN, 29/10/1996, "Egües, Alberto J. c. Provincia de Buenos Aires", Fallos: 319:2527. LL1998-A-116.

(29) Se ha entendido como exagerado requerir agotar la vía extraordinaria. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. "El deber de los jueces de reparar el daño causado", *Revista de Derecho de Daños*, 2000, n°9, p.117.

En caso de devenir firme la resolución judicial, entonces habrá que remover la cosa juzgada por vía de revisión de la sentencia para que se compruebe y declare el error judicial en la misma, como paso previo a indagar sobre la responsabilidad del magistrado<sup>30</sup>. En tanto se mantenga la inmutabilidad de la cosa juzgada no es posible admitir la acción indemnizatoria<sup>31</sup>.

En este caso, indica Hitters<sup>32</sup>, la acción de revisión sólo procede si el vicio se conoció con posterioridad a la formación de la *res judicata*, ya que este remedio revisorio es subsidiario.

Por ello, si los defectos efectivamente se conocían con anterioridad a ese acontecimiento, por aplicación del principio de preclusión no es posible dejar pasar esa posibilidad impugnatoria para luego atacar la decisión firme mediante la utilización de los medios que se brindan a través de la acción de revisión.

La existencia del error debe ser declarada por un nuevo pronunciamiento judicial recaído en los casos en que resulta posible intentar válidamente la revisión de sentencia, mediante el cual se determinen la naturaleza y gravedad del error<sup>33</sup>.

---

(30) CSJN, 19/10/1995, "Balda, Miguel Ángel c. Provincia de Buenos Aires", Fallos: 318:1990, JA 1996-III-155.

(31) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. "El deber de los jueces de reparar el daño causado", *Revista de Derecho de Daños*, 2000, n°9, p.113. Dice Vázquez que "si lo que caracteriza a toda sentencia es la declaración del derecho aplicable con adecuación a los hechos comprobados de la causa, es necesario concluir que, cuando ella alcanza la autoridad de cosa juzgada, el decisorio goza de una presunción absoluta, inmutable y definitiva de corrección, y de que se ha actuado conforme a la ley, extremo que de suyo descarta toda noción de error judicial", la excepción estará dada cuando en un acto jurisdiccional posterior se reconoce que existió error judicial en la sentencia. VÁZQUEZ, Adolfo R. *Responsabilidad aquiliana del Estado y sus funcionarios*, n°44, ob. cit., p.181. De igual modo Fiorini resalta que: "Mientras la sentencia mantenga su inmutabilidad como cosa juzgada será imposible aplicar la responsabilidad resarcitoria estatal, menos aún contra el magistrado aunque éste fuera destituido del cargo a través del enjuiciamiento político". FIORINI, Bartolomé A. *Derecho Administrativo*, T. II, 2ª ed. actualizada, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1976, p.747.

(32) HITTERS, Juan M. "Responsabilidad del estado por error judicial", LL 2003-F-1070.

(33) "Si para obtener el resarcimiento de eventuales daños derivados de un pronunciamiento judicial firme -por hallarse consentido, confirmado, ser irrecurrible o no haber sido atacado por los limitados medios que autorizan su revisión-, pudiesen otros jueces valorar nuevamente las circunstancias de la causa para determinar si hubo error en la anteriormente tramitada, no se verían estos últimos exentos de la posibilidad de cometer un nuevo error. Ha dicho este Tribunal en recordado fallo que "... si para escapar al peligro del error posible hubiera de concederse recurso de las decisiones de la Corte, para escapar a idéntico peligro, habría que conceder recurso de las decisiones del tribunal que pudiera revocar las decisiones de la Corte, y de éste a otro por igual razón, estableciendo una serie que jamás terminaría porque jamás podría hallarse un Tribunal en que no fuera posible el error. Habría que establecer, por consiguiente, la eterna incertidumbre del derecho con la impotencia de los poderes sociales para poner fin a los pleitos; y por temor de un peligro posible se caería en un peligro cierto, y sin duda alguna más grave, de una permanente anarquía" (Fallos: 12: 134)" CSJN, 19/10/1995, "Balda, Miguel Ángel c. Provincia de Buenos Aires", Fallos: 318:1990, JA 1996-III-155. CSJN, 11/04/2000, "Larocca, Salvador R. c. Provincia de Buenos Aires y otro", Fallos 323:750. LL 2000-E-687. CSJN, 03/12/1996, "Asociación Mutual Latinoamericana c. Misiones, Pcia. de", Fallos 319:2824. CSJN, 10/04/2003, "Agropecuaria del Sur S.A. c. Neuquén, Provincia del y otro", Fallos 326:1238. De igual modo en el derecho español se requiere que el error judicial para dar lugar al reconocimiento de la indemnización debe

No será posible en base a la doctrina jurisprudencial vigente, calificar de ilegítima la decisión judicial que ha sido tenida por válida en un proceso con efectos de cosa juzgada, si no media otra resolución judicial que declare la existencia de un “*error judicial*”<sup>34</sup>.

Aclara Kemelmajer de Carlucci<sup>35</sup> que este requisito no es exigible cuando el daño está causado en la excesiva dilación de los procedimientos o de la denegatoria de justicia, pues en estos casos el daño no proviene de un acto judicial que es necesario remover, sino de la omisión en el dictado del acto que corresponde. Tampoco es exigible si el daño es invocado por un tercero, que no ha participado en ese proceso y a quien, consecuentemente, no alcanza la cosa juzgada de la resolución dictada que provoca el menoscabo.

Por último, debe advertirse, que como sostiene la Corte Suprema de Justicia “*la mera revocación o anulación de resoluciones judiciales no otorga el derecho de solicitar indemnización*”<sup>36</sup>.

Para que exista “*error judicial*” la resolución judicial debe haber provocado de modo irreparable consecuencias perjudiciales “*que no han logrado hacerse cesar por efecto de los medios procesales ordinariamente previstos a ese fin en el ordenamiento*”<sup>37</sup>, también debe tratarse de “*grosero error de hecho o de derecho*”<sup>38</sup> y además “*resulta indispensable que a su autor pueda imputársele dolo, culpa o negligencia*”<sup>39</sup>.

Obviamente que tampoco prosperará la acción de daños y perjuicios, cuando a pesar de haber quedado suficientemente acreditado el cumplimiento irregular del

---

ir precedido de una decisión judicial que expresamente lo reconozca y que puede ser una sentencia dictada en recurso de revisión o emanada del Supremo Tribunal. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, ob. cit., p.157.

(34) “*No hay error judicial sin ilegitimidad, ni acción de resarcimiento posible sin sentencia previa que declare su existencia, dejando sin efecto el fallo impugnado*”. VÁZQUEZ, Adolfo R. *Responsabilidad aquiliana del Estado y sus funcionarios*, n°44, p.183.

(35) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. “*El deber de los jueces de reparar el daño causado*”, *Revista de Derecho de Daños*, 2000, n°9, p.115.

(36) CSJN, 13/10/1994, “*Román SAC. c. Estado Nacional (Ministerio de Educación y Justicia)*”, Fallos 317:1233. LL 1995-B-440.

(37) CSJN, 11/04/2000, “*Larocca, Salvador R. c. Provincia de Buenos Aires y otro*”, Fallos 323:750. LL 2000-E-687. CSJN, 03/12/1996, “*Asociación Mutual Latinoamericana c. Misiones, Pcia. de*”, Fallos 319:2824.

(38) GALLI BASUALDO, Martín. *Responsabilidad del Estado por su actividad judicial*, ob. cit., n°7, p.94. Desde esta perspectiva sostiene la jurisprudencia española que “*Para que exista error judicial, la resolución no solo ha de ser desacertada, sino infinitamente contraria al derecho jurídico o dictada con arbitrariedad*”. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, ob. cit., p.135.

(39) CSJN, 03/12/1996, “*Asociación Mutual Latinoamericana c. Misiones, Pcia. de*”, Fallos 319:2824.



servicio por parte del personal público, no está acreditada la existencia del daño sufrido, ni la relación causal entre el perjuicio y el acto estatal irregular o antijurídico<sup>40</sup>.

#### IV. Requerimiento del previo desafuero o remoción al agente responsable

Otra controversia suscitada en torno a hacer efectiva la responsabilidad patrimonial de los jueces, se vincula a la necesidad o no de obtener, como condición previa para la acción de daños y perjuicios, la remoción o desafuero del magistrado de su cargo en base al procedimiento político o disciplinario legalmente estatuido para ello.

La Corte Suprema de Justicia desde hace mucho tiempo atrás, ha defendido la doctrina conforme a la cual un magistrado no puede ser sometido a juicio penal o civil, sin previo desafuero por el órgano competente. De este modo, se exige en todos los casos la necesidad de obtener el desafuero del juez, como paso previo a la promoción de cualquier acción civil o penal en su contra, con fundamento en lo prescripto en los arts. 45, 51 y 52 CN<sup>41</sup>.

A nivel doctrinario se han pronunciado por la necesidad del desafuero previo, entre otros, Salvat, Borda, Llambías, Andrada y Sagarna<sup>42</sup>. En tanto que Sagües y Linares propiciaron una solución aún más extrema protectoria de la función judicial, para ellos en estos casos habría exclusivamente responsabilidad del Estado frente

(40) CSJN, 05/09/2006, "Andrada, Roberto Horacio y otros c. Buenos Aires, Provincia de y otros", Fallos 329:3806.

(41) CSJN, 1864, "Contreras, José Santos c. Juez Nacional de Mendoza", Fallos 1: 302. CSJN, 12/04/1994, "Iruzun c. Estado nacional-Secretaría de justicia y otro", Fallos: 317:365. LL 1995-A-494. CSJN, 23/05/2006, "Tortorelli c. Pcia. de Buenos Aires y otros", Fallos: 329:1881. LA LEY, 2006-D-345 y RCyS, 2006-515.

(42) SALVAT, Raymundo M. *Tratado de derecho civil argentino. Fuentes de las obligaciones*, T.IV, ob. cit., n°2979, p.309. BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil Argentino, Obligaciones*, T. II, ob. cit., n°1652 p.514. LLAMBÍAS, Jorge J. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, T. IV-B, ob. cit., n°2807, p.116. ANDRADA, Alejandro D. "Responsabilidad de los magistrados judiciales - Derecho argentino. Doctrina y jurisprudencia norteamericana", LL 1998-D-1157. SAGARNA, Fernando A. en BUERES, Alberto J. (Director) - HIGHTON, Elena I. *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, T.3A, Ed. Hammurabi, Bs. As., 1999, p. 461. SAGARNA, Fernando A. en CIFUENTES, Santos E. (Director) - SAGARNA, Fernando A. (Coordinador). *Código Civil comentado y anotado*, T.I, Ed. La Ley, Bs. As., 2003, p. 885. COLAUTTI, Carlos E. *Responsabilidad del Estado. Problemas constitucionales*, ob. cit., p. 122. VÁZQUEZ, Adolfo R. *Responsabilidad aquiliana del Estado y sus funcionarios*, ob. cit., n°44, p.189. Sostiene Fiorini: "Hace a la función judicial que el magistrado puede ser solamente llevado por sus actos a la acción resarcitoria, sea solo o con el Estado, cuando deja la toga magistral. No se trata de la irresponsabilidad sino del necesario procedimiento del retiro de las inmunidades que tiene para el ejercicio de su actividad como magistrado. No se trata -se repite- de la irresponsabilidad resarcitoria sino de un procedimiento institucional previo para poder llevarlo al banquillo de ajusticiado". FIORINI, Bartolomé A. *Derecho Administrativo*, ob. cit., T. II, p.745.

a la víctima, con sólo una eventual posterior acción de regreso del Estado contra el juez<sup>43</sup>.

Esta garantía de inmunidad respecto de la responsabilidad civil del magistrado, en la práctica impone a los fines resarcitorios un adicional obstáculo a los mencionados anteriormente, plasmado en la necesidad de remover un obstáculo consistente en la promoción y tramitación de todo un procedimiento constitucional o administrativo disciplinario que resuelva su remoción o desafuero.

El privilegio se asemeja bastante a la “*garantie des fonctionnaires*” del derecho francés del siglo XVII, en virtud de la cual los particulares para demandar judicialmente por responsabilidad civil a los funcionarios públicos por daños cometidos en el ejercicio de sus funciones, requerían de una autorización previa por parte del Consejo de Estado y que logró una completa impunidad de aquéllos, obligando a la derogación del instituto.

Se ha justificado dicha protección de los funcionarios judiciales con el argumento que por el mismo se procura garantizar la independencia judicial creando una suerte de manto protectorio al juez por la función que cumple, la que podría resultar gravemente amenazada, si cualquier particular u otro poder del Estado disconforme con sus decisiones judiciales estuviere habilitado para demandarlo y de ese modo podría presionarlo o influir en su actuación.

Mientras que otra parte de la doctrina sostiene lo contrario. Así Aguiar<sup>44</sup> afirmaba que el requisito del previo desafuero viola la igualdad de las partes, por lo que resulta injusto e inconstitucional al despojar a la víctima del pleno goce y ejercicio del derecho a su resarcimiento. La misma posición que sustenta la innecesaridad del “*desafuero*” previo a la acción de daños y perjuicios por error judicial ha sido apoyada, entre otros, por Kemelmajer de Carlucci, Mosset Iturraspe, Trigo Represas, Márquez, Pizarro y Arazi<sup>45</sup>.

---

(43) SAGÜÉS, Néstor P. “Sobre la responsabilidad de los jueces”, *Sup. Realidad Judicial*, 23/02/2006, p. 2, cita online: AR/DOC/3687/2005. LINARES, Juan F. “En torno a la llamada responsabilidad civil del funcionario público”, *LL* 153-601.

(44) AGUIAR, Henoch D. *Hechos y actos jurídicos en la doctrina y en la ley*, T. II, vol.1, Ed. TEA, Bs. As., 1950 p. 467 y ss.

(45) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. “El deber de los jueces de reparar el daño causado”, *Revista de Derecho de Daños*, 2000, n°9, p.124. MOSSET ITURRASPE, Jorge. “El error judicial”, *Revista de Derecho de Daños*, 2010, n°3, p.15 y ss. TRIGO REPRESAS, Félix A. “El “desafuero” previo a la acción de daños por un error judicial”, *LL2013-E-394*. TRIGO REPRESAS, Félix A. “Responsabilidad de los jueces y del Estado-juzgador por daños derivados de errónea actividad judicial”, *LL* 2009-C-1002. RCyS2016-XI-239. MÁRQUEZ, José F. “Anotaciones sobre la responsabilidad de los Jueces y del Estado por daños causados por la actividad judicial”, *RCyS* 2006-510. ARAZI, Ronald. “Responsabilidad de los Jueces, del Estado y de los Abogados”, *ED*, 160-743. GALLI BASUALDO, Martín. *Responsabilidad del Estado por su actividad judicial*, ob. cit., p.96. Por su parte la Constitución de la Provincia de Córdoba, reformada en 1987, otorga competencia al Tribunal Superior de Justicia para conocer y resolver originaria y exclusivamente, en pleno: “De las acciones por responsabilidad civil promovidas contra magistrados

Desde esta visión se considera que la necesidad de remoción por juicio político o jury de enjuiciamiento a los funcionarios judiciales, no es condición necesaria para que proceda la acción resarcitoria.

Es que en verdad dichos procesos disciplinarios o políticos atienden a dilucidar y efectivizar una responsabilidad que es distinta e independiente de la que se origina con motivo de los daños y perjuicios.

Desde esta perspectiva se justifica además que en realidad ninguna disposición constitucional o de índole legal impone expresamente que el funcionario judicial, a diferencia del resto de los mortales, para ser demandados civilmente por daños y perjuicios causados requiera de una remoción o desafuero previo.

Además, dicha exigencia vulnera arbitrariamente la garantía de igualdad constitucional y legal de los funcionarios públicos (art.16 CN). Se consagra *“un privilegio intolerable, que viola el derecho constitucional a la reparación del daño injustamente sufrido por el damnificado, apto para enervar en la mayoría de los casos su tutela efectiva en tiempos acotados. Se crea por esta vía una categoría de dañador privilegiado, que está en pugna con todos esos postulados”*<sup>46</sup>.

A todo ello debe agregarse que tanto el derecho al resarcimiento, como el de tutela judicial efectiva en plazo razonable tienen emplazamiento constitucional (art.8 de la Convención Americana de Derechos humanos, Pacto de San José de Costa Rica) conforme a la jerarquía constitucional brindada a los Tratados de Derechos Humanos, resultando ambos derechos fuertemente degradados o limitados en caso de imponerse la condición de la previa destitución del magistrado, más cuando repito no existe ninguna disposición a nivel constitucional o legal donde pueda tener cabida o soporte legal la inmunidad parcial que se propugna.

A su vez tampoco resulta claro en modo alguno que, con la exigencia del requisito previo de la remoción judicial, se garantice la independencia judicial o que ésta pueda resultar amenazada o afectada de no existir el privilegio.

A todo ello debe agregarse que, respecto de la responsabilidad penal, el impedimento de la remoción previa ha sido eliminada en el año dos mil por la llamada Ley de Fueros (Ley n°25.320) la cual prescribió que cuando se abra una causa penal

---

y funcionario del Poder Judicial, con motivo del ejercicio de sus funciones, sin necesidad de remoción previa” (art. 165 inc. 1°, apartado d). También el art. 16 de la Constitución de Entre Ríos dispone: *“Los funcionarios y empleados públicos, no sujetos al juicio político ni al jurado de enjuiciamiento, son enjuiciables ante los tribunales ordinarios, sin que puedan excusarse alegando orden o aprobación superior”*. El mismo criterio proponía el Proyecto de Código Civil de 1998 en su art. 1677: *“Alcances. Los agentes públicos tienen responsabilidad directa por los daños producidos mediante acciones u omisiones que implican el ejercicio irregular de sus cargos. Para requerírsela no son necesarios ni la determinación previa de su responsabilidad administrativa ni, en su caso, su desafuero”*.

(46) PIZARRO, Ramón D. *“La responsabilidad patrimonial del funcionario público”*, *Revista Jurídica de Daños*, n°1, Noviembre, 2011, cita online: IJ-L-748.

en la que se impute la comisión de un delito a un funcionario o magistrado sujeto a desafuero, remoción o juicio político, el tribunal competente seguirá adelante con el procedimiento judicial hasta su total conclusión, sólo se limita la posibilidad de dictar medidas de privación de la libertad (se preserva la inmunidad de arresto). En base a ello, no parecen subsistir argumentos de peso alguno para justificar el que se conserve este privilegio judicial únicamente para los juicios civiles, cuando ya no existe para los juicios penales.

Además de lo dicho, Pizarro<sup>47</sup> y Kemelmajer de Carlucci<sup>48</sup> agregan acertadamente que la exigencia de previo desafuero conduce inevitablemente a incentivar en la práctica la absoluta impunidad del funcionario, ya que para evitar el obstáculo que dilata la efectividad del resarcimiento de los daños, los particulares damnificados con toda seguridad terminarán demandado exclusivamente al Estado.

También es verdad, como sostienen los autores, que hay supuestos que pueden justificar la responsabilidad patrimonial del magistrado, pero no necesariamente dar lugar a su destitución, lo que, en caso de existir el impedimento de análisis, ello conllevará a impedir absolutamente que el damnificado obtenga la reparación de los daños sufridos al no conseguir el apartamiento del juez a su cargo. Se atentaría en estos casos en forma flagrante contra el derecho de tutela judicial efectiva con la posibilidad de comprometer la responsabilidad internacional del Estado.

## V. Conclusiones

En base a lo reseñado anteriormente, es posible concluir que las sucesivas condiciones que principalmente la jurisprudencia ha impuesto para la configuración de esta responsabilidad personal del juez, la transforman en una verdadera ficción donde la regla es en realidad la irresponsabilidad del magistrado.

Como sostiene Correa refiriendo a la responsabilidad del Estado por detenciones arbitrarias, aunque la misma idea puede extenderse a la responsabilidad personal del juez, el damnificado por un “*error judicial*” está frente a una verdadera carrera de obstáculos que parece nunca poder ser ganada.

La dificultad de las vallas jurisprudenciales puestas al damnificado hace que en verdad sea casi imposible para la víctima alcanzar la meta de lograr la reparación de los perjuicios sufridos, parece consagrarse una inmunidad casi absoluta del magistrado<sup>49</sup>.

---

(47) PIZARRO, Ramón D. “La responsabilidad patrimonial del funcionario público”, *Revista Jurídica de Daños*, n°1, Noviembre, 2011, cita online: IJ-L-748.

(48) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. “El deber de los jueces de reparar el daño causado”, *Revista de Derecho de Daños*, 2000, n°9, p.124.

(49) “A pesar de la pretendida inmunidad que algunos autores confieren a los magistrados y funcionarios judiciales, debe rechazársela de plano, ya que si cabe exigirle de por sí cuidados y diligencia a los funcionarios públicos en general mayor debe ser tal exigencia respecto a los magistrados y funcionarios, en cuanto repre-

Si uno repasa los recaudos exigibles a cumplir siguiendo la postura más protectoria del funcionario judicial, ello serían: a) acreditar la manifiesta ilegalidad, culpa inexcusable o dolo del magistrado actuante; b) agotar los recursos e instancias pertinentes tendientes a impedir que se tenga por consentida la resolución agravante; c) obtener una resolución judicial que reconozca expresamente la existencia de un “*error judicial*” en el mismo proceso en el que se adoptó la decisión judicial agravante; d) lograr la remoción o el desafuero judicial antes de promover la acción de daños y perjuicios.

Considero que es tiempo de trazar un nuevo camino que conduzca a la búsqueda de un equilibrio más proporcional que garantice a los magistrados el ejercicio de su función jurisdiccional en forma libre y sin presiones, pero al mismo tiempo se resguarde el derecho resarcitorio del damnificado que sufre los daños provenientes de esa actividad.

Un primer paso sería preservar los recaudos legalmente establecido para la procedencia de esta responsabilidad y al mismo tiempo desestimar algunos criterios jurisprudenciales elaborados para incrementar su ámbito de inmunidad.

La responsabilidad de los jueces, por tanto, debe ser encuadrada en el art. 1766 CCCN, al tratarse de un funcionario público y le serán de aplicación las mismas reglas y requisitos de procedencia que son contemplados para el resto de las autoridades públicas, más allá de algunas peculiaridades concretas.

Se trata de una responsabilidad subjetiva y por tanto será suficiente para ser convertido en deudor de la obligación resarcitoria con que se acredite el dolo o culpa de su parte, además del resto de los presupuestos generales de la responsabilidad.

Por ello, además del factor de atribución, tendrá que existir un daño resarcible y el mismo debe ser una consecuencia adecuada que se deriva de una resolución judicial. Para evitar que el hecho lesivo le sea imputable a la víctima y produzca la ruptura del nexo causal será necesario que ella haya interpuesto las vías de impugnación a nivel ordinario<sup>50</sup> tendientes a subsanar el error y evitar que el daño se concrete.

Por último y en virtud del requisito de la antijuricidad que también debe acreditarse, será necesario que judicialmente se reconozca la existencia de una equivocación judicial. Aunque considero que no hay impedimento para que la declaración del incumplimiento irregular en la prestación del servicio judicial del

---

sentan estos al órgano encargado de impartir justicia”. TAWIL, Guido S. *La responsabilidad del Estado y de los magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamiento de la administración de justicia*, ob. cit., p.149/150.

(50) Indica Pizarro que la exigencia se satisface con la articulación de las vías recursivas ordinarias, en donde las posibilidades de revisión son amplias. PIZARRO, Ramón D. *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, T.II, ob. cit., n°104, p.22. HITTERS, Juan M. *Responsabilidad del estado por error judicial*, LL 2003-F-1070.

funcionario, es decir del “*error judicial*”, se ventile y se declare en el mismo juicio de daños y perjuicios posterior<sup>51</sup>, y no necesariamente en el mismo proceso donde se cometió la negligencia judicial, con más razón en caso de resultar manifiesto o flagrante la equivocación.

En definitiva, no será necesario probar una culpa grave o dolo del magistrado, tampoco será imprescindible que la resolución que reconoce el haberse cometido un error judicial sea dictada en el mismo procedimiento en el cual aquél tuvo lugar, ni finalmente obtener el desafuero o remoción del juez en forma previo al proceso de daños y perjuicios<sup>52</sup>.

Sólo así se avanza en la construcción de un sistema que garantice en base a ciertos parámetros, que no son obstáculos imposibles, al damnificado su derecho de concretar la responsabilidad del funcionario judicial y se podrá evitarse una responsabilidad internacional del Estado. Porque, como indica Gordillo<sup>53</sup>, cuando el Estado a través de uno de sus órganos comete un daño, la responsabilidad internacional que entra en juego no hace distinciones en función de los órganos.

Las posibilidades de resultar condenado el Estado internacionalmente en base al esquema de responsabilidad actualmente vigente aparecen muy próximas frente a jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>54</sup> que ya ha declarado y condenado al país al entender que las autoridades judiciales no actuaban con la debida diligencia. Esa sola circunstancia determinó que el Estado violara el derecho a las garantías judiciales previsto en el art. 8.1 de la Convención Americana, en relación con los arts.17.1 y 1.1 del mismo instrumento.

Agregándose en la misma resolución internacional que un Estado que ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las modi-

---

(51) Nada obsta a que la acción resarcitoria se acumule con la que persigue la declaración de ilegitimidad del acto jurisdiccional, de modo que el tribunal resuelva sobre ambas cuestiones. PIZARRO, Ramón D. *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, T.II, ob. cit., n°105, p.26. HITTERS, Juan M. “Responsabilidad del estado por error judicial”, LL 2003-F-1070.

(52) Siguiendo este camino puede destacarse la presencia de normas a nivel provincial en la materia: “El art. 2 del Código Procesal Civil de Mendoza prescribe que: “*Los jueces, funcionarios y empleados judiciales, son personalmente responsables por los daños que causaren por mal desempeño de sus funciones, cuando se demuestre “falta de probidad” en el uso de sus facultades. Los perjudicados pueden exigir el resarcimiento sin necesidad de suspensión o remoción previa del inculpado*”. Asimismo el art. 830 del Código Procesal Civil de Santiago del Estero prescribe: “*Los miembros del Superior Tribunal de Justicia, de las cámaras de apelación y de paz, jueces de primera instancia, jueces letrados de instrucción y de paz y jueces de paz letrados que, por malicia, ligereza o negligencia, dicten fallos contra el texto expreso de la Constitución y las leyes o en desconocimiento de sus normas o que se nieguen a dictarlos en el tiempo fijado para cada clase de juicio o simplemente se nieguen a administrar justicia y con ello causen un daño, podrán ser sometidos a la acción privada de responsabilidad civil*”.

(53) GORDILLO, Agustín A. *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, T. II, Ed. Fundación de Derecho Administrativo, Bs. As., 2013, XX-36.

(54) CIDH, 11/10/2011, “*Fornerón vs. República Argentina*”, Serie C No. 242.

ficaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas. En la Convención Americana este principio es recogido en su art. 2, que establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la misma, para garantizar los derechos en ella reconocidos.

Concluyo citando enseñanzas de Aguiar cuando decía: *“Idea cimental del derecho es la responsabilidad. Sin ésta no se concibe aquél en su plenitud; pero su existencia ha de ser real, efectiva, en el hecho, y no simplemente escrita en la ley porque derecho que ésta acuerda y cuyo ejercicio se obstaculice o se difiera indeterminadamente, reviste los caracteres de una mera expectativa y no los de un derecho adquirido, máxime si al tiempo de reclamarlo ha de llegar por acto de voluntad del presunto obligado -renuncia o abandono del empleo- o por el de un tercero no obligado a realizarlo -destitución por el Senado o por el Jury-”*<sup>55</sup>.

---

(55) AGUIAR, Henoch D. *Hechos y actos jurídicos en la doctrina y en la ley*, T. II, vol.1, ob. cit., p. 468.





# LA RESPONSABILIDAD DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS POR HECHOS INTERNACIONALMENTE ILÍCITOS DE SUS OPERACIONES DE MANTENIMIENTO DE LA PAZ\*

*THE ACCOUNTABILITY OF THE UNITED NATIONS FOR INTERNATIONALLY WRONGFUL ACTS ARISING FROM ITS PEACEKEEPING OPERATIONS*

*Lucía Hipatía Parodi\*\**

**Resumen:** Este trabajo presenta las conclusiones de la tesis doctoral de la autora titulada “Responsabilidad de la Organización de las Naciones Unidas por hechos internacionalmente ilícitos: Operaciones de Mantenimiento de la Paz e inmunidades”. Allí se describe y analiza la atribución de responsabilidad a la Organización de las Naciones Unidas por hechos internacionalmente ilícitos cometidos en ejecución de sus operaciones de mantenimiento de la paz. El epicentro del razonamiento se encuentra en la naturaleza jurídica de estas operaciones con las características particulares y específicas que las definen y el marco normativo que rige la responsabilidad internacional en estos supuestos.

**Palabras-clave:** Responsabilidad Internacional - Organización de las Naciones Unidas - Operaciones de Mantenimiento de la Paz (OMP).

**Abstract:** This paper presents the conclusions of the doctoral thesis entitled “Accountability of the United Nations for Internationally Wrongful Acts: Peacekeeping Operations and Immunities”, which describes and analyses the attribution of responsibility to the United Nations for internationally wrongful acts committed during its Peacekeeping Operations. The core of the argumentation lies in the legal nature of Peacekeeping Operations with their particular and

---

\* Trabajo recibido el 15 de marzo de 2024 y aprobado para su publicación el 10 de abril del mismo año.

\*\* Abogada (UNC). Doctora en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Magíster en Relaciones Internacionales (CEA-UNC). Profesora de Derecho Internacional Público (UNC - UBP). Miembro del Instituto de Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Mail: lucia.parodi@unc.edu.ar Este trabajo se corresponde con las conclusiones de la Tesis presentada en el Doctorado en Derecho y Ciencias Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, calificada el 9 de noviembre de 2023 con 10 (diez) sobresaliente por el tribunal conformado por la Dra. Zlata Drnas de Clément, la Dra. Alejandra Sticca y el Dr. Fabián Salvioli.

specific characteristics defining them, and the normative framework governing international responsibility in such cases.

**Keywords:** International Responsibility - United Nations - Peacekeeping Operations.

**Sumario:** I. Introducción. II. El problema de la atribución de responsabilidad internacional en las Organizaciones de Mantenimiento de la Paz. III. Conclusiones.

## 1. Introducción

Tras la finalización de la Segunda Guerra Mundial, la creación de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) trajo consigo la construcción de un nuevo orden global basado en la idea de la paz y la seguridad como pilares fundamentales del sistema internacional<sup>1</sup>. Con el objetivo de prevenir guerras futuras, la Carta de las Naciones Unidas (CNU) diseñó un régimen de seguridad colectiva cimentado en la responsabilidad primordial del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (CSNU) de mantener la paz y la seguridad internacionales<sup>2</sup> y la obligación de los Estados de resolver sus controversias por medios pacíficos<sup>3</sup>. Salvo en caso de legítima defensa<sup>4</sup>, se prohíbe a los Estados la amenaza y el uso de la fuerza en sus relaciones internacionales<sup>5</sup> y se delega en el CSNU la facultad de imponer medidas coercitivas a los que no cumplan con dicho deber de abstención. De esta manera, la acción contra cualquier Estado que haya recurrido ilícitamente a la fuerza es de naturaleza colectiva, adoptada por miembros de la comunidad internacional en su conjunto<sup>6</sup>.

---

(1) Ya desde Preámbulo la CNU manifiesta su objetivo primordial de “preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra (...)”, para luego plasmar el propósito de “mantener la paz y la seguridad internacionales (...)” en su Artículo 1.1.

(2) Artículo 24.1 de la CNU.

(3) Artículo 2.3 de la CNU.

(4) Artículo 51 de la CNU.

(5) Véase: Artículo 2.4 de la CNU, ampliado por la Res. 2625 (XXV) que reza: “Todo Estado tiene el deber de abstenerse en sus relaciones internacionales de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas. Tal amenaza o uso de la fuerza constituye una violación del Derecho Internacional y de la Carta de las Naciones Unidas y no se empleará nunca como medio para resolver cuestiones internacionales. Una guerra de agresión constituye un crimen contra la paz, que, con arreglo al Derecho Internacional, entraña responsabilidad (...)”. ONU. AGNU. Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Cooperation among States in accordance with the Charter of the United Nations. UN. Doc. A/RES/2625(XXV), 1970.

(6) IGLESIAS VELASCO, Alfonso. *Las Operaciones de Mantenimiento de la Paz Concepto, evolución histórica y características (1948-2002)*, Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2003, p. 53.

El funcionamiento de este mecanismo pacificador, que supone el concurso y la cooperación de los miembros permanentes del CSNU, encontró dificultades para su puesta en práctica como consecuencia directa de la bipolarización existente durante los años de Guerra Fría. El poder de veto otorgado a las Grandes Potencias les permitió bloquear cualquier asunto que pudiera socavar sus particulares intereses limitando el accionar del órgano ejecutivo de la ONU. La parálisis del CSNU y la consecuente imposibilidad de aplicar las medidas coercitivas establecidas en el Artículo 42 de la CNU<sup>7</sup> dejó inerte al núcleo mismo del sistema de seguridad colectiva y determinó la necesidad de buscar recursos alternativos que pudieran devolverle operatividad.

En la búsqueda de preservar su papel clave en el mantenimiento de la paz y la seguridad y enfrentar algunos focos de conflicto, la ONU germinó un nuevo concepto en el uso del componente militar dando origen a las OMP<sup>8</sup>. El término *peacekeeping* se acuñó para describir un tipo de acción militar utilizada como herramienta en el sistema de seguridad colectiva de la ONU que, basada en el consentimiento, trata de mantener y/o preservar la paz sin o con un uso mínimo de la fuerza<sup>9</sup>.

Partiendo de considerar que la violación de una obligación internacional da lugar a responsabilidad internacional<sup>10</sup> y la consecuente obligación de reparar el daño causado, entendemos que las actividades que conforman el campo de acción del mantenimiento de la paz son susceptibles de generar relaciones de responsabilidad por los hechos ilícitos y los correlativos daños y perjuicios que puedan causar las fuerzas desplegadas.

Las particulares características de la estructura y funcionamiento de las OMP y su impacto en las relaciones de responsabilidad delimitan el campo de investigación de nuestra tesis. Como la ONU no dispone de fuerzas armadas propias, depende de los aportes que los Estados miembros realizan para cada operación específica. Así, las OMP involucran a varios actores internacionales: la ONU que determina,

---

(7) En el marco del sistema de seguridad colectiva, el Artículo 42 de la CNU faculta al CSNU para “ejercer, por medio de fuerzas aéreas, navales o terrestres, la acción que sea necesaria para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales”. Ahora bien, el funcionamiento de este sistema y la aplicación de estas medidas está ligada a la celebración de convenios especiales previstos en el Artículo 43 de la CNU mediante los cuales los Miembros de la ONU ponen a disposición del CSNU “las fuerzas armadas, la ayuda y las facilidades que sean necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales”. Hasta el momento estos convenios no se han llevado a cabo impidiendo la utilización de los recursos tal y como se encuentran previstos en el Artículo 42 de la CNU.

(8) Véase: LEE, Roy S. “United Nations Peacekeeping: Development and Prospects”, *Cornell International Law Journal*, Vol. 28, N° 3, 1995.

(9) BOTHE, Michael. “Peacekeeping” en SIMMA, Bruno *et al.* (Eds): *The Charter of the United Nations. A commentary*, Vol II, 3<sup>rd</sup> edition, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 1526.

(10) Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad Internacional de las OI (DARIO- Draft Articles on the Responsibility of International Organisations. Artículo 3: “*Todo hecho internacionalmente ilícito de una organización internacional genera su responsabilidad internacional*”.

organiza y coordina el despliegue de la operación; los Estados que contribuyen con tropas y recursos necesarios y el Estado anfitrión en el cual se realizan las tareas del mandato. La relación entre estos sujetos internacionales define la entidad de las OMP, cuya naturaleza jurídica constituye un elemento primordial para determinar el derecho aplicable y la atribución de responsabilidad por los hechos ilícitos que puedan cometer las fuerzas.

## 2. El problema de la atribución de responsabilidad internacional en las OMP

El despliegue de toda OMP tiene su origen en una resolución del CSNU o de la Asamblea General de las Naciones Unidas (AGNU) seguido de un acuerdo entre la ONU y las partes en conflicto donde queda plasmado el requisito del consentimiento de estas. Así, las OMP se crean *“as subsidiary organs of the UN organ creating the operation (UNGA or SC)”*<sup>11</sup> y se colocan bajo la gestión del Departamento de Operaciones de Mantenimiento de la Paz (DPKO) al que pertenece todo el nivel de mando específico de la operación. Si bien el vínculo jurídico que se crea entre la ONU y los Estados contribuyentes de tropas dispone de una regulación particular para cada OMP, es posible discernir ciertos patrones generales. Por un lado, el estatus legal de los contingentes nacionales en las OMP se regula por los Acuerdos con los Estados aportantes de tropas y el Acuerdo sobre el Estatuto de las Fuerzas. Por otro lado, los Estados contribuyentes de tropas transfieren a la ONU la autoridad necesaria para la toma de decisiones sobre su personal mientras conservan ciertas facultades como la autoridad disciplinaria y la jurisdicción penal. Como resultado de estos acuerdos los contingentes se integran a la ONU como un órgano subsidiario del órgano principal de las Naciones Unidas que dio origen a la operación.

En la praxis, aunque la decisión de establecer una OMP recae sobre el CSNU o la AGNU, las facultades otorgadas al Secretario General de las Naciones Unidas (SGNU) son muy amplias. A este corresponde el vértice en la pirámide de la operación, de manera tal que se encuentran a su cargo el armado del despliegue, la designación de la estructura de mando y de los integrantes del componente civil y la búsqueda de las contribuciones estatales. En tanto el personal civil, en líneas generales, es contratado a título personal por la organización, el componente militar se conforma por contingentes nacionales puestos a disposición de las Naciones Unidas por sus respectivos Estados de origen.

Así, en tanto las OMP se caracterizan por el envío al lugar donde se produce el conflicto de fuerzas armadas que los Estados miembros ponen a disposición y al servicio de la organización universal, los contingentes tienen una relación dual: con los Estados de origen de sus unidades y con la ONU bajo cuya autoridad se encuentran. Así, la particular naturaleza jurídica de estas fuerzas que operan en un Estado fuera de sus respectivos territorios y bajo mando y autoridad de la ONU

---

(11) BOTHE, Michael. ob. cit., p. 1532.

presenta un conjunto de singularidades a la hora de determinar la responsabilidad internacional de cada parte involucrada en la operación.

En efecto, la distribución de la responsabilidad entre la ONU y el Estado que aporta tropas dependerá de la identificación del sujeto al que se debe atribuir la conducta ilícita. Para ello, resulta indispensable un exhaustivo análisis de las reglas de atribución de responsabilidad en relación con las conductas ilícitas cometidas por OMP que actúan bajo el mando y control de la ONU.

En este sentido, es imprescindible establecer una diferencia entre las OMP, en las cuales los Estados contribuyentes de tropas conservan ciertas facultades sobre ellas al tiempo que ceden el mando y control del despliegue a la ONU, y otras operaciones multinacionales autorizadas exclusivamente por el CSNU, donde las fuerzas permanecen bajo el mando y control de un Estado, mientras que las atribuciones de la ONU se limitan a la capacidad de revocar esa autorización o definir sus límites<sup>12</sup>.

De estas categorías, veremos que únicamente las OMP están sujetas a la regla general de imputación de actos ilícitos basada en el estatuto de la fuerza, en tanto desciframos a estas operaciones como órganos subsidiarios de la Organización<sup>13</sup>. En el caso de las segundas, el SGNU ha sostenido que *“cuando una operación autorizada en virtud del Capítulo VII se lleva a cabo bajo el mando y control de un país o países determinados, la responsabilidad internacional por las actividades de las fuerzas incumbe al Estado o Estados que llevan a cabo la operación”*<sup>14</sup>. Aun así, hay quienes alegan que el criterio decisivo para atribuir conductas en operaciones autorizadas por el CSNU

---

(12) La forma en la que se administra el mando y el control en OMP es manifiestamente diferente de las operaciones militares meramente autorizadas por la ONU. En el caso de las primeras, las fuerzas armadas son aportadas o puestas a disposición de la ONU por los Estados miembros y desplegadas como contingente en una OMP que, en sí misma, tiene el estatus legal de un órgano subsidiario de la ONU. Por el contrario, las operaciones autorizadas por el CSNU no forman parte orgánicamente de las Naciones Unidas. En estas últimas, la ONU tiene una participación formal limitada a la gestión de la operación en tanto el rol del SGNU se limita a actuar como el conducto por el cual la fuerza multinacional brinda informes al CSNU. En tales operaciones, la ONU no tiene el mando ni control sobre las fuerzas militares que generalmente recae sobre un Estado en particular o una OI distinta de las Naciones Unidas.

(13) Artículo 6 del DARIO (Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad Internacional de las OI).

(14) ONU. SGNU. *Financing of the United Nations Protection Force, the United Nations Confidence Restoration Operation in Croatia, the United Nations Preventive Deployment Force and the United Nations Peace Forces headquarters: administrative and budgetary aspects of the financing of the United Nations peacekeeping operations: financing of the United Nations peacekeeping operations: Report of the Secretary-General*. UN. Doc. A/51/389, 1996, párr. 17. Vale como ejemplo la fuerza multinacional que proporcionó la asistencia a Corea en cumplimiento de las Res. S/RES/83(1950); S/RES/84(1950) y se colocó bajo la autoridad de EE. UU.

radica en un control general sobre la fuerza, abriendo la puerta a la posible responsabilidad de la ONU<sup>15</sup>.

Considerando estos criterios, evaluamos hasta qué punto y qué aspectos están implicados en la responsabilidad internacional cuando se trata de actos ilícitos cometidos por las OMP. Sin embargo, no buscamos realizar un análisis exhaustivo de los desafíos que estas operaciones plantean en términos de responsabilidad internacional. Nuestro propósito radica en explorar si la responsabilidad internacional por actos ilícitos llevados a cabo por miembros de contingentes nacionales puestos a disposición de la ONU en el contexto de las OMP debe ser atribuida jurídicamente a esta organización, bajo cuyo mando y control operan dichas fuerzas. La complejidad reside en que, aun cuando las tropas son puestas a disposición las Naciones Unidas, mantienen ciertos vínculos con el Estado que las proporciona.

Por su parte, con respecto a la responsabilidad internacional hacemos exclusiva referencia a las consecuencias que genera en el derecho internacional un hecho internacionalmente ilícito, excluyendo así los supuestos de responsabilidad internacional de la ONU por el funcionamiento normal de las fuerzas, por incumplimientos contractuales y cualquier tipo de responsabilidad penal internacional de los miembros de las OMP.

Así, describimos las características propias y específicas de las OMP con especial énfasis en su naturaleza jurídica. Analizamos la capacidad de la ONU para asumir la responsabilidad internacional de las actividades realizadas por sus fuerzas de mantenimiento de la paz. Describimos las posturas adoptadas por la doctrina y la jurisprudencia en materia de atribución de responsabilidad por hechos ilícitos cometidos por el personal de mantenimiento de la paz. Y finalmente, discutimos la idea del *control efectivo* como factor dirimente de la atribución de responsabilidad a la ONU en tanto nos proporciona un marco legal adecuado para determinar la atribución de una conducta ilícita en el contexto de las OMP.

La preeminencia de las cuestiones atinentes a la responsabilidad de ONU por los ilícitos cometidos por sus fuerzas de paz reclama un tratamiento pormenorizado y motiva estudios como el que aquí presentamos. La especificidad del régimen jurídico de las OMP sumado al incremento exponencial en la cantidad de personal desplegado y la capacidad ofensiva de los mandatos con el consecuente aumento

---

(15) En el caso *Behrami and Behrami v. France and Saramati v. France, Germany and Norway* el TEDH utilizó el criterio de la *autoridad y el control últimos* para determinar la atribución a la ONU de una conducta de la Fuerza de Kosovo (KFOR). Esta es una operación militar multinacional desplegada en Kosovo con el liderazgo de la OTAN y bajo los auspicios de las Naciones Unidas S/RES/1244 (1999). Si bien el TEDH no explicó en detalle el significado de la noción de *autoridad y control últimos*, parece referirse a los poderes especiales asignados al CSNU bajo Capítulo VII de la CNU. TEDH: *Behrami and Behrami v. France and Saramati v. France, Germany and Norway*, Decision Apps. N° 71412/01 and 78166/01 [GC], 2 May 2007, párr. 133-141.

del riesgo de que se verifiquen actos lesivos justifican la concreción de nuestro objeto de estudio.

### 3. Conclusiones de la tesis

El enfoque con que planteamos analizar la responsabilidad internacional de la ONU por los hechos ilícitos cometidos por el personal desplegado en OMP nos ha permitido indagar en profundidad las características particulares y específicas que definen a las OMP y el marco normativo que rige la responsabilidad internacional en estos supuestos.

Con criterio lógico abordamos cada uno de los objetivos específicos y logramos describir y analizar la atribución de responsabilidad a la ONU por hechos internacionalmente ilícitos cometidos por sus OMP con el epicentro de nuestro razonamiento en la naturaleza jurídica de las OMP.

En el *Capítulo I* dimos marco a nuestro objeto de estudio presentando el esquema teórico conceptual que sustenta nuestra tesis. Desprovistas de un fundamento textual en la CNU las OMP constituyen un alejamiento del sistema de seguridad colectiva creado en 1945 que permitió superar las dificultades operativas durante la Guerra Fría y resguardar el objetivo principal de mantener la paz y seguridad internacionales. La creación y despliegue de OMP se encuentran bajo el paraguas constitucional de la CNU en tanto resultan un eficaz instrumento para la conquista del objetivo principal de la organización de mantener la paz y la seguridad en las relaciones internacionales.

La puesta en práctica de los despliegues marcó el pulso del desarrollo conceptual de las OMP y fue definiendo algunos de sus rasgos característicos que la doctrina se encargó de sistematizar. El término *peacekeeping*, acuñado para describir un tipo de acción militar que, basada en el consentimiento, trata de mantener y/o preservar la paz sin o con un uso mínimo de la fuerza, se fue moldeando a la medida y la necesidad de distintos conflictos<sup>16</sup>.

Desde el establecimiento del Organismo de las Naciones Unidas para la Vigilancia de la Tregua (UNTSO) en 1948, un total de setenta y un OMP fueron desplegadas en los cinco continentes dando cuenta de una herramienta flexible y

---

(16) Véase: CARDONA LLORENS, Jorge. "Las Operaciones de Mantenimiento de la Paz de las Naciones Unidas: ¿hacia una revisión de sus principios fundamentales?", *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, Vol. VI, 2003, p.767; VEGA FERNÁNDEZ, Enrique. *Operaciones Militares de Gestión de Crisis. Tipos, Evolución y Características*, Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado de Investigación sobre la Paz, la Seguridad y la Defensa, Madrid, 2010, p. 67; MANERO SALVADOR, Ana. "Los principios rectores del régimen jurídico de las operaciones de mantenimiento de la paz de Naciones Unidas", en DÍAZ BARRADO, Castor M. (Dir.) *et al. Misiones Internacionales de Paz: Operaciones de Naciones Unidas y de la Unión Europea*, Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado, Madrid, 2006, p. 29.

fácilmente adaptable a una amplia variedad de situaciones. La forma *ad hoc* en que se estableció la primera operación se volvió paradigma de todas las operaciones posteriores reflejando un nuevo enfoque en la gestión de crisis y mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas.

Así nos encontramos frente a acciones que, si bien en líneas generales no desarrollan tareas de combate, poseen una naturaleza, concepto, técnica, organización y equipamiento militar acompañado de un importante componente civil que ha adquirido relevancia en las misiones multidimensionales. Compuestas por contingentes que los Estados aportan voluntariamente, las OMP defienden un actuar imparcial, se asientan en el consentimiento del Estado receptor como base de no intervención y tienen vedado el uso coactivo de la fuerza armada salvo en casos de legítima defensa o expresa autorización del CSNU.

En sus inicios las fuerzas de paz de la ONU desempeñaron un papel predominantemente estabilizador a través de la supervisión militar de los acuerdos de paz y de alto el fuego. En 1956 Dag Hammarskjöld comenzó a dar forma a la idea de las OMP delineando los principios que las rigen y poniendo énfasis en el mando y control que ejercen las Naciones Unidas sobre estas. Con una innovadora y práctica interpretación de la normativa onusiana, Hammarskjöld utilizó la expresión *peacekeeping* para referirse a un instrumento basado en el alegórico *Capítulo VI y medio* de la ONU, a mitad de camino entre los mecanismos de arreglo pacífico de controversias y las medidas coercitivas<sup>17</sup>.

Con el final de la Guerra Fría y el impulso de un nuevo orden global, las OMP crecieron exponencialmente y adquirieron nuevas y renovadas funciones que escapan al modelo tradicional<sup>18</sup>. Las operaciones multidimensionales además de fuerza militar incluyeron un fuerte componente civil y mandatos con un amplio conjunto de tareas entre las que se destacan la entrega de ayuda humanitaria, programas de construcción del Estado, establecimiento de la paz y hasta elementos de imposición de la paz.

En 1992, B. Boutros-Ghali definió *peacekeeping* como “*el despliegue de una presencia de las Naciones Unidas en el terreno, hasta ahora con el consentimiento de todas las partes*”

---

(17) ONU. SGNU. *First report of the Secretary-General on the plan for an emergency international United Nations force requested in the resolution adopted by the General Assembly on 4 November 1956*. UN. Doc. A/3289, 1956 y ONU. SGNU. *Question considered by the Security Council at its 749th and 750th meetings held on 30 October 1956: 2nd and final report of the Secretary-General on the plan for an emergency international United Nations force requested in the resolution adopted by the General Assembly on 4 November 1956*. UN. Doc. A/3302, 1956.

(18) En la segunda edición del document *The Blue Helmets*, la ONU esbozó un intento de conceptualización de las OMP entendiéndolas como “*an operation involving military personnel, but without enforcement powers, established by the United Nations to help maintain or restore international peace and security in areas of conflict.*” ONU. DPI. *The Blue Helmets: A Review of United Nations Peacekeeping*, UN. Doc. [ST/]DPI/1065, 1990, p. 4.



*interesadas y, como norma, con participación de personal militar o policial de las Naciones Unidas y, frecuentemente, también de personal civil*"<sup>19</sup>.

Cinco años después, y con los testimonios latentes de los fracasos en Somalia, Ruanda y en la ex Yugoslavia, Kofi A. Annan se propuso renovar el mantenimiento de la paz de la ONU en resguardo y garantía de la protección de civiles. El primer intento de reforma se tradujo en el *Informe Brahimi*<sup>20</sup>. Sin brindar definición alguna del mantenimiento de la paz, el documento hace mención al consentimiento de las partes locales, la imparcialidad y el uso de la fuerza sólo en legítima defensa como principios básicos de las OMP. Asimismo, incorpora una amplia gama de propuestas e insiste en la necesidad de adoptar mandatos claros, creíbles y alcanzables.

El segundo gran intento de remodelar el mantenimiento de la paz culminó con la adopción de la *Doctrina Capstone*<sup>21</sup>, una guía de conducta que, a su vez, pretendió definir la naturaleza y el alcance de las OMP. La diferencia entre la imposición de la paz y un mantenimiento de la paz robusto radica en el consentimiento de las autoridades anfitrionas y/o las partes principales del conflicto.

Los despliegues de las últimas décadas han implicado una combinación de mantenimiento de la paz tradicional, mantenimiento de la paz con fines coercitivos y mantenimiento de la paz multifuncional. La definición de OMP sólo puede construirse correctamente teniendo en cuenta este desarrollo continuo. Así, resulta imprescindible llegar a un entendimiento que permita diferenciarlas de otros tipos de operaciones.

En ausencia de definiciones oficiales brindamos una conceptualización propia de las OMP entendiéndolas como *actividad operacional consensuada e imparcial que, en cumplimiento de los objetivos y disposiciones de la CNU, la ONU despliega bajo su mando y control en el territorio de un Estado, con el expreso consentimiento de este; integrada principalmente por unidades militares armadas puestas a disposición de la Organización por los Estados miembros, a las que se permite utilizar la fuerza en caso de legítima defensa o con autorización expresa del CSNU*.

Argumentamos, entonces, que la competencia general en el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales establecida en el Artículo 1.1 de la CNU faculta a la ONU a establecer OMP, permitiendo a sus órganos crearlas conforme a sus

---

(19) ONU. SGNU. *An agenda for peace: preventive diplomacy, peacemaking and peacekeeping: report of the Secretary-General pursuant to the statement adopted by the Summit Meeting of the Security Council on 31 January 1992*. UN Doc. A/47/277 - S/241112, 1992, párr. 20.

(20) ONU. SGNU. *Report of the Panel on United Nations Peace Operations (Brahimi Report)*. UN. Doc. A/55/305- S/2000/809, 2000.

(21) ONU. DPKO. DFS. *United Nations Peacekeeping Operations Principles and Guidelines (Capstone Doctrine)*, United Nations, New York, 2008

poderes implícitos necesarios para el ejercicio efectivo de sus funciones<sup>22</sup>. Ahora bien, al no contar en la CNU una disposición expresa que establezca las OMP, evaluamos la capacidad del CSNU y AGNU para crearlas a la luz de funciones y poderes encomendados a cada uno de ellos.

En primer lugar, entre las medidas que puede adoptar el CSNU en el cumplimiento de su responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales se encuentra el establecimiento de OMP y la base legal para tal acción está plasmada en los Capítulos V, VI y VII de la CNU. El CSNU tiene amplias facultades para decidir las medidas necesarias para el cumplimiento de sus funciones en tanto los poderes que se le otorgan son de naturaleza discrecional, limitados sólo por los propósitos y principios de las Naciones Unidas.

La AGNU, por su parte, también se encuentra facultada para el despliegue de OMP en virtud de los Artículos 10, 11 y 12 de la CNU. Su rol en el mantenimiento de la paz y la seguridad está sujeto a los límites impuestos por la CNU, a la imposibilidad de implementar medidas coercitivas sin referirlas al CSNU<sup>23</sup> y al impedimento de hacer recomendación alguna respecto de una controversia o situación sobre la cual el CSNU esté ejerciendo las funciones que le otorga la CNU<sup>24</sup>. Estas competencias fueron ampliadas a través de la Res. 377 (V) de 1950<sup>25</sup> que en la parte resolutive de su Parte A establece: “1. Resuelve que si el Consejo de Seguridad, por falta de unanimidad entre sus miembros permanentes, deja de cumplir con su responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales en todo caso en que resulte haber una amenaza a la paz, un quebrantamiento de la paz o un acto de agresión, la Asamblea General examinará inmediatamente el asunto, con miras a dirigir a los miembros recomendaciones apropiadas para la adopción de medidas colectivas, inclusive, en caso de quebrantamiento de la paz o acto de agresión, el uso de fuerzas armadas cuando fuere necesario, a fin de mantener o restaurar la paz y la seguridad internacionales (...)”<sup>26</sup>.

Sobre estos cimientos teóricos y en un todo de acuerdo con la construcción conceptual propuesta, en el *Capítulo II* demostramos que las OMP encuadran per-

---

(22) La constitucionalidad de las OMP se ha librado de cuestionamientos luego de la OC de la CIJ *Certain expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter)*, *Advisory Opinion of 20 July 1962*. I.C.J. Reports 1962, p. 151. A partir de entonces los debates doctrinales giran en torno a la base normativa exacta de ese poder.

(23) Véase: CIJ: *Certain expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter)*, *Advisory Opinion of 20 July 1962*. I.C.J. Reports 1962, pp. 164-165.

(24) Artículo 12 de la CNU.

(25) ONU. AGNU. *Uniting for peace*. UN. Doc. A/RES/377(V), 1950.

(26) La Parte A de la RES/377(V) de la AGNU establece: “De no estar a la sazón reunida, la Asamblea General puede reunirse en período extraordinario de sesiones de emergencia dentro de las 24 horas siguientes a la presentación de una solicitud al efecto. Tal período extraordinario de sesiones de emergencia será convocado si así lo solicita el Consejo de Seguridad por el voto de siete [9] cualesquiera de sus miembros, o bien la mayoría de los Miembros de las Naciones Unidas”.

fectamente con la naturaleza jurídica de órganos subsidiarios<sup>27</sup> de la ONU. Así lo ha sostenido enfáticamente la propia Organización universal y gran parte de la doctrina y la jurisprudencia. Esta determinación resulta un punto cardinal a la hora de delinear la responsabilidad internacional por los hechos ilícitos cometidos por el personal desplegado en ellas.

La estructura de funcionamiento de la ONU descansa sobre los pilares de sus seis órganos principales a los cuales se les otorga la potestad de crear de órganos subsidiarios que contribuyan al eficaz ejercicio de sus facultades<sup>28</sup>. Así, la Organización ha ido construyendo un vasto conjunto de órganos con funciones diversas que forman el sistema de las Naciones Unidas en el que se encuentran insertas las OMP.

Sin definición alguna en la CNU, presentamos la conceptualización del SGNU quien ha entendido que un órgano subsidiario es aquel que ha sido establecido por un órgano principal de las Naciones Unidas y como tal forma parte integral de la Organización. El órgano principal bajo cuya autoridad ha sido creado puede modificar su composición, emitirles directivas, recibir informes, aceptar o rechazar sus recomendaciones y disolverlo o modificarlo<sup>29</sup>.

Las OMP de las Naciones Unidas cumplen acabadamente con los requisitos para ser consideradas órganos subsidiarios del CSNU, o según sea el caso, de la AGNU. Bajo estos parámetros, establecida legalmente una OMP esta pasa a formar parte del organigrama de la ONU bajo la autoridad y control del órgano principal que la ha creado<sup>30</sup>.

---

(27) Al igual que las OMP, el término órgano subsidiario no se encuentra definido en ninguna disposición de la CNU. El Secretario General de las Naciones Unidas ha esbozado una conceptualización de tal amplitud que permite englobar órganos de diversas características. Así, entiende que *"a subsidiary organ is one which is established by or under the authority of a principal organ of the United Nations in accordance with Article 7(2) of the Charter by resolution of the appropriate body. Such an organ is an integral part of the Organization. (...) Most subsidiary organs have in common their establishment by parent bodies which presumably may change their terms of reference and composition, issue policy directives to them, receive their reports and accept or reject their recommendations. Generally speaking, a subsidiary organ may be abolished or modified by action of the parent body. Conceivably, a subsidiary organ could have a structure which would permit it a considerable measure of operational autonomy and would afford, if necessary, a special position for some participating State in recognition of special responsibilities"*. ONU. SGNU. Summary of Internal Secretariat Studies of Constitutional Questions relating to Agencies within the Framework of the United Nations. UN. Doc. A/C.1/758, 1954, párr. 2 y 3.

(28) Artículo 7.2 de la CNU.

(29) ONU. SGNU. *Summary of Internal Secretariat Studies of Constitutional Questions relating to Agencies within the Framework of the United Nations*. UN. Doc. A/C.1/758, 1954, párr. 2.

(30) *"La estructura de este órgano subsidiario de las Naciones Unidas ha ido desarrollándose en función de las actividades emprendidas, adoptando una compleja estructura, en respuesta a las cada vez más multifacéticas y complejas operaciones de paz desarrolladas"*. DE TOMÁS MORALES, Susana (Coord.). *Las operaciones de mantenimiento de la paz y el Derecho internacional Humanitario*, Ed. Dykinson, Madrid, 2009, p. 29.

Las operaciones establecidas por la AGNU son órganos subsidiarios en virtud del Artículo 22 de la CNU y las operaciones establecidas por el CSNU son órganos subsidiarios en virtud del Artículo 29 de la CNU. La base legal y el mandato de una OMP se sustentan en una resolución de cualquiera de estos órganos y su personalidad jurídica se identifica con la de las Naciones Unidas. El SGNU, por su parte, no posee la competencia unilateral para crear o poner fin a una OMP de la ONU a menos que este poder le haya sido delegado expresamente por el órgano principal pertinente.

El SGNU tiene plena autoridad sobre el despliegue, organización, conducción y dirección de la operación, incluido el personal puesto a disposición por los Estados participantes, en estrecha coordinación con el CSNU. En tanto los Estados participantes sólo conservan un número limitado de poderes sobre las tropas que aportan, en nada incompatibles con la naturaleza jurídica de las OMP. El estatus de órgano subsidiario del CSNU o la AGNU otorga a las OMP los privilegios e inmunidades de las Naciones Unidas y coloca sobre la Organización la autoridad exclusiva para proteger los derechos de la OMP y su personal.

El análisis que llevamos adelante del Repertorio de la práctica seguida por los órganos de las Naciones Unidas<sup>31</sup> y del Repertorio de la práctica seguida por el CSNU<sup>32</sup> confirman la naturaleza jurídica de las OMP al calificarlas y analizarlas como

---

(31) Véase: *Repertory of Practice of United Nations Organs*, Article 7, Vol. 1, 1945-1954. *Repertory of Practice of United Nations Organs*, Article 7, Supplement N° 1, Vol. 1, 1954-1955. *Repertory of Practice of United Nations Organs*, Article 7, Supplement N° 2, Vol. 1, 1955-1959; Supplement N° 3, Vol. 1, 1959-1966; Supplement N° 4, Vol. 1, 1966-1969; Supplement N° 5, Vol. 1, 1970-1978, Supplement N° 6, Vol. 1, 1979-1984; Supplement N° 7, Vol. 1, 1985-1988; Supplement N° 8, Vol. 1, 1989-1994; Supplement N° 9, Vol. 1, 1995-1999; Supplement N° 10, Vol. 1, 2000-2009. *Repertory of Practice of United Nations Organs*, Article 22, Vol. 1, 1945-1954. *Repertory of Practice of United Nations Organs*, Article 22, Supplement N° 1, Vol. 1, 1954-1955; Supplement N° 2, Vol. 2, 1955-1959; Supplement N° 3, Vol. 1, 1959-1966, Supplement N° 4, Vol. 1, 1966-1969; Supplement N° 5, Vol. 1, 1970-1978; Supplement N° 6, Vol. 2, 1979-1984; Supplement N° 7, Vol. 2, 1985-1988; Supplement N° 8, Vol. 2, 1989-1994; Supplement N° 9, Vol. 2, 1995-1999; Supplement N° 10, Vol. 2, 2000-2009. *Repertory of Practice of United Nations Organs*, Article 29, Vol. 2, 1945-1954. *Repertory of Practice of United Nations Organs*, Article 29, Supplement N° 1, Vol. 1, 1954-1955; Supplement N° 2, Vol. 2, 1955-1959; Supplement N° 3, Vol. 2, 1959-1966; Supplement N° 3, Vol. 4, 1959-1966; Supplement N° 4, Vol. 1, 1966-1969; Supplement N° 5, Vol. 2, 1970-1978; Supplement N° 6, Vol. 3, 1979-1984; Supplement N° 7, Vol. 3, 1985-1988; Supplement N° 8, Vol. 3, 1989-1994; Supplement N° 9, Vol. 3, 1995-1999; Supplement N° 10, Vol. 3, 2000-2009. *Repertory of Practice of United Nations Organs*, Article 98, Supplement N° 2, Vol. 3, 1955-1959; Supplement N° 3, Vol. 4, 1959-1966.

(32) Véase: *Repertoire of the Practice of the Security Council*, 1946-1951, New York, 1954. *Repertoire of the Practice of the Security Council*, Supplement N° 1, 1952-1955, New York, 1957; Supplement N° 2, 1956-1958, New York, 1959; Supplement N° 3, 1959-1963, New York, 1965; Supplement N° 4, 1964-1965, New York, 1968; Supplement N° 5, 1966-1968, New York, 1971; Supplement N° 6, 1969-1971, New York, 1976; Supplement N° 7, 1972-1974, New York, 1979; Supplement N° 8, 1975-1980, New York, 1987; Supplement N° 9, 1981-1984, New York, 1992; Supplement N° 10, 1985-1988, New York, 2000; Supplement N° 11, 1989-1992, New York, 2009; Supplement N° 12, Vol. 1, 1993-1995, New York, 2014; Supplement N° 12, Vol. 2, 1993-1995, New York, 2014; Supplement N° 13, 1996-1999, New York, 2009; Supplement N° 14, 2000-2003, New York, 2012; Supplement N° 15, Vol. 1, 2004-2007, New York,

órganos subsidiarios de la AGNU -*UNEF I* y *UNSF*- y del CSNU. Corroboramos así la coherencia que han mantenido los Repertorios en la definición de las OMP. Ninguna de las sesenta y nueve operaciones desplegadas bajo el mando y control del CSNU y las dos en la órbita de la AGNU quedaron al margen de la expresa y específica categorización de órganos subsidiarios de la organización universal. Asimismo, esto nos permitió dejar plasmada y en evidencia la diferencia radical entre las OMP y otras operaciones desplegadas por la ONU bajo el mando de un Estado, grupo de Estados u organización regional en tanto ninguna de ellas figura en los documentos como órgano subsidiario de la organización.

Por su parte, la doctrina mayoritaria también acuerda en considerar a las OMP órganos subsidiarios de la ONU aun cuando discurren en las características de estas y las consecuencias de tal naturaleza jurídica. En refuerzo de esta teoría, si bien los miembros de los contingentes permanecen en su servicio nacional, durante el período de su asignación revisten el carácter personal internacional. Es decir que mientras esté asignado a una OMP, el personal militar de los contingentes nacionales forma parte de la ONU. El mismo SGNU en su informe sobre la *UNEF* calificó esta simbiosis como *“an effective marriage of national military service with international function”*<sup>33</sup>.

En este sentido, la naturaleza de órganos de la ONU le concede a las OMP los privilegios e inmunidades de las Naciones Unidas y las coloca bajo la autoridad de esta Organización la cual no sólo posee la capacidad necesaria para proteger los derechos de la operación sino que se encuentra obligada a responder por los hechos ilícitos cometidos por el personal desplegado. Asimismo, la condición de órgano subsidiario resulta absolutamente compatible con las características de los contingentes nacionales aportados por los Estados miembros los cuales, en todos los supuestos quedan bajo la órbita de la ONU.

Llevado al campo específico de las OMP, la conclusión de estos razonamientos nos permite hacer propias las palabras de Hans Corell, Asesor Jurídico de las Naciones Unidas, y sostener enfáticamente que dada su naturaleza jurídica de órgano subsidiario de las Naciones Unidas, el acto de una fuerza de mantenimiento de la paz resulta imputable a la Organización y entraña su responsabilidad internacional y su obligación de indemnizar<sup>34</sup>.

---

2013; Supplement N° 15, Vol. 2, 2004-2007, New York, 2013; Supplement N° 16, Vol.1, 2008-2009, New York, 2014; Supplement N° 16, Vol. 2, 2008-2009, New York, 2014; Supplement N° 17, Vol. 1, 2010-2011, New York, 2016; Supplement N° 17, Vol. 2, 2010-2011, New York, 2016; Supplement N° 18, Vol. 1, 2012-2013, New York, 2018; Supplement N° 18, Vol. 2, 2012-2013, New York, 2018; Supplement N° 19, 2014-2015, New York, 2018; Supplement N° 20, 2016-2017, New York, 2019; Supplement N° 21, 2018, New York, 2020; Supplement N° 22, 2019, New York, 2021.

(33) ONU. SGNU. *Summary study of the experience derived from the establishment and operation of the Force: report of the Secretary-General*, UN. Doc. A/3943, 1958, párr. 128.

(34) Memorando el 3 de febrero de 2004 del Asesor Jurídico de las Naciones Unidas, Sr. Hans Corell, al Director de la División de Codificación, Sr. Václav Mikulka. ONU. CDI. *Yearbook of*

El *Capítulo III* abre la segunda parte de la tesis con foco en un análisis descriptivo y correlacional de la responsabilidad internacional de la ONU por los hechos ilícitos de sus OMP.

En este capítulo pusimos de manifiesto que el despliegue de OMP conlleva un conjunto de riesgos y consecuencias para la población civil que reclaman un profundo abordaje tanto de la atribución de responsabilidad internacional por los hechos ilícitos del personal desplegado como de las garantías y procedimientos para hacer efectiva dicha responsabilidad.

Sin lugar a dudas el despliegue de una OMP tiene un impacto particular en la vida y los derechos de las personas<sup>35</sup>. Las fuerzas de la ONU se desenvuelven en lugares extremadamente vulnerables, donde el tejido social está desgarrado por la lucha civil, el estado de derecho ausente, las estructuras familiares destrozadas y la población local con severas dificultades económicas y psicológicas<sup>36</sup>. En las antípodas, la situación del personal de mantenimiento de la paz es diferente. La disponibilidad que estos tienen de dinero, movilidad, alimentos, agua y otros bienes provoca un desequilibrio de poder con la población anfitriona que puede ser, y a menudo es, fuente de abusos.

En la casuística encontramos un amplio y diverso abanico de hechos ilícitos adjudicados a las OMP<sup>37</sup> en las más diversas regiones del planeta. Las fuerzas de mantenimiento de la paz han sido vinculadas a torturas, asesinatos, detenciones ilegales, disparos contra civiles desarmados y propagación de enfermedades. También se los ha acusado de desobedecer las órdenes de la ONU permitiendo que los civiles que debían proteger fueran asesinados<sup>38</sup> y de ser autores de explotación y abuso sexual incluyendo prostitución, esclavitud sexual, violaciones y agresiones sexuales recurrentes<sup>39</sup>.

---

*the International Law Commission 2004*, Vol. II, (Part One). UN. Doc. A/CN.4/SER.A/2004/Add.1 (Part 1), 2004, párr. 36.

(35) Véase: HEUPEL, Monika - ZÜRN, Michael (eds). *Protecting the Individual from International Authority. Human Rights in International Organizations*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017; VERDIRAME, Guglielmo. *The UN and Human Rights Who Guards the Guardians?*, Cambridge University Press, New York, 2011.

(36) DEFEIS, Elizabeth. "U.N. Peacekeepers and Sexual Abuse and Exploitation: An end to Impunity", *Washington University Global Studies Law Review*, Vol. 7, N° 2, 2008, p. 191.

(37) "There is a wide range of potential individual rights abuses by international organizations. The increase of UN activity in the field of peace and security provides examples of potential fundamental rights infringements that are directly attributable to the world organization". REINISCH, August. "Securing the Accountability of International Organizations", *Global Governance*, Vol. 7, N° 2, 2001, p. 132.

(38) LEWIS, Felicity. "Human Rights Abuses in U.N. Peacekeeping: Providing Redress and Punishment while Continuing Peacekeeping Missions for Humanitarian Progress", *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, Vol. 23, N° 3, 2014, pp. 597-598.

(39) ONU. SGNU. *Report of the Group of Legal Experts on ensuring the accountability of United Nations staff and experts on mission with respect to criminal acts committed in peacekeeping operations*. UN. Doc. A/60/980, 2006.

El régimen de la responsabilidad de las OI, entendido como el conjunto de reglas que regulan las consecuencias de conductas contrarias a lo prescripto, fue tema de trabajo en diferentes foros y uno de los principales resultados de este activo debate es el Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad Internacional de las OI (DARIO) completado por la Comisión de Derecho Internacional (CDI) en junio de 2011. Como derecho no codificado, el DARIO busca tender una línea de desarrollo progresivo de las normas secundarias que se refieren a las consecuencias de las infracciones de normas internacionales por parte de las OI. Así, a través del a labor realizada por la CDI y otras instituciones se fueron delineando los principios aplicables a estos supuestos.

Sobre la base de los artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, la CDI aprobó en 2011 un total de sesenta y seis artículos en los cuales especifica el alcance, la definición y los elementos de la responsabilidad de las OI por hechos internacionalmente ilícitos. Establece, así, un marco jurídico que resulta aplicable tanto a la responsabilidad internacional de una OI por un hecho internacionalmente ilícito como a la responsabilidad internacional de un Estado por un hecho internacionalmente ilícito relacionado con el comportamiento de una organización internacional.

Siguiendo los parámetros de la responsabilidad del Estado, en el Artículo 3 la CDI establece: *“Todo hecho internacionalmente ilícito de una organización internacional genera su responsabilidad internacional”*<sup>40</sup>. La constitución de un ilícito generador de responsabilidad internacional requiere de dos elementos: una acción u omisión atribuible a una OI según el DI y que esta constituya la violación de una obligación de esa organización.

El primer elemento establece que un hecho internacionalmente ilícito requiere que el comportamiento sea atribuible a la OI conforme al DI. En el DARIO se establecen cuatro reglas sobre atribución de conducta a OI: una de carácter general y tres de carácter específico. La primera, que se encuentra plasmada en el Artículo 6, se refiere a la conducta de órganos y agentes de la organización. Por su parte, los Artículos 7, 8 y 9 tratan respectivamente sobre la atribución de la conducta de un órgano estatal puesto a disposición de una OI; de una conducta *ultra vires* y de una conducta posteriormente adoptada o reconocida como propia por una OI.

El Artículo 6 del DARIO establece que el comportamiento de un órgano o de un *agente* en ejercicio de sus funciones debe ser considerado un acto de esa organización bajo el DI. Entendiendo al órgano como cualquier persona o entidad que tenga ese estatus de acuerdo con las reglas de la organización resulta sencillo encuadrar a las OMP en esta categoría, en tanto la misma Organización las reconoce como órganos subsidiarios. Por su parte, el agente es un funcionario u otra persona o entidad a quien se le encarga cumplir o ayudar a cumplir funciones de la OI. La interpretación

---

(40) Artículo 3 del DARIO.

amplia de este último término avalada por la CIJ<sup>41</sup> permite incluir a los componentes de una OMP que están realizando las funciones de la organización<sup>42</sup>.

Por su parte, de conformidad con el Artículo 7 del DARIO, el hecho de un órgano de un Estado que se pone a disposición de una organización internacional también puede atribuirse a la organización en tanto esta ejerza un *control efectivo* sobre ese comportamiento. Para la CDI este resulta ser supuesto aplicable a las fuerzas militares que los Estados miembros ponen a disposición de la ONU para el despliegue de OMP, siendo necesario, entonces, el test del *control efectivo* para determinar la atribución de los hechos ilícitos del personal desplegado.

El segundo elemento implica el incumplimiento de una obligación internacional, cualquiera fuere el origen o la naturaleza de esta<sup>43</sup>. Asimismo, la norma permite incluir la violación de toda obligación internacional de una organización con respecto a sus miembros que pueda resultar para una OI de las reglas de la organización<sup>44</sup>. El alcance de las normas de DI y las reglas de la organización delimitan los parámetros en virtud de los cuales una conducta puede o no comprometer la responsabilidad de la ONU bajo el DARIO.

El encuadre teórico conceptual de las OMP dentro de la estructura institucional de las Naciones Unidas como órganos subsidiarios que actúan en nombre y bajo el mando y control de la ONU y la particularidad de estar compuestas por contingentes nacionales puestos a disposición de la Organización por los Estados miembros abrió importantes dilemas doctrinales y jurisprudenciales respecto a la atribución de la conducta del personal desplegado.

Específicamente la disyuntiva radica en la identificación del sujeto a quién corresponde atribuir el hecho ilícito cometido por los contingentes nacionales que prestan servicios en las OMP: ¿a la ONU como entidad legal capaz de asumir responsabilidad o al Estado que proporciona las tropas implicadas en el ilícito? A este respecto, las reglas de atribución plasmadas en el DARIO y los comentarios a los artículos del proyecto no brindan una respuesta satisfactoria y jurídicamente justificada.

A estas inquietudes sobre la atribución de la conducta de las OMP se suman los cuestionamientos relativos a las inmunidades de la ONU que protegen a la Organización de cualquier demanda de responsabilidad. En este sentido, el criterio funcional que adopta el Artículo 105 de la CNU para delimitar los privilegios

---

(41) ICJ. *Reports 1949. Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations, Advisory Opinion*, p. 177.

(42) Véase: CACHOSÁNCHEZ, Yaelle. “La protección contra la explotación y abusos sexuales cometidos por personas de las Operaciones de Mantenimiento de la Paz de las Naciones Unidas”, en VALLES CAVIA, José Antonio (Ed). *Los conflictos armados contemporáneos: construcción de la paz y derechos humanos*, Ed. Los Libros de la Catarata, Madrid, 2013, pp. 103 y ss.

(43) Artículo 10.1 del DARIO.

(44) Artículo 10.2 del DARIO.



e inmunidades de la Organización y los representantes de los Estados miembros parece perder su carácter en el Artículo II de la Sección 2 de la Convención sobre Privilegios e Inmunidades de las Naciones Unidas para transformarse en una inmunidad de jurisdicción que apenas podría ceder cuando el derecho violado es una norma imperativa de derecho internacional<sup>45</sup>.

En resguardo del derecho fundamental de acceso a la justicia y con la intención de mitigar los efectos de la inmunidad extensa e impedir que se transforme en la impunidad de la Organización, el Artículo VIII Sección 29<sup>46</sup> de la Convención General obliga a las Naciones Unidas establecer medios alternativos de solución de controversias. Este sistema debe considerarse un contrapeso necesario a los amplios alcances de la inmunidad.

En el ámbito específico de las OMP, se ensayaron un conjunto de recursos a fin de que los sujetos lesionados tengan una vía disponible para exigir la responsabilidad y la reparación de los daños. Así, en el caso de los Estados anfitriones lesionados por la comisión de un hecho internacionalmente ilícito imputable a la Organización se dispone el establecimiento de un tribunal arbitral compuesto por tres árbitros

---

(45) TEDH: *Stichting Mothers of Srebrenica and Others v. The Netherlands*, Decision App. N° 65542/12, 11 June 2013: “156. The applicants argued that since their claim was based on an act of genocide for which they held the United Nations (and the Netherlands) accountable, and since the prohibition of genocide was a rule of *ius cogens*, the cloak of immunity protecting the United Nations should be removed. 157. The Court recognised the prohibition of genocide as a rule of *ius cogens* in *Jorgić v. Germany* (no. 74613/01, § 68, ECHR 2007III). In that case it found, based on the Genocide Convention, that Germany could claim jurisdiction to put the applicant on trial (*loc. cit.*, §§ 68-70). 158. However, unlike *Jorgić*, the present case does not concern criminal liability but immunity from domestic civil jurisdiction. International law does not support the position that a civil claim should override immunity from suit for the sole reason that it is based on an allegation of a particularly grave violation of a norm of international law, even a norm of *ius cogens*. In respect of the sovereign immunity of foreign States this has been clearly stated by the ICJ in *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, judgment of 3 February 2012, §§ 81-97. In the Court’s opinion this also holds true as regards the immunity enjoyed by the United Nations.” Traducción libre: “156. Los demandantes argumentaron que dado que su reclamo se basaba en un acto de genocidio por el cual responsabilizaron a las Naciones Unidas (y a los Países Bajos), y dado que la prohibición del genocidio era una regla de *ius cogens*, el manto de inmunidad que protegía a las Naciones Unidas debía ser eliminado. 157. El Tribunal reconoció la prohibición del genocidio como norma de *ius cogens* en *Jorgić c. Alemania* (núm. 74613/01, § 68, TEDH 2007-III). En ese caso concluyó, basándose en la Convención sobre Genocidio, que Alemania podía reclamar competencia para juzgar al demandante (*loc. cit.*, §§ 68-70). 158. Sin embargo, a diferencia de *Jorgić*, el presente caso no se refiere a responsabilidad penal sino a inmunidad de jurisdicción civil interna. El derecho internacional no respalda la posición de que una demanda civil deba anular la inmunidad de demanda por la única razón de que se base en una alegación de una violación particularmente grave de una norma de derecho internacional, incluso una norma de *ius cogens*. Con respecto a la inmunidad soberana de los Estados extranjeros, así lo afirmó claramente la CIJ en *Inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania contra Italia: intervención de Grecia)*, sentencia de 3 de febrero de 2012, §§ 81-97. En opinión de la Corte, esto también es válido en lo que respecta a la inmunidad de la que disfrutaban las Naciones Unidas”.

(46) Este requisito también se establece en el Acuerdo Modelo sobre el Estatuto de las Fuerzas. ONU. SGNU. *Model Status-of-Forces Agreement for Peace-keeping Operations: report of the Secretary-General*. UN. Doc. A/45/594, 1990, párr. 51-53.

cuyas decisiones son definitivas y obligatorias para las partes<sup>47</sup>. Los particulares, por su parte, cuentan con tres alternativas: *a. la creación de una comisión de reclamación* compuesta por tres miembros en la cual las dos partes, a saber las Naciones Unidas y el país anfitrión, participan en pie de igualdad<sup>48</sup>; *b. el establecimiento de una junta local de examen de reclamaciones* en la misión que, en cuanto mecanismo interno, pone en manos de las Naciones Unidas la investigación, la tramitación y la decisión final y *c. los acuerdos de liquidación mediante sumas globales* en los cuales el Estado haciendo uso del instituto de la protección diplomática, negocia directamente con la Organización una suma global en concepto de liquidación definitiva de todas las solicitudes de indemnización.

Profundizando el alcance de cada uno de los elementos que constituyen el hecho ilícito de las OMP, en el *Capítulo IV* desarrollamos el elemento subjetivo. Las reglas de atribución permiten establecer el vínculo jurídico entre sujetos internacionales y actos u omisiones concretamente perpetrados por particulares u otras entidades. Es decir, definen cuándo la acción de una persona física debe considerarse acción de la persona jurídica. En el caso de las OMP las reglas de atribución pretenden ligar la conducta indebida de un soldado a un sujeto internacional obligado a responder.

La atribución como requisito previo y necesario para determinar la responsabilidad de los sujetos de derecho internacional tiene consecuencias de largo alcance. Poder identificar de manera cierta la entidad responsable y obligada a reparar no sólo brinda seguridad jurídica sino que también permite definir los procedimientos viables para hacer efectiva dicha responsabilidad.

Con una exégesis de tipo jurídico-doctrinal que repara en las características intrínsecas que dan forma a las OMP brindamos una interpretación normativa que permite aclarar y definir el principio que regula la atribución de responsabilidad por los hechos ilícitos cometidos por las OMP. Bajo los parámetros del método dogmático el núcleo de la principal pregunta de investigación presentada en la tesis fue abordado en este Capítulo con un análisis jurídico de los criterios de atribución de la conducta que presenta la CDI. Así, damos cuenta de la relevancia de los fundamentos que sustentan la aplicación de la regla general del Artículo 6 del DARIO a la vez exponemos uno a uno los problemas argumentativos que presenta la aplicación del Artículo 7 a las OMP.

A fin de sistematizar el análisis de los criterios de atribución posibles para el supuesto de hechos ilícitos cometidos por las OMP definimos dos categorías relevantes con sustento en el DARIO de la CDI: el paradigma orgánico y el paradigma de control.

El *paradigma orgánico* plasmado en el Artículo 6 del DARIO se asienta sobre la naturaleza de los órganos y agentes y su vínculo insoslayable con la OI. Interviene

---

(47) ONU. SGNU. *Model Status-of-Forces Agreement for Peace-keeping Operations: report of the Secretary-General*. UN. Doc. A/45/594, 1990, párr. 53.

(48) *Ibidem*, párr. 51.

aquí sólo un sujeto de DI - la OI- que responde por los hechos ilícitos de los órganos a través de los cuales actúa. Así, para probar la atribución solo basta con demostrar que la OI está desempeñando sus funciones a través de dicho órgano u agente.

Siguiendo los lineamientos que hemos sostenido en los Capítulos precedentes, entendemos que el paradigma orgánico resulta de aplicación a las OMP en tanto revisten la naturaleza jurídica de órganos subsidiarios de la ONU. Así, las OMP no solo cumplen acabadamente con los requisitos sostenidos por la doctrina y por la propia CDI en su conceptualización de órganos de una OI, sino que son reconocidas y aceptadas como tales por la propia ONU.

Establecidas en base a las reglas de la organización como órganos subsidiarios de la AGNU o el CSNU, las OMP son colocadas bajo la cadena de mando de la ONU quedando adscriptas al ámbito jurídico de la Organización, en nombre y representación de la cual ejercen las funciones que le son encomendadas. Por estas razones, la regla de atribución establecida en el Artículo 6 de DARIO, basada en el estatus formal como agente o como órgano de una OI, encuentra aplicación sustancial en relación con la conducta de las OMP.

Y así lo ha sostenido de manera coherente e indeclinable la propia ONU que resulta en extremo cautelosa al definir los márgenes de actuación de las OMP y no pretende dejar lugar a dudas sobre el control que ejerce sobre el personal de mantenimiento de la paz. Su posición respecto a la atribución de la conducta de las OMP no sólo resulta adecuada a un correcto razonamiento jurídico sino que satisface los requerimientos y reivindica los principios del mantenimiento de la paz. La confianza en el despliegue, que se manifiesta a través del consentimiento del Estado anfitrión, decanta sobre el principio básico que las OMP están bajo el mando y control de las Naciones Unidas y responden a los intereses de estas y no a los de un Estado en particular. Asimismo, la imparcialidad que caracteriza a las OMP también está en relación directa con su actuar bajo la bandera *UN blue* de la ONU.

En este sentido, hemos puesto de manifiesto que las Naciones Unidas hacen derivar la responsabilidad que les compete por los hechos ilícitos de las OMP de su condición de órgano subsidiario de la Organización y no del ejercicio del control efectivo sobre la conducta. La ONU no pretende basar su responsabilidad en aspectos fácticos u operativos sino en criterios netamente jurídicos. Por lo tanto, implícitamente reconoce la aplicación del Artículo 6 del DARIO.

En síntesis, a la hora de determinar al sujeto responsable por los hechos ilícitos cometidos por las OMP resulta indispensable reparar en el estatus jurídico de las misiones. Las OMP revisten la condición de órganos subsidiarios de la ONU de conformidad con las reglas de la organización<sup>49</sup> en virtud de haber sido creadas bajo el manto de legalidad de la ONU con las facultades que ofrecen los Artículos

---

(49) Artículo 2.c del DARIO.

22 y 29 de esta. Las OMP están bajo una cadena de mando completa e ininterrumpida desde la ONU hasta el personal militar desplegado, ejercen funciones de las Naciones Unidas y actúan en nombre de estas; cuestiones insoslayables a la hora de determinar los criterios de atribución.

El *paradigma de control*, por su parte, esbozado en el Artículo 7 del DARIO regula la atribución de la conducta de los órganos de un Estado u órganos o agentes de una OI puestos a disposición de otra OI que como tales no pueden ser considerados órganos o agentes de esta última. Como requisito indispensable de este supuesto la atribución de la conducta requiere pasar por el tamiz del control efectivo. Se busca, así, romper el vínculo natural del órgano con primer sujeto de DI al cual este pertenece y establecer un nexo de responsabilidad con el segundo sujeto capaz de controlar una acción específica.

El análisis de este supuesto resulta relevante a los fines de esta tesis toda vez que según surge del comentario del Relator Especial de la CDI Giorgio Gaja, la norma del Artículo 7 del DARIO se inspira en cuestiones relativas a las OMP y define la prueba del control efectivo como criterio para determinar la atribución de la conducta de estas operaciones. Así, en una afirmación simplista que desconoce la práctica y la postura de la ONU, Gaja manifiesta que esta prueba se basa en práctica institucional y estatal, así como escritos académicos.

A lo largo de nuestro análisis quedó en evidencia que los fundamentos que presenta la CDI para justificar la aplicación del Artículo 7 del DARIO a las OMP adolecen de severas falencias. El conjunto de citas y referencias parciales y sesgadas que se presentan en el comentario a dicho artículo no logran explicar sobre cómo y/o en qué circunstancias se espera que estos factores contribuyan al control por parte del Estado que pone a disposición el órgano o inhiban el control por parte de la entidad receptora.

En particular la CDI otorga una desmedida relevancia a la autoridad disciplinaria y la jurisdicción penal que conservan los Estados aportantes de tropas y, con escasa justificación, los coloca como factores determinantes para ubicar la atribución de la conducta de las OMP bajo el test del control efectivo. Así, a los ojos de la CDI las OMP no están totalmente adscriptas a la ONU lo que hace que el Artículo 6 del DARIO sea automáticamente inaplicable a ellas.

En este punto nos resultó casi inevitable cuestionar la preeminencia de la autoridad disciplinaria y la jurisdicción penal en materia de atribución de responsabilidad. ¿Modifica en algo la condición jurídica de la OMP como órgano subsidiario de las Naciones Unidas? De ser así, ¿por qué la CDI no lo explicita? ¿Pretende, entonces, la CDI demostrar que estas atribuciones no solamente surgen de la práctica, sino que justifican apartarse de la regla de la responsabilidad de las Naciones Unidas por sus órganos subsidiarios? La respuesta no surge del comentario al Artículo 7 del DARIO. El rol y los efectos de los poderes retenidos por los Estados contribuyentes tampoco son suficientemente explicados ni adecuadamente fundamentados,

lo que hace que sea difícil juzgar que la aparente desviación de la norma general esté justificada o no.

Más complejo resulta comprender la razón por la cual la CDI al pronunciarse sobre operaciones conjuntas -sustancialmente distintas de las OMP en tanto no revisten la naturaleza jurídica de órganos subsidiarios de la ONU- las equipara a las OMP y considera la misma normativa aplicable para ambas. La CDI no explica por qué equipara las OMP de las Naciones Unidas a las operaciones conjuntas, ni aporta fundamento alguno por el cual deba negarse el carácter de órgano subsidiario de las Naciones Unidas que las OMP poseen y que, principalmente, las diferencias entre María y Mariano, el cual se de otras operaciones, en las que el criterio del control efectivo sí podría ser decisivo.

En resumen, es posible pensar que el criterio del control efectivo se justifica plenamente en casos de operaciones conjuntas, en las que una OMP de las Naciones Unidas actúa junto a diferentes fuerzas nacionales o multinacionales, o cuando se trata de una fuerza multinacional autorizada por las Naciones Unidas. Pero tratándose de una OMP de las Naciones Unidas, órgano subsidiario de la Organización, la CDI no aporta ningún fundamento razonable para apartarse de la regla general del Artículo 6.

Finalmente, en el Capítulo V abordamos el elemento objetivo del hecho internacionalmente ilícito poniendo de manifiesto el conjunto de obligaciones que recaen sobre las OMP y cuyo incumpliendo es susceptible de generar responsabilidad para la ONU.

El marco legal que encuadra a las OMP de las Naciones Unidas incluye un conjunto de normas que fijan un plexo normativo obligatorio para las OMP. En líneas generales y a los fines de esta tesis sistematizamos dichas fuentes distinguiendo entre: a. *fuentes de obligaciones generales* en donde abordamos el análisis de las obligaciones impuestas por la CNU, el Derecho Internacional Humanitario (DIH) y los Derechos Humanos (DD.HH.) y b. *fuentes de obligaciones específicas* donde ponemos de manifiesto los instrumentos jurídicos que completan el marco normativo de las OMP entre los que incluimos: el Mandato de la OMP, el Acuerdo sobre el Estatuto de las Fuerzas, el Acuerdo entre las Naciones Unidas y los Estados que aportan personal y equipo a las OMP, la Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado, el Boletín sobre medidas especiales de protección contra la explotación y abuso sexual y otras normas de conducta para el personal desplegado.

Las OMP como órganos subsidiarios del CSNU se encuentran dentro de los parámetros jurídicos establecidos en la CNU. El instrumento constitutivo de la ONU fija su propósito de mantener la paz y la seguridad internacionales en estrecha conexión con el respeto de los DD.HH. En esta concepción está inserto el sistema de las OMP cuya actividad no puede apartarse del lineamiento que define las competencias de cada uno de los órganos que componen el sistema de las Naciones Unidas.

Así, incluso las amplias facultades del CSNU dependen de su conformidad con los Propósitos y Principios de las Naciones Unidas.

Si bien originalmente había algunas dudas sobre la aplicabilidad del DIH y los DD.HH. a las OMP en tanto la ONU no es parte en los tratados internacionales que regulan ambas cuestiones, hoy la obligación de cumplir con las normas consuetudinarias de estos regímenes jurídicos es una regla general ampliamente aceptada por la doctrina y por la propia práctica de la Organización.

En materia de DIH, el compromiso de las Naciones Unidas ha evolucionado gradualmente ampliando y clarificando su perspectiva. En una primera instancia, la ONU se obligó a respetar los *principios* y el *espíritu* de los convenios internacionales generales aplicables a la conducta del personal militar. Luego, esta idea ambigua comenzó a definirse cuando la ONU aceptó llevar a cabo OMP con pleno respeto de los principios y el espíritu del DIH mencionando específicamente a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, sus Protocolos adicionales de 1977 y la Convención de La Haya sobre la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado de 1954. Finalmente, el Boletín sobre la observancia del DIH por las fuerzas de las Naciones Unidas representa el expreso reconocimiento de la aplicabilidad de los *principios y normas* del DIH a las OMP. Sin crear nuevas obligaciones sino proporcionando una presentación coherente de las normas de derecho internacional consuetudinario ya existentes, el Boletín del SGNU aclara definitivamente el alcance de la obligación de las OMP de respetar el DIH.

A fin de fundar jurídicamente las obligaciones que recaen sobre la ONU en materia de DD.HH. Mégret y Hoffmann definen tres concepciones que tomamos en la presente tesis (i) *concepción externa*, según la cual la ONU como sujeto de derecho internacional está obligado por los DD.HH. en tanto y en cuanto constituyan normas de derecho internacional consuetudinario (ii) *concepción interna* por la cual la organización está obligada por las normas de DD.HH. como resultado de la obligación de promover los DD.HH. establecida en la CNU y (iii) *concepción híbrida*, por la cual la ONU en una suerte de efecto transitivo está sujeta a los estándares de DD.HH. en la medida en que sus Estados miembros están obligados<sup>50</sup>.

Bajo esta perspectiva no es posible dudar que la aplicabilidad de los DD.HH. a las OMP resulta en un todo de acuerdo con las funciones que estas desempeñan y con el pretendido equilibrio del sistema internacional. Así, organismos como la International Law Association entienden que la toma e implementación de decisiones vinculadas al despliegue de OMP deben observar las obligaciones básicas de DD.HH. y los principios y normas aplicables del DIH. En idéntico sentido, en la *Doctrina Capstone* se menciona al derecho internacional de los DD.HH. como una

---

(50) MÉGRET, Frédéric - HOFFMANN, Florian. "The UN as a Human Rights Violator? Some Reflections on the United Nations Changing Human Rights Responsibilities", *Human Rights Quarterly*, Vol. 25, N° 2, 2003, pp. 317-318.

parte integral del marco normativo de las OMP y se coloca a la Declaración Universal de Derechos Humanos como piedra angular de los estándares internacionales de DD.HH.

Por su parte, del conjunto de instrumentos jurídicos que dan origen a obligaciones específicas a las OMP citamos en primer lugar la resolución del CSNU en la cual se establece el mandato de la misión que define el alcance y los principales lineamientos de esta. Como acto emanado del CSNU el mandato resulta vinculante para todas las partes. La violación de una obligación establecida en virtud del artículo 25 de la CNU debe ser considerada como un hecho internacionalmente ilícito pues no resulta factible catalogar una resolución del órgano ejecutivo de la ONU como un acto meramente interno.

La idea de protección de la persona humana ha delineado la evolución de los mandatos de las OMP y ha dado contenido a las obligaciones que pesan sobre estas. Desde la década de 1990 la protección de civiles se presenta como un objetivo estratégico y táctico de la ONU, entendida como “una obligación básica de las Naciones Unidas”<sup>51</sup> que “debe asumir el desafío de proteger a civiles en entornos de amenaza inminente, y actuar al respecto con dinamismo y eficacia”<sup>52</sup>. Para el Grupo los principios básicos de mantenimiento de la paz revisten destacada importancia a fin de orientar los despliegues pero aclara que estos “deben interpretarse gradualmente y con flexibilidad ante nuevas dificultades, y en ningún caso deben aducirse como excusa para no proteger a civiles ni defender la misión con firmeza”<sup>53</sup>.

En línea con las características del mandato se celebra el *Acuerdo sobre el Estatuto de las Fuerzas* y el *Acuerdo entre las Naciones Unidas y los Estados miembros que aportan personal y equipo a las OMP* los cuales constituyen un elemento fundamental del marco normativo de las OMP. En tanto el primero define la relación entre la fuerza y el Estado anfitrión delimitando los derechos y obligaciones de la ONU, el personal desplegado y el Estado anfitrión; el segundo plantea las condiciones en virtud de las cuales los recursos materiales y humanos necesarios para los despliegues son puestos a disposición de la ONU.

Estos acuerdos definen la situación jurídica de contingentes nacionales. Sustancialmente, los Estados contribuyentes de tropas transfieren a la ONU la autoridad y toma de decisiones sobre su contingente en tanto conservan algunas capacidades administrativas y en particular autoridad disciplinaria y la jurisdicción penal. El resultado de estos arreglos es que los contingentes se integran a la ONU como órgano subsidiario aun cuando conservan su identidad nacional. Resulta particularmente

---

(51) ONU. SGNU. *Identical letters dated 17 June 2015 from the Secretary-General addressed to the President of the General Assembly and the President of the Security Council*, UN. Doc. A/70/95 S/2015/446, 2015, p.11.

(52) *Ibidem*, p. 12.

(53) *Ibidem*, p. 13.

relevante destacar que ambos instrumentos reconocen la naturaleza jurídica de las OMP como órganos subsidiarios de la ONU e insisten enfáticamente en el carácter internacional de las OMP bajo la exclusiva autoridad y control de la ONU.

Finalmente, las *normas de protección contra la explotación y el abuso sexual y otras normas de conducta* terminan de cerrar el marco normativo de las OMP fijando los estándares de comportamiento requeridos para el personal de mantenimiento de la paz en las distintas aristas de su labor.

En base a lo dispuesto y por las razones expuestas estamos en condiciones de afirmar que *los hechos internacionalmente ilícitos de las OMP son atribuibles a la ONU en virtud del paradigma orgánico asentado en el Artículo 6 del DARIO*. Hemos dejado establecido que, en tanto sujeto del derecho internacional, la ONU es responsable por los actos y omisiones de sus órganos principales y subsidiarios como así también de sus agentes, incluidos sus funcionarios y personas que actúen para la Organización sobre la base de funciones conferidas por un órgano de esta.

*Las OMP de la ONU son órganos subsidiarios de la ONU establecidos según los Artículos 22 o 29 de la CNU y compuestos por el Comandante y todo el personal puesto bajo su mando por los Estados miembros. Durante el período de su asignación a la OMP, los miembros de la operación revisten el carácter de personal internacional bajo la autoridad de la ONU y están sujetos a una cadena de mando que parte del SGNU quien responde ante el CSNU. Las funciones de la OMP son exclusivamente internacionales y el personal desplegado tiene que desempeñar su labor y regular su conducta teniendo en cuenta únicamente el interés de la ONU. Así, en tanto las OMP revisten la naturaleza jurídica de órganos subsidiarios de la ONU y el personal desplegado cumple con el estatus jurídico de agentes de la Organización no es posible soslayar la conclusión que las fuerzas de mantenimiento de la paz actúan en nombre de las Naciones Unidas y sus actos son atribuibles a esta.*

Teniendo presente que las OMP constituyen una herramienta fundamental del sistema de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas, no se puede ignorar que su despliegue también ha acarreado consecuencias negativas y de gran impacto en el Estado anfitrión y en la población local. La asunción de la plena responsabilidad por parte de la ONU nos lleva directamente a cuestión de cómo debe proceder la Organización para reparar sus hechos internacionalmente ilícitos.

Nuestra tesis deja abierta la puerta al análisis de otras formas de responsabilidad posibles en el marco de las OMP. En el caso de los Estados que aportan contingentes la misma CDI reconoce que la conducta no necesariamente tiene que ser atribuida exclusivamente a un solo sujeto. Asimismo, además de implicar a la responsabilidad internacional de la ONU, un hecho internacionalmente ilícito de un miembro de una OMP puede constituir un crimen de guerra que abra el debate sobre su responsabilidad penal. Todos estos aspectos permiten percibir la complejidad y extensiones de la temática que abordamos en esta Tesis.



EL DERECHO DE LA NIÑEZ A SU VÍNCULO  
FAMILIAR EN CONTEXTOS DE VULNERABILIDAD  
DE SUS PROGENITORES \*

CHILDREN'S RIGHT TO FAMILY RELATIONSHIPS IN  
CONTEXTS OF PARENTAL VULNERABILITY

*Christian Guillermo Sommer\*\**

**Resumen:** El fallo del tribunal interamericano de derechos humanos, nuevamente plantea una situación que en Argentina se ha repetido en diversos contextos respecto al accionar de los órganos de Estado en efectuar guardas o adopciones bajo los justificativos de las situaciones de vulnerabilidad de los progenitores, pero sin las debidas autorizaciones o consentimientos plenos de estos. En décadas pasadas, el Estado argentino fue condenado en el asunto “Fornerón e hija” atento las deficiencias en el sistema judicial por el cual se gestionaron procesos de guarda y adopción sin el pleno consentimiento de sus progenitores, amparándose en situaciones de vulnerabilidad de estos, y con ello procurar dar una mejor calidad de vida a los recién nacidos. Nuevamente en un reciente fallo de 2023, el Estado argentino es responsable por prácticas similares en donde los mecanismos de protección integral de niños y adolescentes siguen teniendo marcadas deficiencias, particularmente en la diversidad normativa que rigen en las diversas provincias del país.

**Palabras-clave:** Responsabilidad Internacional - Niñez - Adopción - Interés superior del niño.

**Abstract:** The decision of the Inter-American Court of Human Rights, again raises a situation that in Argentina has been repeated in various contexts regarding the actions of State agencies in making guardianships or adoptions under the justifications of the situations of vulnerability of the parents, but without the

---

\* Trabajo recibido el 12 de marzo de 2023 y aprobado para su publicación el 9 de abril del mismo año.

\*\* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Catedrático de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Córdoba. Profesor Titular de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Miembro titular del Instituto de Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales Córdoba. Miembro Correspondiente del Instituto de Derecho Internacional Público de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

proper authorizations or full consent of these. In past decades, the Argentine State was condemned in the case of “Forneron and daughter” due to deficiencies in the judicial system by which guardianship processes were managed without the full consent of the parents, based on situations of vulnerability of these, and thus seeking to give a better quality of life to the newborns. Again in a recent ruling of 2023, the Argentine State is responsible for similar practices in which the mechanisms for the comprehensive protection of children and adolescents continue to have marked deficiencies, particularly in the diversity of regulations governing the various provinces of the country.

**Keywords:** International responsibility - Childhood - Adoption - Best interest of the child.

**Sumario:** I. Aspectos esenciales abordados en el fallo. 1. Situación fáctica. 2. Situaciones previas de irregularidades en proceso de adopción en Argentina. 3. De nuevo sobre las irregularidades estatales en el derecho a la convivencia de madre e hijos en situaciones de vulnerabilidad. 4. Lo resuelto por el Tribunal. II CIDH. Sentencia de 22 de agosto de 2023 (*Fondo, Reparaciones y Costas*).

## I. Aspectos esenciales abordados en el fallo

### 1. Situación fáctica

Como surge de los relatos de hechos de la sentencia emitida, el 30 de mayo de 2014 María (nombre ficticio de la madre gestante para resguardo de identidad) fue diagnosticada con un embarazo de 28 semanas de gestación. Para ese momento, María tenía 12 años y vivía con su madre en una situación de pobreza y violencia familiar.

María fue atendida en la maternidad pública de la ciudad de Rosario, en donde el personal la presionó para que diera en adopción a su hijo por nacer. De esta forma, el 23 de julio de 2014, María y su madre firmaron sin patrocinio letrado un escrito dirigido a la Dirección Provincial de Promoción de los Derechos de la Niñez, Adolescencia y Familia de Santa Fe en donde manifestaron entregar en guarda preadoptiva y posterior adopción al niño por nacer.

El 1 de agosto de 2014, la Defensora Provincial de Niñas, Niños y Adolescentes presentó ante el Tribunal Colegiado de Familia un escrito en donde solicitaba el inicio del procedimiento del sistema de guarda con fines de adopción<sup>1</sup>. De esta forma se inició el procedimiento caratulado “[María] s/ Medida Precautoria”. Sobre la base del escrito firmado por María y su Madre, la Jueza de turno solicitó al Registro Único Provincial de Aspirantes la Guarda con fines de Adopción (en adelante “RUAGA”)

---

(1) Suele señalarse que la institución de la adopción -partiendo de la importancia de la familia- ha sido desarrollada para solucionar el problema social de los niños en desamparo por distintas causas.

el envío urgente de los legajos de tres posibles adoptantes. El RUAGA envió los datos, sin embargo, en el expediente solo hay constancia de que se entrevistara a una sola pareja, el matrimonio López (nombre ficticio de la familia).

Ante una solicitud de la representante del matrimonio López, la Jueza del Tribunal de Familia ordenó por simple auto no motivado la entrega del recién nacido a este matrimonio, una vez que se diera el alumbramiento. El 23 de agosto de 2014 nació Mariano (nombre ficticio del niño para resguardo de identidad) en la maternidad pública. María, entró sola a sala de partos y no permitieron la presencia de su madre. Al día siguiente, Mariano fue entregado al matrimonio López. María estuvo internada tres días en la Maternidad. Durante ese tiempo sólo le permitieron las visitas de su mamá, impidiendo el ingreso de otros miembros de su familia. En el expediente judicial, las primeras actuaciones con patrocinio legal de María y su madre se dieron por primera vez hasta los meses de marzo y abril de 2015, respectivamente. Ante diferentes funcionarios judiciales, de trabajo social y de salud mental, María manifestó su voluntad de no dar en adopción a su hijo.

El 1 de octubre de 2015 la Jueza, tomando en cuenta la entrada en vigor del Nuevo Código Civil y Comercial, decidió adecuar el procedimiento de medidas precautorias declarando que el mismo versaba sobre la declaración de la situación de adoptabilidad de Mariano. Frente a esta resolución, María y su madre presentaron recursos de revocatoria y apelación que fueron rechazados. Desde el nacimiento de Mariano, su madre, María, manifestó su voluntad de conocerlo<sup>2</sup>.

El 4 de agosto de 2015, María solicitó la vinculación con su hijo. La Junta Especial de Salud Mental, en su dictamen de 18 de diciembre de 2015, subrayó la importancia del contacto entre María y Mariano. Sin embargo, no fue sino hasta el 1 de abril de 2016 que se estableció un régimen de contacto entre María y Mariano, el cual se

---

(2) A la par de los derechos de la madre, está el derecho del niño a ser conocedor de su patrimonio biológico en calidad de derecho humano fundamental. Todas las personas, incluidos los adoptados y nacidos por medio de reproducción asistida, tienen el derecho a conocer sus orígenes biológicos. Este derecho forma parte del derecho fundamental a la identidad personal, es decir, de "todo aquello que hace que cada cual sea 'uno mismo' y 'no otro'". Este derecho, implica dos aspectos o dimensiones: uno "estático" y otro "dinámico". La "dimensión estática", es constante en el tiempo y permite que las personas se diferencien externamente entre sí, no pudiendo negárseles su pasado, impidiéndoles "unir su calidad de mortal a su nacimiento, como si sus cuerpos hubiesen perdido su realidad", dejándolas solas en un espacio en blanco de su propia historia, conscientemente creada por otros. La "dimensión dinámica", es variable en el tiempo en tanto está constituida por el conjunto de atributos y características (intelectuales, morales, culturales, religiosas, políticas, profesionales, etc.) que posibilitan distinguir a un individuo de otros dentro de la sociedad. El conocimiento de los orígenes biológicos, en ese sentido, forma parte de la dimensión estática, si bien la dinámica puede estar condicionada por la primera (Cfr. GONZALES PÉREZ DE CASTRO, Maricela - DELGADO MARTÍNEZ, Ana Sophia. "Derecho del adoptado al conocimiento de sus orígenes biológicos: ¿cuáles son sus límites? Una mirada a la doctrina y jurisprudencia comparada", *Revista de Derecho UDEP*, Vol. 21 /Número especial - 2020, p. 115 y ss. (<https://revistas.udel.edu.pe>); V. ZENERE. Gisela Guillermina - BELFORTE, Eduardo Ariel. "El poder y el derecho a la verdad biológica", 2001 *Revista www.saij.jus.gov.ar*, Id SAIJ: DACF01003.

caracterizó por su rigidez y por la existencia de múltiples obstáculos, habiéndosele denegado incluso el derecho del niño a su identidad genética o biológica<sup>3</sup> por fallo de 2018. Ese derecho a la identidad trasciende los derechos al nombre, al registro del nacimiento, a la nacionalidad.

María y su madre presentaron diversos recursos en contra de las decisiones del Tribunal de Familia e incluso se plantearon recursos antes órganos superiores y la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En 2018 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos recibió una petición contra el Estado argentino por presunta violación de una serie de derechos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos por irregularidades en el proceso judicial de adopción que se tramita sobre Mariano y los derechos de la madre en cuanto a su libre consentimiento. En 2020 y 2022, la Comisión recibió las posturas de las representantes de la víctima y del Estado y su bien este último reconoció la existencia de irregularidades en el proceso, los mecanismos para re vincular a la madre con su hijo no fueron diligentes por lo que el caso se elevó ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH o Corte Interamericana) del cual derivó el presente fallo comentado.

## 2. Situaciones previas de irregularidades en proceso de adopción en Argentina

En 2012, el Estado argentino fue declarado responsable por la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró, por la violación de los derechos a la protección y a las garantías judiciales, a la protección a la familia, y por el incumplimiento de su obligación de adoptar disposiciones de derecho interno, en perjuicio de Leonardo Aníbal Javier Fornerón y de su hija M, así como a los derechos del niño en perjuicio de esta última. (*Caso Forneron e hija vs. Argentina, sentencia de 27 de abril de 2012 - fondo, reparaciones y costas*).

Recuérdese que los hechos se refirieron a diversos procesos judiciales relativos a la guarda judicial y posterior adopción de M por parte del matrimonio B-Z sin contar con el consentimiento del señor Fornerón, padre biológico de M, así como a la falta de establecimiento de un régimen de visitas a favor de aquel, y a la falta de investigación penal sobre la supuesta “venta” de la niña al matrimonio de guarda.

El 16 de junio de 2000 nació M, hija de Diana Elizabeth Enríquez y del señor Fornerón. Al día siguiente la señora Enríquez entregó su hija en guarda provisoria con fines de adopción al matrimonio B-Z, en presencia del Defensor de Pobres y

---

(3) El Comité Jurídico Interamericano de la Organización de los Estados Americanos (OEA) en su *Opinión sobre El Alcance del Derecho a la Identidad*, CJI/doc.276/07 ha expresado: “(...) El derecho a la identidad es consustancial a los atributos y a la dignidad humana. Es en consecuencia un derecho humano fundamental oponible erga omnes como expresión de un interés colectivo de la Comunidad Internacional en su Conjunto que no admite derogación ni suspensión en los casos previstos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.

Menores Suplente de la ciudad de Victoria, quien dejó constancia de ello en un acta formal. La Corte Interamericana aclaró que existen indicios de que la entrega de M al matrimonio B-Z pudo haber sido a cambio de dinero, sin embargo, el Tribunal determinó que no contaba con los elementos suficientes para llegar a una conclusión, debido, principalmente, a la falta de una investigación penal sobre los hechos.

El señor Fornerón no tuvo conocimiento del embarazo sino hasta avanzado el mismo y, una vez enterado de ello, preguntó varias veces a la señora Enríquez si él era el padre, lo cual fue negado por la madre en toda ocasión. Tras el nacimiento de M, y ante las dudas sobre el paradero de la niña y sobre su paternidad, el señor Fornerón acudió ante la Defensoría de Pobres y Menores, manifestando que deseaba, si correspondía, hacerse cargo de la niña. Por su parte, la señora Enríquez manifestó ante la Defensoría que el señor Fornerón no era el padre de la niña. Un mes después del nacimiento de M el señor Fornerón reconoció legalmente a su hija.

Por otra parte, el 1 de agosto de 2000 el matrimonio B-Z solicitó la guarda judicial de M. En el procedimiento judicial sobre la guarda, el señor Fornerón fue llamado a comparecer ante el juez, manifestó en todo momento su oposición a la guarda y requirió que la niña le fuera entregada.

La Corte Interamericana examinó las alegadas violaciones a los derechos a las garantías judiciales, a la protección judicial, a la protección a la familia y a los derechos del niño a la luz del *corpus juris internacional* de protección de los niños y niñas, el cual debe servir para definir el contenido y los alcances de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado. Asimismo, el Tribunal recordó los criterios establecidos en su jurisprudencia y, entre otras consideraciones, afirmó que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia. En este sentido, el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia. En todo caso, la separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal.

La Corte Interamericana consideró en esa oportunidad violado el derecho a un recurso efectivo dado que los recursos judiciales interpuestos por el señor Fornerón no cumplieron con dar una respuesta efectiva e idónea para proteger su derecho y el de su hija M a la protección de la familia. Además, en cuanto a este último derecho, entre otros argumentos, la Corte concluyó que el Estado no observó el requisito de legalidad de la restricción al derecho de protección de la familia, ni el requisito de excepcionalidad de la separación de padres e hijos, al no tener en cuenta el juez que otorgó la guarda judicial y posterior adopción la voluntad del señor Fornerón de cuidar y no continuar separado de su hija, ni determinó la existencia de algunas de las circunstancias excepcionales establecidas en la Convención sobre los Derechos del Niño que hubieran permitido, excepcionalmente, la separación del padre de su hija.

Asimismo, en el caso Fornerón -al igual que en el caso que estamos refiriendo- la CIDH dio particular atención al interés superior del niño, verdadera norma

consuetudinaria general internacional, atento el altísimo número de ratificaciones (196) con que cuenta la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989. Es decir, prácticamente todos los Estados del mundo con excepción de Estados Unidos se hallan vinculados por ese instrumento jurídico. Debe tenerse en cuenta que el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 expresa: “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”. La Convención refuerza la condición de principio fundamental y básico para el “interés superior del niño” en el art. 21 al expresar: “Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de *que el interés superior del niño sea la consideración primordial (...)*”, a más de contemplarlo en los artículos 9, 18 y 37<sup>4</sup>. La propia Convención Americana sobre Derechos Humanos en art. 17 ap. 4, dedicado a la Protección a la Familia dispone: “los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la *base única del interés y conveniencia de ellos*”. La mayoría de las sentencias en la materia suponen expresamente que el principio de interés superior del niño genera un “imperativo”, el cual recae no solo en el Estado y sus órganos, sino, también, obliga a todas las personas, teniendo eficacia vertical y horizontal, constituyendo un límite a la discrecionalidad en los distintos niveles societarios, incluidos los padres, la sociedad y el propio Estado.

### **3. De nuevo sobre las irregularidades estatales en el derecho a la convivencia de madre e hijos en situaciones de vulnerabilidad**

En su sentencia del 22 de agosto de 2023, la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró que el Estado argentino vulneró diversas disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Por los hechos del caso La Corte recordó que al momento de los hechos María y Mariano eran niños, por lo que en todas las decisiones debía tomarse en cuenta el interés superior de la niñez y el Estado debía de adoptar medidas de protección especial, en aplicación del artículo 19 de la Convención Americana. En particular, la Corte subrayó que las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a vivir con su familia, la cual está llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas.

---

(4) V. AGUILAR CAVALLO, G. “El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Estudios Constitucionales*, Año 6, N° 1, p. 223 y ss.; BÉCAR LABRAÑA, Emilio José. “El principio de interés superior del niño: origen, significado y principales manifestaciones en el Derecho internacional y en el Derecho interno”, *Actualidad Jurídica* N° 42, julio 2020, p. 527 y ss.

La Corte consideró que en el caso concreto las acciones, tanto del personal de maternidad como en el ámbito judicial, se encaminaron a un proceso de adoptabilidad, a pesar de que tal proceso no podía iniciarse sin el consentimiento expreso e informado de los progenitores (*posterior al nacimiento del niño*)<sup>5</sup>.

En el presente caso, no se contaba con un consentimiento libre e informado de los progenitores de Mariano, posterior a su nacimiento, para proceder con su adopción. A pesar de lo anterior, las autoridades lo entregaron al matrimonio López desde su nacimiento y han mantenido un procedimiento irregular por más de ocho años tendiente a su declaratoria de adoptabilidad.

Asimismo, la Corte constató que a pesar de que en el procedimiento interno se ordenó un proceso de vinculación entre María y su hijo, este proceso no fue implementado sino hasta 2 años después del nacimiento. Además, este proceso de vinculación ha estado marcada por la falta de flexibilidad, su realización en espacios poco propicios y la interrupción de los encuentros en varias ocasiones. Habiendo transcurrido más de 8 años desde el nacimiento de Mariano, la madre aún no había logrado la restitución de su hijo. Por consiguiente, se considera que el Estado es responsable de la violación de los artículos 11.2 y 17 en perjuicio de María, su madre y Mariano. Asimismo, al no haber tomado en cuenta el interés superior de María, quien era una niña cuando fue separada de su hijo, también se vulneró el artículo 19 en su contra.

En lo que corresponde a garantías judiciales y procesos adecuados, La Corte constató que el procedimiento llevado a cabo en el ámbito interno se desarrolló inobservando varios requisitos legales. En primer lugar, el proceso fue iniciado por una autoridad incompetente y tomó como punto de partida un documento firmado sin patrocinio letrado. Asimismo, el procedimiento obvió que en Argentina no existía la figura de la adopción prenatal ni la guarda preadoptiva de un bebé por nacer. Por otra parte, la decisión de entregar al niño al matrimonio se dio por un simple auto sin motivar. A pesar de falta de cumplimiento de requisitos legales, ninguna instancia enmendó el proceso ni dio razón a las recurrentes en los diferentes recursos presentados. Por todo lo anterior, este Tribunal concluyó que el Estado es responsable por la violación de los artículos 8.1 y 25, en relación con los artículos 1.1 y 17.1 de la Convención Americana en perjuicio de María, su madre y Mariano.

Finalmente, el tribunal regional considero que, en el caso de María, confluían distintas desventajas estructurales que impactaron en las decisiones que se tomaron en torno a su maternidad y, finalmente, en su victimización. En particular, la

---

(5) La separación de los niños de su familia debe ser el último recurso, poniendo en cabeza del Estado la obligación de implementar políticas para el fortalecimiento familiar a fin de evitarla. V. BENDEL, Yael (Coord.Gral.) *Adopción. Un análisis sobre los circuitos de restitución del derecho a vivir en una familia*, Ministerio Público Tutelar, Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires, p. 34.

Corte subrayó que era una niña, con escasos recursos económicos, embarazada y proveniente de una situación de violencia familiar.

En particular, se subrayó que María fue sometida en la maternidad a prácticas que significaron una negación de su dignidad y una violencia ejercida por el hecho de ser niña, de escasos recursos y embarazada. Ello, en primera instancia, porque se invisibilizó su voluntad de conservar a su hijo. En segundo lugar, durante su internación se mantuvo a María y a su madre en una situación de casi reclusión. De esta forma, la Corte consideró que el Estado violó los artículos 1 y 24 de la Convención Americana y el artículo 7 a) de la Convención de Belém do Pará en perjuicio de María.

#### **4. Lo resuelto por el Tribunal**

Debe tenerse en cuenta que Argentina reconoció su responsabilidad internacional por los hechos y la violación de los derechos que la Comisión Interamericana identificó como violados en su Informe de Fondo. La Corte valoró dicho reconocimiento y destacó que significó una contribución positiva al desarrollo del proceso, a la vigencia de los principios que inspiran la Convención y a la satisfacción de las necesidades de reparación de las víctimas.

##### ***La Corte determinó las siguientes medidas de reparación integral:***

A. *Restitución*: que las autoridades competentes en el ámbito judicial interno determinen la guarda y la situación jurídica de Mariano en un plazo máximo de un año y que se mantenga el proceso de vinculación entre María y Mariano, tomando en cuenta el interés superior de Mariano, su grado de desarrollo emocional y las recomendaciones técnicas que surjan durante el proceso.

B. *Rehabilitación*: se ordenó el pago de una suma a María para que cubra los gastos de atención psicológica y se ordenó al Estado brindar, si así lo solicitan, atención psicológica especializada a la madre de María y a Mariano.

C. *Obligación de investigar*: se ordenó al Estado continuar con las investigaciones para determinar si existe responsabilidad penal por parte de los funcionarios que llevaron a cabo el procedimiento que determinó la entrega de Mariano al matrimonio López. Asimismo, se ordenó analizar en el ámbito disciplinario la conducta de los funcionarios que participaron en los procedimientos administrativos y judiciales internos.

D. *Medias de satisfacción*: se ordenó la publicación de la sentencia y de su resumen, así como otorgar becas de estudio a María y a Mariano.

E. *Garantías de no repetición*: se ordenó la implementación de un programa de capacitación dirigida a operadores judiciales sobre derechos de la niñez y un programa para los funcionarios que trabajen en los servicios de maternidad con el fin de que



se capaciten sobre el tema del parto respetado, el consentimiento informado y los mecanismos internos y convencionales sobre la adopción y guarda de niños y niñas.

F. *Indemnizaciones compensatorias*: 1) pagar las sumas monetarias fijadas en la Sentencia por los conceptos relativos al daño material e inmaterial, 2) el reintegro de costas y gastos y 3) el reintegro de los gastos al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas.

Con relación a esto último, el Tribunal fija, en equidad, las sumas de USD\$ 75.000,00 (setenta y cinco mil dólares de los Estados Unidos de América) para María, USD\$50.000,00 (cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América) para Mariano y USD\$10 000 (diez mil dólares de los Estados Unidos de América) para la madre de María. En lo que hace a gastos y costas, la Corte reitera que, conforme a su jurisprudencia, las costas y gastos forman parte del concepto de reparación, toda vez que la actividad desplegada por las víctimas con el fin de obtener justicia, tanto a nivel nacional como internacional, implica erogaciones que deben ser compensadas cuando la responsabilidad internacional del Estado es declarada mediante una sentencia condenatoria. En cuanto al reembolso de las costas y gastos, la Corte decide fijar un monto razonable por la suma de USD \$10.000 (diez mil dólares de los Estados Unidos de América) que deberá repartirse de manera equitativa entre las representantes de las presuntas víctimas acreditadas en el presente proceso. Al respecto, la Corte recuerda que en 2008 la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos creó el Fondo de Asistencia Legal del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, con el “objeto [de] facilitar acceso al sistema interamericano de derechos humanos a aquellas personas que actualmente no tienen los recursos necesarios para llevar su caso al sistema”. Por ello, la Corte ordena al Estado el reintegro a dicho fondo de la cantidad USD\$1.088,95 (mil ochenta y ocho dólares con noventa y cinco céntimos) por concepto de los gastos necesarios realizados. Dicha cantidad a ser reintegrada en el plazo de seis meses, contados a partir de la notificación del Fallo. En lo que hace a la modalidad de cumplimiento de los pagos ordenados dispone que el Estado deberá efectuar el pago de las indemnizaciones ordenadas por concepto de medida de rehabilitación, beca de estudio y daños material e inmaterial y el reintegro de costas y gastos establecidos en la Sentencia, directamente a María, su madre y sus representantes. En cuanto a la indemnización ordenada a favor de Mariano, el Estado deberá depositarla en una institución argentina financiera solvente. El decisorio de la Corte expresa que declara por unanimidad al Estado argentino responsable por la violación a los derechos a la integridad personal, a la vida familiar, a la protección a la familia y a los derechos de la niñez, reconocidos por los artículos 5, 11.2, 17 y 19 en relación con el artículo 1.1, todos de la Convención Americana en perjuicio de María. Asimismo, lo declara responsable de la violación a los derechos a la vida familiar, a la protección a la familia, a la identidad y a los derechos de la niñez, reconocidos por los artículos 11.2, 17 y 19 en relación con el artículo 1.1, todos de la Convención Americana, en perjuicio de Mariano. También, lo declara responsable de la violación de los dere-

chos a la vida familiar y a la protección a la familia, garantizados por los artículos 11.2 y 17, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana en perjuicio de la madre de María en los términos de la sentencia. Además, declara al Estado argentino responsable por la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial como también por la violación al derecho a la igualdad y no discriminación. En consecuencia dispuso por unanimidad que la sentencia de la Corte es una forma de reparación por sí misma<sup>6</sup>. Además, declara la obligación del Estado de determinar la guarda y situación jurídica de Mariano en el plazo de un año; continuar con el proceso de vinculación entre María y Mariano; brindar gratuitamente y de forma inmediata tratamiento psicológico-psiquiátrico a María y Mariano; continuar y concluir las investigaciones relativas a los funcionarios intervinientes, aplicando la normativa disciplinar que pudiera caberles a los mismos de conformidad a su conducta; publicar la sentencia, adoptar medidas para crear e implementar un programa o curso obligatorio de formación de operadores judiciales, a más de un Programa de capacitación para funcionarios de servicios de maternidad; crear un protocolo de actuación para las maternidad y una cartilla sobre derechos de las madres niñas; reintegrar al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos la cantidad erogada durante la tramitación; rendir en el plazo de un año a la Corte un informe sobre las medidas adoptadas en cumplimiento de la sentencia. La Corte hace presente que supervisará el cumplimiento íntegro de la sentencia y dará por concluido el caso una vez que el Estado haya dado cumplimiento pleno a lo dispuesto en la misma.

Se trata de un fallo que cumple cabalmente con la misión asignada a la Corte Interamericana en el art. 63 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ya que garantiza a los lesionados en el goce de sus derechos y libertades conculcados, a más de haber agilizado la reparación con indemnizaciones establecidas “en equidad”.

---

(6) Ello es habitual en las sentencias de la Corte, a pesar de constituir el pronunciamiento un acto obligatorio para la Corte por su propia función, la que debe ser conforme a derecho, es decir, no brinda satisfacción sino adjudica de derechos.

**Tribunal:** Corte Interamericana de Derechos Humanos

**Asunto:** *María y otros vs. Argentina*

**Fecha:** Sentencia de 22 de agosto de 2023

(Fondo, Reparaciones y Costas)

En el caso *María y otros vs. Argentina*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte Interamericana”, “la Corte” o “el Tribunal”), integrada por los siguientes jueces y juezas<sup>\*\*</sup>:

Ricardo C. Pérez Manrique, Presidente;  
Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, Vicepresidente;  
Humberto Antonio Sierra Porto, Juez;  
Nancy Hernández López, Jueza;  
Patricia Pérez Goldberg, Jueza, y  
Rodrigo Mudrovitsch, Juez;  
presente, además, Pablo Saavedra Alessandri, Secretario<sup>\*\*\*</sup>,

de conformidad con los artículos 62.3 y 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “la Convención Americana” o “la Convención”) y con los artículos 31, 32, 62, 65 y 67 del Reglamento de la Corte (en adelante “el Reglamento” o “Reglamento de la Corte”), dicta la presente Sentencia que se estructura en el siguiente orden:

## I. INTRODUCCIÓN DE LA CAUSA Y OBJETO DE LA CONTROVERSIA

1. *El caso sometido a la Corte.* - El 25 de abril de 2022 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Comisión Interamericana” o “la Comisión”) sometió a la jurisdicción de la Corte el caso “*María*” y su hijo “*Mariano*” respecto de la República Argentina (en adelante también “el Estado” o “Argentina”). La Comisión señaló que el caso se relaciona con la alegada responsabilidad del Estado por la violación de diversos derechos en el marco del proceso administrativo y judicial de guarda y adopción del niño Mariano, en contra del propio niño, de su madre María – quien tenía 13 años al momento del nacimiento de Mariano- y de la madre de María<sup>1</sup>. Indicó que, durante todo el proceso, diversos actores estatales incumplieron con su deber de garantizar el derecho a la familia de las presuntas víctimas, el derecho a la identidad de Mariano, no adoptaron medidas oportunas para favorecer el establecimiento de un vínculo de María con su hijo y no consideraron el interés superior de ambos.

2. *Trámite ante la Comisión.* - El trámite ante la Comisión fue el siguiente:

---

<sup>\*\*</sup> La Jueza Verónica Gómez, de nacionalidad argentina, no participó en la tramitación del presente caso ni en la deliberación y firma de esta Sentencia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 19.1 y 19.2 del Reglamento de la Corte.

<sup>\*\*\*</sup> La Secretaria Adjunta, Romina I. Sijniensky, no participó en la deliberación y firma de esta Sentencia.

(1) En esta sentencia se mantendrá la utilización de los nombres ficticios de María y Mariano para referirse a dos de las presuntas víctimas. Asimismo, respecto a los demás familiares y terceros se utilizarán siglas.

- a. *Medidas cautelares.* – El 22 de octubre de 2015, las abogadas Carmen María Maidagan y Verónica Jotinsky presentaron una solicitud de medidas cautelares a favor de María, su hijo y su familia ampliada. El 12 de abril de 2016 la Comisión otorgó estas medidas, ordenando al Estado que adoptara las acciones necesarias para proteger los derechos a la integridad personal, protección a la familia e identidad del niño Mariano y de María, en particular permitir que el niño pueda mantener vínculos con su madre, así como que asegurara que los derechos de María estuviesen oportunamente representados y garantizados en todos los procesos.
- b. *Petición.* – El 11 de enero de 2018, la Comisión Interamericana recibió una petición suscrita por Araceli Margarita Díaz, Marta Nora Haubenreich, María Claudia Torres y Carmen María Maidagan (en adelante “las representantes”), en su carácter de abogadas representantes de María, su hijo Mariano y la madre de María.
- c. *Informe de Admisibilidad y Fondo.* – El 2 de septiembre de 2020, la Comisión informó a las partes la decisión de diferir el examen de admisibilidad y tratarlo junto con el fondo del asunto. El 21 de diciembre de 2021, la Comisión aprobó el Informe de Admisibilidad y Fondo No. 393/21 de conformidad con el artículo 50 de la Convención (en adelante “Informe de Fondo”) en el cual llegó a una serie de conclusiones y formuló varias recomendaciones al Estado.
- d. *Notificación al Estado.* – El Informe de Fondo fue notificado al Estado el 25 de enero de 2022. El 22 de marzo de 2022, el Estado remitió una nota a la Comisión en donde indicó que “por los derechos en ciernes y el agravamiento que impone el transcurso del tiempo” no debía solicitar prórroga alguna.

3. *Sometimiento a la Corte.* – El 25 de abril de 2022 la Comisión<sup>2</sup> decidió someter a la jurisdicción de la Corte Interamericana la totalidad de los hechos y violaciones de derechos humanos descritos en el Informe de Admisibilidad y Fondo No. 393/21, tomando en cuenta el incumplimiento por parte del Estado de las recomendaciones de este Informe, la necesidad de obtención de justicia en el caso individual y los alegados daños irreparables que el paso del tiempo ha venido provocando en las presuntas víctimas.

4. *Solicitudes de la Comisión.* – Con base en lo anterior, la Comisión solicitó a la Corte que declarara la responsabilidad internacional del Estado por la violación a los derechos establecidos en los artículos 5 (integridad personal), 8.1 (garantías judiciales), 11 .2 (no injerencia en la vida familiar), 17 (protección a la familia), 24 (igualdad ante la ley) y 25.1 (protección judicial) de la Convención, en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 y 19 (derechos de la niñez) del mismo instrumento, así como el derecho a vivir una vida libre de violencia, contemplado por el artículo 7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la mujer (en adelante también “Convención de Belém do Pará”) en perjuicio de María. Asimismo, solicitó que se declare al Estado responsable por la violación a los artículos 8.1 (garantías judiciales), 17 (protección a la familia), 11.2 (no injerencia en la vida familiar) y 25.1 (protección judicial), de la Convención Americana en relación con el artículo 1.1 del mismo texto en perjuicio de la madre

---

(2) La Comisión designó a la Comisionada Julissa Mantilla Falcón como su delegada ante esta Corte. Asimismo, designó como asesora y asesores legales a la entonces Secretaria Ejecutiva Adjunta Marisol Blanchard Vera, Jorge Humberto Meza Flores, entonces especialista de la Secretaría Ejecutiva e Ignacio Bollier, especialista de la Secretaría Ejecutiva.

de María. Finalmente, solicitó que se declare la responsabilidad estatal por la violación de los derechos consagrados en los artículos 8.1 (garantías judiciales), 17 (protección a la familia), 25.1 (protección judicial) de la Convención Americana en relación con sus artículos 19 (derechos de la niñez) y 1.1 del mismo instrumento en perjuicio de Mariano. Asimismo, la Comisión solicitó a la Corte que ordenara al Estado medidas de reparación, las cuales se detallan y analizan en el Capítulo VIII de la presente Sentencia.

## II. PROCEDIMIENTO ANTE LA CORTE

5. *Notificación al Estado y a los representantes.* - El sometimiento del caso fue notificado al Estado y a las representantes de las presuntas víctimas<sup>3</sup> el 8 de junio de 2022.

6. *Escritos de solicitudes, argumentos y pruebas.* - Las representantes presentaron su escrito de solicitudes, argumentos y pruebas (en adelante “escrito de solicitudes y argumentos”) el 7 de agosto de 2022 en el que coincidieron con el contenido del Informe de Fondo y solicitaron medidas de reparación adicionales a las requeridas por la Comisión.

7. *Escrito de contestación*<sup>4</sup>. - El 16 de septiembre de 2022 el Estado presentó ante la Corte su escrito de contestación al sometimiento del caso por parte de la Comisión, así como sus observaciones a los escritos de solicitudes y argumentos (en adelante “escrito de contestación” o “contestación”). En dicho escrito, el Estado reconoció su responsabilidad por las violaciones de derechos determinadas en el Informe de Fondo de la Comisión. En el presente caso, el mero transcurso del tiempo podía llegar a agravar la situación de las presuntas víctimas, por lo que resultaba urgente su pronta resolución. De esta forma, siguiendo instrucciones del Presidente de la Corte, se difirieron las observaciones al reconocimiento de responsabilidad realizado por el Estado a los alegatos y observaciones finales presentados durante la audiencia pública.

8. *Fondo de Asistencia Legal de Víctimas.* - Mediante nota de la Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 8 de septiembre de 2022 y siguiendo instrucciones de la Presidencia del Tribunal, se declaró precedente la solicitud de las representantes a favor de las presuntas víctimas para acogerse al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas (en adelante también “Fondo de Asistencia Legal”).

9. *Audiencia Pública.* - Mediante Resolución de 21 de septiembre de 2022, la Presidencia de la Corte convocó a las partes y a la Comisión a una audiencia pública sobre el recono-

---

(3) Las representantes de las presuntas víctimas en el presente caso fueron Araceli Margarita Díaz, María Claudia Torrens, Marta Nora Haubenreich y Carmen María Maidagan.

(4) El Estado designó como Agentes a Alberto Javier Salgado, Director de Contencioso Internacional en Materia de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto; Julia Loreto, Asesora Legal de la Dirección Contencioso Internacional en Materia de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto; Andrea Pochak, Subsecretaria de Protección y Enlace Internacional del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación; Gabriela Kletzel, Directora Nacional de Asuntos Jurídicos Internacionales en materia de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación y Rodrigo Robles Tristán, Asesor Legal de la Dirección Nacional de Asuntos Jurídicos Internacionales en materia de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Posteriormente, el 15 de mayo de 2022, el Estado informó del cese de Andrea Pochak como agente alterna en el presente caso.

cimiento de responsabilidad, fondo y las eventuales reparaciones y costas<sup>5</sup>. La audiencia pública se llevó a cabo el 19 de octubre de 2022 en el marco del 153° Período Ordinario de Sesiones en Colonia, Uruguay<sup>6</sup>. En el curso de la audiencia se recibieron las declaraciones de dos presuntas víctimas, asimismo los Jueces y Juezas de la Corte solicitaron cierta información y explicaciones a las partes y a la Comisión.

10. *Amici Curiae*. – El Tribunal recibió seis escritos en calidad de *amicus curiae* presentados por a) el Instituto Interamericano del Niño, Niña y Adolescente (IIN)<sup>7</sup>; b) el Instituto de Estudio e Investigación de Niños, Niñas y Adolescentes en el marco de la Asociación Civil sin fines de lucro Red Latinoamericana de Estudio e Investigación de Derechos Humanos y Humanitarios – Capítulo Argentina<sup>8</sup>; c) la Línea de Paz y Justicia Transicional de la Clínica Jurídica de Interés Público y Derechos Humanos de la Universidad de La Sabana<sup>9</sup>; d) la Fundación Sur Argentina<sup>10</sup>; e) el Centro de Estudios en Derechos Humanos y el Observatorio de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, ambos de la Facultad de Derecho de la

---

(5) Cfr. *Caso María y otros Vs. Argentina*. Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 21 de septiembre 2022. Disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/maria\\_y\\_otro\\_21\\_09\\_22.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/maria_y_otro_21_09_22.pdf).

(6) A esta audiencia comparecieron: a) por la Comisión Interamericana: Erick Acuña Pereda, Ignacio Bollier y Karin Mansel, asesores; b) por las representantes de las presuntas víctimas Araceli Margarita Díaz, María Claudia Torrens, Marta Nora Haubenreich y Carmen María Maidagan; y c) por el Estado de Argentina: Julia Loretto, abogada de la Dirección de Contencioso Internacional en Materia de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto, Horacio Pietragalla Corti, Secretario de Derechos Humanos de la Nación, Lucía Puyol, Secretaria de Derechos Humanos de la Provincia y Fabricio Trossero, Director General de Promoción y Protección de Derechos Humanos de la Secretaría de Derechos Humanos de la Provincia.

(7) El escrito fue firmado por Víctor Giorgi, Director General. Versa sobre el derecho a vivir en familia, el paradigma de protección integral y de la concepción de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos, el interés superior del niño o niña, el derecho a ser oído y a expresarse. Aborda además los deberes del Estado respecto a la protección del entorno familiar. Explica que la separación del niño, niña o adolescente de su familia debe ser considerada como medida de último recurso.

(8) El escrito fue firmado por Juan Carlos Storniolo, Abogado Director, Alicia Carolina Arias, Secretaria Ejecutiva Académica y Norma Aparicio, miembro permanente. Versa sobre los derechos de la Niñez y la Familia en el Sistema Interamericano, así como en el derecho interno al momento de los hechos. Analiza también las violaciones concretas alegadas en el presente caso. Asimismo, incluyó datos estadísticos sobre la maternidad en adolescentes.

(9) El escrito fue firmado por Julián Ricardo Murcia Rodríguez, Eliza María Hernández Mora, estudiantes integrantes de la Clínica Jurídica y por Cindy Vanessa Espitia Mucia, coordinadora de la Línea de Paz y Justicia Transicional. Versa sobre el principio de no separación y las obligaciones del Estado en materia de reunificación familiar.

(10) El escrito fue firmado por Laura Musa, directora ejecutiva y secretaria; Analia Aedo y Sabrina Donadio, abogadas. Versa sobre las obligaciones del Estado en materia de protección especial a la familia, el acceso a la justicia en tiempo razonable, el respeto al debido proceso en las adopciones, el derecho del niño a ser oído y el interés superior del niño.

Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires<sup>11</sup> y f) la Clínica Jurídica de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina<sup>12</sup>.

11. *Alegatos y observaciones finales escritos.* - El 17 de diciembre de 2022, las representantes presentaron sus alegatos finales escritos. El 19 de diciembre de 2022, el Estado y la Comisión presentaron, respectivamente, sus alegatos y observaciones finales escritos. Junto con su escrito, las representantes presentaron cinco anexos. De la misma manera, el Estado acompañó sus alegatos de un anexo.

12. *Observaciones a los anexos a los alegatos finales escritos.* - El 13 de enero de 2023, la Comisión Interamericana presentó sus observaciones a los anexos remitidos por las representantes y el Estado junto con sus alegatos finales. No se recibieron observaciones por parte de las representantes o del Estado.

13. *Información superviniente presentada por el Estado.* - El 10 de abril de 2023, el Estado remitió un escrito dando cuenta de las acciones de acompañamiento que la Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Gobierno, Justicia y Derechos Humanos de la Provincia desarrolló a favor de María. Las representantes y la Comisión presentaron sus observaciones a este escrito el 20 de abril de 2023.

14. *Erogaciones en aplicación del Fondo de Asistencia.* - El 6 de junio de 2023 la Secretaría, siguiendo instrucciones del Presidente de la Corte, remitió información al Estado sobre las erogaciones efectuadas en aplicación del Fondo de Asistencia Legal de Víctimas en el presente caso y, según lo dispuesto en el artículo 5 del Reglamento de la Corte sobre el Funcionamiento del referido Fondo, le otorgó un plazo para presentar las observaciones que estimara pertinentes. El Estado no presentó observaciones.

15. *Deliberación del presente caso.* - La Corte deliberó la presente Sentencia los días 12 y 13 de junio de 2023 durante el 159° Periodo Ordinario de Sesiones y el 22 de agosto de 2023 en el marco del 160° Periodo Ordinario de Sesiones.

### III. COMPETENCIA

16. La Corte Interamericana es competente para conocer del presente caso, en los términos del artículo 62.3 de la Convención Americana, debido a que Argentina ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos el 5 de septiembre de 1984 y reconoció la competencia contenciosa de la Corte en esa misma fecha. Asimismo, Argentina depositó el instrumento de ratificación de la Convención de Belém do Pará el 5 de julio de 1996.

---

(11) El escrito fue firmado por Laura María Giosa, directora del Centro de Estudios en Derechos Humanos, María Martina Salituri Amezcua, Coordinadora General del Observatorio de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, Carolina Alejandra Videtta y Sabrina Anabel Silva, investigadoras del Observatorio. Versa sobre los estándares internacionales sobre protección de derechos humanos de niños, niñas y adolescentes, el derecho a vivir en familia de las presuntas víctimas de acuerdo con el derecho interno, la regulación de la adopción en el derecho argentino y el acceso a la justicia de niños, niñas y adolescentes en Argentina.

(12) El escrito fue firmado por Francisco Christensen, Maité Leonhardt y Lucas Hotton. Versa sobre los estándares nacionales e internacionales sobre la protección integral de la familia biológica, el consentimiento y la primacía de la familia biológica.

#### IV. RECONOCIMIENTO DE RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL

##### *A. Reconocimiento de responsabilidad del Estado y observaciones de la Comisión y de las representantes*

17. El *Estado* indicó en su contestación que “comparte las conclusiones de la [...] Comisión y, en consecuencia, reconoce su responsabilidad por las violaciones [...] determinadas en su Informe de Admisibilidad y Fondo”. Respecto a las medidas de reparación, consideró que las reparaciones pecuniarias y los montos en materia de costas y gastos, debían establecerse sobre la base del criterio de equidad. En particular, sobre las medidas de no repetición, indicó que el Estado ya ha ido implementado un marco normativo e institucional en materia de políticas públicas destinadas a la niñez y adolescencia. Asimismo, informó de medidas tomadas por la Secretaría de Derechos Humanos de la Provincia en favor de las presuntas víctimas.

18. La *Comisión*, en sus observaciones finales escritas, valoró positivamente el reconocimiento de responsabilidad hecho por el Estado. Sin embargo, indicó que, a un año de la aprobación y notificación del Informe de Fondo, el Estado no había cumplido todavía con la principal recomendación allí contenida consistente en adoptar de la manera más expedita posible una solución definitiva al proceso judicial donde se discute la situación de adoptabilidad del niño Mariano.

19. Las *representantes*, en sus alegatos finales escritos, destacaron el reconocimiento por parte del Estado. Sobre las medidas de reparación, subrayaron que subsisten carencias en la institucionalidad en relación con los derechos de niñas, niños y adolescentes. Argumentaron que, el caso se originó por la entrega de un niño en contra de la legislación vigente por parte del Poder Judicial de la Provincia, por lo que nunca existió un proceso de adopción. Por consiguiente, consideran que debe ordenarse la restitución del niño a su madre.

##### *B. Consideraciones de la Corte*

###### B.1. En cuanto a los hechos

20. En este caso Argentina reconoció expresamente los hechos presentados en el Informe de Fondo que sirven de fundamento a las violaciones alegadas tanto por la Comisión como por las representantes. En consecuencia, la Corte considera que no persiste controversia alguna sobre el marco fáctico del presente caso.

###### B.2. En cuanto a las pretensiones de derecho

21. La Corte nota que el Estado comparte las conclusiones de la Comisión en su Informe de Fondo, por lo que se considera que se allanó a aquellas pretensiones que constan en él. En este sentido, el reconocimiento de responsabilidad abarca de forma expresa todas las violaciones a la Convención Americana y a la Convención de Belém do Pará a las que se refirió la Comisión. Por lo anterior, la Corte considera que ha cesado la controversia respecto de la totalidad de violaciones alegadas, a saber, las violaciones a los derechos a la integridad personal, a las garantías judiciales, a la vida familiar, protección a la familia, igualdad y protección judicial, consagrados en los artículos 5, 8.1, 17, 11, 24 y 25 de la Convención Americana, en relación con sus artículos 19 y 1.1 y en cuanto a derecho a vivir libre de violencia establecido en el artículo 7 de la Convención Belem Do Pará en perjuicio de María; a los derechos a las garantías judiciales, a la protección judicial, a la protección a la



familia y a no sufrir injerencias arbitrarias o abusivas en su vida familiar consagrados en los artículos 8.1, 25, 17 y 11.2 de la Convención Americana en relación con el artículo 1.1 del mismo texto en perjuicio de la madre de María; a los derechos a las garantías judiciales, a la protección judicial y a la protección a la familia consagrados en los artículos 8.1, 25 y 17 de la Convención Americana en relación con sus artículos 19 y 1.1 en perjuicio de Mariano.

### B.3. En cuanto a las eventuales medidas de reparación

22. En este caso no persiste controversia sobre la necesidad de otorgar medidas de reparación. Sin embargo, le corresponde a la Corte decidir las medidas específicas que deben ser adoptadas y su alcance. El Estado indicó que las indemnizaciones deberían establecerse sobre “la base del criterio de equidad”. Asimismo, posterior a la audiencia pública, informó de la entrega de una vivienda y de un estipendio mensual a María. Respecto de las medidas de no repetición, subsiste la controversia ya que el Estado alegó que se han tomado medidas institucionales para contribuir al fortalecimiento de las instituciones de protección de la niñez, como la constitución del Área Federal de Fortalecimiento del Sistema de Protección de Derechos de Niñas, Niños y adolescentes, la creación del Plan Nacional de Prevención del Embarazo no Intencional en la Adolescencia, la existencia del Programa de Protección de Derechos, la implementación del Programa Nacional de Educación Sexual Integral (PNESI) y el Programa PatrocinAR sobre el acceso a la justicia de niños, niñas y adolescentes que fueron víctimas de abuso sexual, así como la adopción del Plan Nacional de Capacitación en Niñez, Adolescencia y Familia, entre otros (*infra*, párrs. 197 y 198). Sobre este punto, las representantes alegaron que subsiste una carencia de herramientas internas ante los incumplimientos de las normas. Asimismo, subsiste la controversia respecto a la medida solicitada por la Comisión de “adoptar de la manera más expedita posible una solución definitiva al proceso judicial en el cual se debate la situación de adoptabilidad del niño Mariano”. En efecto, las representantes alegaron que “nunca existió guarda o proceso de adopción, por ello ent[rienden] que la Comisión confunde al solicitar que se resuelva el proceso de adoptabilidad de Mariano, sin considerar la restitución del niño, porque no existe abierto en la Argentina proceso de adopción”. De esta forma, consideraron que “la única y verdadera reparación [...] es la restitución de Mariano a su madre y familia”.

### B.4. Valoración del alcance del reconocimiento de responsabilidad

23. La Corte valora el reconocimiento de responsabilidad hecho por el Estado, el cual constituye una contribución positiva al desarrollo de este proceso, a la vigencia de los principios que inspiran la Convención y a la satisfacción de las necesidades de reparación de las víctimas de violaciones de derechos humanos. El reconocimiento de responsabilidad internacional produce plenos efectos jurídicos de acuerdo con los artículos 62 y 64 del Reglamento y tiene un alto valor simbólico en relación con la no repetición de hechos similares.

24. Ahora bien, de conformidad con los artículos 62 y 64 del Reglamento, en ejercicio de sus poderes de tutela judicial internacional de derechos humanos y por tratarse de una cuestión de orden público internacional que trasciende la voluntad de las partes, corresponde a este Tribunal velar porque los actos de allanamiento sean aceptables para los fines que busca cumplir el Sistema Interamericano. En esta tarea, la Corte no se limita a constatar o tomar nota del reconocimiento efectuado por el Estado, o a verificar las condiciones formales de los mencionados actos, sino que los debe confrontar con la naturaleza y gravedad de las violaciones alegadas, las exigencias e interés de la justicia, las circunstancias particulares del caso concreto y la posición de las partes, de manera que pueda precisar, en cuanto sea

posible y en el ejercicio de su competencia, la verdad de lo acontecido<sup>13</sup>. Por esa razón, la Corte estima necesario dictar una sentencia en la cual se determinen los hechos ocurridos, de acuerdo con el reconocimiento de responsabilidad internacional hecho por el Estado y teniendo en cuenta la prueba recabada. Ello contribuye a la reparación de las víctimas, a evitar que se repitan hechos similares y a satisfacer, en suma, los fines de la jurisdicción interamericana<sup>14</sup>.

25. Debido a la conexidad entre los derechos cuya violación es alegada en el presente caso, la Corte analizará los alcances de la responsabilidad internacional del Estado por la violación a los derechos a la integridad personal, a la vida familiar, a la protección a la familia, derechos de la niñez y a la igualdad consagrados por los artículos 5, 17, 11, 19 y 24 de la Convención Americana en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento. Asimismo, analizará los alcances de la responsabilidad estatal por la violación a los derechos a las garantías judiciales y la protección judicial, consagrados por los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento y la afectación al derecho a la igualdad y a la no discriminación en relación con el derecho a vivir libre de violencia, consagrados en los artículos 1 y 24 de la Convención Americana y 7 de la Convención Belén do Pará. Finalmente, considera necesario pronunciarse sobre las reparaciones que correspondan.

## V. PRUEBA

### A. Admisibilidad de la prueba documental

26. La Corte recibió diversos documentos presentados como prueba por la Comisión y las partes junto con sus escritos principales (*supra*, párrs. 1, 6 y 7), los cuales, como en otros casos, se admiten en el entendido de que fueron presentados en la debida oportunidad procesal (artículo 57 del Reglamento)<sup>15</sup> y su admisibilidad no fue controvertida ni objetada, y cuya autenticidad no fue puesta en duda.

27. Las *representantes* presentaron junto con sus alegatos finales copia de la resolución de la Corte Suprema de Justicia de 27 de septiembre de 2022 que denegó la concesión del recurso extraordinario interpuesto por María ante la Corte Suprema de la Nación, copia del dictamen de la Defensora General de la Nación de 29 de septiembre de 2022 en el marco del

---

(13) Cfr. *Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213, párr. 17, y *Caso Brítez Arce y otros Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 16 de noviembre de 2022. Serie C No. 474, párr. 22.

(14) Cfr. *Caso Tiu Tojin Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C No. 190, párr. 26, y *Caso Tabares Toro y otros Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de mayo de 2023. Serie C No. 491, párr. 32.

(15) La prueba documental puede ser presentada, en general y de conformidad con el artículo 57.2 del Reglamento, junto con los escritos de sometimiento del caso, de solicitudes y argumentos o de contestación, según corresponda, y no es admisible la prueba remitida fuera de esas oportunidades procesales, salvo en las excepciones establecidas en el referido artículo 57.2 del Reglamento (a saber, fuerza mayor, impedimento grave) o salvo si se tratara de un hecho superviniente, es decir, ocurrido con posterioridad a los citados momentos procesales. Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 140, y *Caso Tabares Toro y otros Vs. Colombia, supra*, párr. 33.

proceso de medidas precautorias en representación de Mariano, copia del expediente de filiación, copia del certificado de nacimiento de Mariano y copia del expediente del recurso de queja presentado ante la Corte Suprema de Justicia. Por su parte, el *Estado* presentó en anexo a sus alegatos finales un informe de la Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Gobierno, Justicia y Derechos Humanos de la Provincia.

28. Por escrito de 13 de enero de 2023, la *Comisión* presentó sus observaciones a los documentos presentados en donde no se opuso a su incorporación al acervo probatorio. Las representantes y el Estado no remitieron observaciones a los anexos presentados.

29. La *Corte* recuerda que, en lo que se refiere a la oportunidad procesal para la presentación de prueba documental, de conformidad con el artículo 57.1 del Reglamento, esta debe ser presentada, en general, junto con los escritos de sometimiento del caso, de solicitudes y argumentos o de contestación, según corresponda. Sin embargo, durante la audiencia pública los Jueces y las Juezas solicitaron a las partes presentar información sobre el proceso de filiación, la identificación del registro civil de Mariano y el estado actual de los diferentes recursos presentados. De esta forma, la Corte constata que los documentos anexados por las representantes en sus alegatos finales fueron remitidos en atención a los requerimientos efectuados por los Jueces y Juezas durante la audiencia pública, con fundamento en el artículo 58.b del Reglamento. De esta forma, y considerando que su admisibilidad no fue controvertida ni objetada, dichos documentos son admitidos.

30. En cuanto al documento presentado por el Estado en anexo, se trata de un informe por parte de la Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Gobierno, Justicia y Derechos Humanos de la Provincia, de fecha 19 de diciembre de 2022, con posterioridad a la presentación de los escritos principales. Además, esta Corte lo considera útil ya que complementa los alegatos finales presentados por el Estado. En vista de lo anterior, este documento resulta admisible en los términos del artículo 57.2 del Reglamento.

### ***B. Admisibilidad de la prueba testimonial y pericial***

31. La Corte estima pertinente admitir las declaraciones rendidas en audiencia<sup>16</sup>, así como las declaraciones rendidas ante fedatario público<sup>17</sup> en cuanto se ajustan al objeto definido por la Presidencia en la Resolución que ordenó recibirlas (*supra*, párr. 9).

## **VI. HECHOS**

32. En este capítulo, la Corte establecerá los hechos del caso con base en el reconocimiento de responsabilidad internacional del Estado, el marco fáctico sometido a su conocimiento por la Comisión Interamericana, la prueba que obra en el expediente y los alegatos de las partes, en relación con los siguientes aspectos: (A) El embarazo de María y su atención en una maternidad pública; (B) La judicialización del caso bajo la forma de un proceso sobre

---

(16) La Corte recibió en audiencia pública las declaraciones de las presuntas víctimas María y de su madre L.A.

(17) La Corte recibió las declaraciones ante fedatario público de los testigos D.M.A., F.A., Alejandra Isabel Verdondoni, Gloria Eva Liñan y Silvia Beatriz Bigón. Recibió también los peritajes de Marisa Herrera, Miguel Cillero Bruñol y Emilio García Méndez, propuestos por las representantes y de Mónica González Contró propuesto por la Comisión.

medida cautelar; (C) El nacimiento de Mariano y su entrega al matrimonio López; (D) Del inicio de la participación de María y su madre en el proceso y la conversión de éste en proceso de declaración de adoptabilidad; (E) Recursos presentados ante instancias superiores; (F) De la vinculación entre María y su hijo Mariano; (G) El proceso de determinación de paternidad de Mariano y (H) Marco normativo relevante.

#### *A. El embarazo de María y su atención en una maternidad pública*

33. María nació el 20 de junio de 2001<sup>18</sup>. Al momento de los hechos vivía con su madre y dos hermanos, uno mayor y otro menor. La familia vivía en situación de pobreza y la madre se estaba separando de su pareja sentimental, aduciendo problemas de violencia<sup>19</sup>. El 30 de mayo de 2014 María, con 12 años de edad, se presentó junto con su madre y su tía en la guardia de Obstetricia de una maternidad pública. En este centro médico, luego de la realización de exámenes, dictaminaron que María cursaba un embarazo de 28 semanas de gestación. La madre de María indicó que, antes de concurrir a la Maternidad, se habían presentado en el centro de salud de su ciudad de domicilio, pero que el pediatra de referencia le manifestó que la interrupción de los periodos menstruales era común para la edad de su hija<sup>20</sup>.

34. Ante el diagnóstico médico de María, se iniciaron tareas en conjunto con los Servicios de Salud Mental y Trabajo Social de la maternidad para poder conocer la identidad del padre y las circunstancias en que se dio el embarazo<sup>21</sup>. En el Informe del equipo interdisciplinario de la maternidad de 2 de julio de 2014, se indicó que aparecían “diversas posturas tanto en la niña como en su madre y la tía materna en referencia a los cuidados, responsabilidades y/o posible guarda de ese bebé”<sup>22</sup>. En entrevistas psicológicas realizadas posteriormente a María, la niña afirmó que las personas que la atendieron en la Maternidad nunca le preguntaron lo que quería hacer, sino que insistían que dar en adopción al bebé era la mejor

---

(18) *Cfr.* Formulario de petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, apartado de datos de las presuntas víctimas (expediente de prueba, folio 303).

(19) *Cfr.* Informe a la Dirección de Protección de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes y familia sobre la situación personal y familiar de la niña María y del niño por nacer de 2 de julio de 2014 firmado por la Jefa de Servicio de Salud Mental de la Maternidad y una trabajadora social (expediente de prueba, folios 74 y 75).

(20) *Cfr.* Informe a la Dirección de Protección de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes y familia sobre la situación personal y familiar de la niña María y del niño por nacer de 2 de julio de 2014 firmado por la Jefa de Servicio de Salud Mental de la Maternidad y una trabajadora social (expediente de prueba, folios 74 y 75).

(21) Esta Corte no cuenta con información sobre si se realizó algún tipo de investigación administrativa o penal respecto a las circunstancias del embarazo de María. De la misma manera, este hecho no formó parte del marco fáctico presentado por el Informe de Fondo de la Comisión, por lo que esta Corte no entrará a examinar las eventuales responsabilidades por la falta de investigación frente a una posible situación de abuso sexual de una niña.

(22) Informe a la Dirección de Protección de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes y familia sobre la situación personal y familiar de la niña María y del niño por nacer de 2 de julio de 2014 firmado por la Jefa de Servicio de Salud Mental de la Maternidad y una trabajadora social (expediente de prueba, folio 7078).

opción, y que le llegaron a decir “que si ella se quedaba con su hijito, nadie la iba a querer después para formar una familia”<sup>23</sup>.

35. En la Maternidad, al momento de los hechos, existía un protocolo de atención cuando “la madre biológica y el padre – si se presenta- manifiestan que deciden entregar a su hijo en adopción o plantean que no se harán cargo del bebé”. De acuerdo con este protocolo si durante la internación o de forma previa, la madre manifiesta su decisión de dar a su recién nacido en guarda preadoptiva, “el personal actuante a quién se lo manifieste, debe dejar constancia de ello en la historia clínica de la madre y del bebé- Inmediatamente dar aviso al Servicio de Trabajo Social, y no emitir juicio de valores al respecto, debiendo respetarse siempre la voluntad de la madre biológica”. Sin que resulte claro cómo se determinaba quienes ostentarían la guarda preadoptiva, el protocolo establecía la posibilidad de entregar al bebé a estas personas si la madre biológica así lo decidía o si lo ordenaba el Tribunal Colegiado de Familia y/o la Dirección Provincial de Niñez, Adolescencia y Familia<sup>24</sup>.

36. El 11 de julio de 2014, por medio de oficio firmado por la Jefa de Servicio de Salud Mental de la Maternidad y una trabajadora social, se informó al equipo dispositivo de admisión de la Dirección de Protección de los Derechos de los Niños, Niñas, Adolescentes y Familia que “a partir del trabajo asistencial que se viene llevando adelante desde la Maternidad [...], la niña manifiesta su intención de dar en guarda preadoptiva con fines de adopción al bebé por nacer. Cabe señalar que la madre de la paciente menor de edad acuerda con las manifestaciones de su hija. Es por ello que solicitamos se programe a la brevedad día y hora de entrevista para ambas, donde se pueda formalizar dicha intención”<sup>25</sup>. Las representantes indicaron que, en esos momentos, la situación familiar era de gran vulnerabilidad, puesto que la madre de María había iniciado un proceso de exclusión de su pareja y padre de María por violencia familiar<sup>26</sup>.

---

(23) Escrito presentado por la representante de María el 4 de agosto de 2015 en el marco del expediente “María” S/Medida Precautoria en donde se adjunta Informe psicológico de la Psicóloga G.L. de 20 de mayo de 2015 (expediente de prueba, folio 7198). Lo anterior es corroborado por la madre de María quien, en escrito presentado ante el Tribunal de Familia el 6 de abril de 2015, expresó que “[d]esde el momento en que tomamos conocimiento que [María] estaba embarazada todo el personal de salud, como desde la Defensoría del Niño, dejando en claro que no pongo en dudas su buena voluntad, sugirieron que lo mejor era dar el niño en adopción por el supuesto origen del mismo y por la corta edad de [María] quien también es una niña” (escrito presentado por la representante legal de la madre de María ante el Tribunal Colegiado de Familia el 6 de abril de 2015, expediente de prueba folio 7181).

(24) *Cfr.* Disposición No. 053/2013 del 28 de noviembre de 2013 firmada por el Director de la Maternidad (expediente de prueba, folios 8098 y 8099).

(25) Comunicación de 11 de Julio de 2014 de la Jefa de Servicio Salud Mental de la Maternidad y de una trabajadora social dirigido al equipo dispositivo de admisión de la Dirección de Protección de los Derechos de Niños, Niñas, Adolescentes y Familia (expediente de prueba, folio 521).

(26) En efecto, en el Informe del equipo multidisciplinario de la Maternidad de 2 de julio de 2014 se indicó que la madre de María había aludido a que tenía con su expareja “problemas de violencia familiar (maltrato hacia ella y sus dos hijos mayores) que se corroboran con denuncias y prohibición de acercamiento judiciales” (expediente de prueba, folio 7079). Posteriormente, en el marco de la visita y entrevista domiciliaria realizada por dos trabajadoras sociales de la Maternidad, se indicó que “ante la pregunta sobre cómo se sienten en estos momentos, rápidamente la madre de [María] relató conflictos de convivencia con su ex pareja [D.P.], quien fuera excluido por violencia familiar”

37. El 23 de julio de 2014, María y su madre firmaron sin patrocinio letrado un escrito dirigido a la Dirección Provincial de Promoción de los derechos de la Niñez, Adolescencia y Familia. En el escrito María indicó que manifestaba “libre y voluntariamente, con pleno acuerdo de mi madre, de entregar en Guarda Preadoptiva y posterior Adopción, a mi bebé por nacer, a las personas idóneas y previamente acreditadas para tal fin, según el Registro único provincial de Aspirantes a Guarda con fines Adoptivos”<sup>27</sup>. El escrito fue recibido en la Dirección Provincial el 25 de julio de 2014 por lo que se dio inicio al expediente 2-0287-2014. El escrito también fue enviado al Registro Único Provincial de Aspirantes a Guarda con fines de Adopción (en adelante “RUAGA”).

### ***B. La judicialización del caso bajo la forma de un proceso sobre medida cautelar***

38. El 1 de agosto de 2014, la Defensora Provincial de Niñas, Niños y Adolescentes (en adelante también la “Defensora Provincial”) presentó ante la Jueza en turno del Tribunal Colegiado de Familia No. 7 un escrito en donde indicó que “[a]nte la inminencia del parto, por lo avanzado del mismo, creo necesario solicitar a través de la presente, el inicio del procedimiento del sistema de guarda con fines de adopción, con el fin de evitar inconvenientes innecesarios que podrían afectar el proceso”<sup>28</sup>. Ese mismo día, la Defensora también envió oficio al Director del RUAGA con el fin de informar que María “ha manifestado su voluntad de entregar en adopción un/a niño/a por nacer y que dicha situación está radicada en el Tribunal Colegiado de Familia No. 7 [...] quien le solicitará la implementación de los trámites correspondientes a los efectos de la designación de las familias postulantes registradas en vuestra repartición”<sup>29</sup>.

39. La jueza en turno del Tribunal Colegiado dio por iniciada la acción solicitada por la Defensora Provincial el 1 de agosto de 2014 bajo el expediente “[María] s/Medida Precautoria”, No. 2689/14. El decreto de apertura expresó “téngase presente la voluntad expresada por la Sra. [...] y la niña [María] en cuanto el deseo de dar al bebé por nacer en adopción”. Por ese mismo auto se ofició al RUAGA a efecto de que remitiera con carácter de urgencia copia de tres legajos de la lista de posibles adoptantes<sup>30</sup>. Ese mismo día, la jueza en turno envió un correo electrónico al RUAGA indicado que se había ordenado que se remitiera con carácter de urgencia copia de tres legajos de la lista de posibles adoptantes<sup>31</sup>. El 3 de

---

(Informe de visita y entrevista domiciliaria realizado por F.F. trabajadora social de la Maternidad de 8 de agosto de 2014, expediente de prueba, folio 85).

(27) Escrito de 23 de julio de 2014 firmado por María y su madre dirigido a la Directora de la Dirección Provincial Promoción de los derechos de la Niñez, Adolescencia y Familia (expediente de prueba, folio 77).

(28) Escrito de 1 de agosto de 2014 de la Defensora Provincial de Niñas, Niños y Adolescentes de la Provincia dirigido a la Jueza en turno del Tribunal Colegiado de Familia No. 7 (expediente de prueba, folio 80).

(29) Oficio No. 234 de 1 de agosto de 2014 de la de la Defensora Provincial de Niñas, Niños y Adolescentes de la Provincia dirigido al Director del RUAGA (expediente de prueba, folio 7135).

(30) *Cfr.* Auto firmado por la Jueza G.E.T. del Tribunal Colegiado Familiar No. 7 de 1 de agosto de 2014 (expediente de prueba, folio 7138).

(31) *Cfr.* Correo electrónico enviado por la Jueza G.E.T. a la dirección registros@[provincia].gov.ar de 1 de agosto de 2014 a las 06:59 pm (expediente de prueba, folio 7142).

agosto de 2014 por medio de correo electrónico dirigido a la Jueza G.E.T., el RUAGA envió tres legajos con los datos de tres posibles parejas de adoptantes<sup>32</sup>.

40. El 4 de agosto de 2014 el expediente fue remitido a la Mesa de Entradas único de Tribunales Colegiados y derivado al Juzgado de Familia No. 5. El 5 de agosto de 2014 se decretó la recepción del expediente y se ordenó el nombramiento de la jueza de trámite<sup>33</sup>. Por decreto de 11 de agosto se dejó constancia de la comparecencia de la Defensora Provincial, que se le notificó el decreto de 5 de agosto de 2014 y que S.S. era la jueza designada<sup>34</sup>.

41. El 8 de agosto de 2014 la trabajadora social de la Defensoría Provincial de Niños, Niñas y Adolescentes junto con una trabajadora social de la Maternidad concurren al domicilio de María para entrevistarse con ella y su madre. En el acta de la visita las trabajadoras sociales consignaron que la tía y abuela de María no estaban de acuerdo con la adopción<sup>35</sup>. Asimismo, se consignaron algunas dudas de María y su madre sobre el proceso y, en particular, preguntaron si el padre del bebé y el padre de María debían dar su consentimiento para la adopción<sup>36</sup>.

42. El 12 de agosto de agosto de 2014 se realizó una reunión entre personeros de la Maternidad y del RUAGA en la que “se acordaron modalidades de intervención” en el caso<sup>37</sup>. El 13 de agosto de 2014 se realizó una entrevista por parte del RUAGA<sup>38</sup> con el matrimonio López<sup>39</sup>. No existen datos en el expediente que acrediten la entrevista de los otros candidatos cuyos legajos fueron presentados por el RUAGA al Tribunal.

---

(32) *Cfr.* Correo electrónico enviado desde la dirección registros@[provincia].gov.ar a la Jueza G.T.E. el 4 de agosto de 2014 a las 09:46 am (expediente de prueba, folios 7143 y 7144).

(33) *Cfr.* Constancia del expediente con sellos de recibido y de presentado a despacho (expediente de prueba, folio 7146).

(34) *Cfr.* Decreto de 11 de agosto de 2014 del Tribunal Colegiado de Familia No. 5 (expediente de prueba, folio 7147).

(35) *Cfr.* Acta de Vista y Entrevista Domiciliaria de 8 de agosto de 2014 firmada por F.F. Trabajadora Social (expediente de prueba, folios 85 y 86). Lo anterior es corroborado por las declaraciones dadas por D.M.A., tía de María y F.A., abuela de María (Declaración rendida por affidavit de D.M.A. de 8 de noviembre de 2022, expediente de prueba, folio 12143 y declaración rendida por affidavit de F.A. de 8 de noviembre de 2022, expediente de prueba, folio 12147). Asimismo, María en su declaración en la audiencia pública indicó que “mi familia no quería, e incluso ellos me habían dicho que lo podían cuidar hasta que yo quiera”.

(36) *Cfr.* Acta de Vista y Entrevista Domiciliaria de 8 de agosto de 2014 firmada por F.F. Trabajadora Social (expediente de prueba, folios 85 y 86).

(37) La realización de esta reunión se encuentra confirmada por el informe que el Programa de Acompañamiento en Vinculación del RUAGA presentó el 20 de noviembre y que fue presentado por la Directora Provincial de Registros al Tribunal Colegiado De Familia el 4 de diciembre de 2014 (expediente de prueba, folio 7169).

(38) De la misma manera, la realización de esta entrevista se encuentra confirmada por el informe que el Programa de Acompañamiento en Vinculación del RUAGA presentó el 20 de noviembre y que fue presentado por la Directora Provincial de Registros al Tribunal Colegiado De Familia el 4 de diciembre de 2014 (expediente de prueba, folio 7169).

(39) A lo largo del procedimiento en el Sistema Interamericano, con el fin de resguardar su identidad, al matrimonio al cual se le confió el cuidado de Mariano ha sido referido como el matrimonio López. De esta forma, la Corte mantiene el uso de este nombre ficticio.

43. El 15 de agosto de 2014, el padre de María fue recibido en el despacho de la jueza S.S. En el acta se hizo constar que se presentó con patrocinio letrado y que la Defensora Provincial de Niñas, Niños y Adolescentes también se apersonó a la audiencia. En dicha acta se indicó que el padre de María prestaba su consentimiento para que su hija entregara en “guarda preadoptiva y posterior adopción plena al bebé por nacer”<sup>40</sup>. Posteriormente, en acta firmada por S.B., Psicóloga de la Dirección Provincial de Promoción de los Derechos de la Niñez, Adolescencia y Familia, se hizo constar que el padre de María se presentó el 20 de agosto de 2014 a esa dependencia porque quería conocer la situación de sus hijos e indicó que quería saber por qué la Defensora Provincial “lo citó en Tribunales para firmar sobre una adopción”<sup>41</sup>.

44. El 19 de agosto de 2014, la Jueza S.S. del Tribunal Colegiado de Familia No. 5 entrevistó al matrimonio López que figuraba en el primer legajo de postulantes enviado por el RUAGA. En el acta se hizo constar que los postulantes afirmaron querer el niño y “tener los medios para brindarle educación y contención adecuadas”. En ese mismo acto se procedió a informar de “la provisoriedad de la voluntad materna de dar su hijo en adopción”<sup>42</sup>. No consta en el expediente constancia judicial de la designación de este matrimonio como el elegido para la guarda preadoptiva.

45. El 20 de agosto de 2014 se realizó un encuentro entre el matrimonio López como los “postulantes a guarda con fines adoptivos” y María en la Defensoría de niñas, niños y adolescentes, en presencia de tres psicólogas<sup>43</sup>. El 22 de agosto de 2014 la apoderada legal del matrimonio López se apersonó ante Tribunal Colegiado de Familia No.5, solicitando que se le otorgara participación legal en el marco del expediente caratulado “[María] S/ Medida Precautoria”. En dicho oficio solicitó que se librara oficio al Director de la Maternidad:

*[...]la los fines de que, en el momento en que se produzca la internación de [María] en dicha institución a los fines del alumbramiento se autorice [al matrimonio López] a permanecer internados en la institución y, cuando resultare posible de acuerdo a las condiciones de salud del recién nacido y/o cuidados médicos que indicaran los profesionales tratantes, a tomar inmediato contacto con el bebé, asumir su cuidado y atención, y retirarlo de la institución cuando esté en condiciones de alta médica, haciéndoles entrega del certificado de nacimiento y/o documentación correspondiente al mismo, en carácter de guardadores provisorios hasta tanto se tramite la guarda con fines de adopción<sup>44</sup>.*

---

(40) Acta de audiencia del 15 de agosto de 2014 dentro del expediente [María] S/Medida Precautoria (expediente de prueba, folio 7149).

(41) Acta de 20 de agosto de 2014 firmada por S.B. Psicóloga de la Dirección Provincial de Promoción de los Derechos de la Niñez, Adolescencia y Familia (expediente de prueba, folio 7151).

(42) Acta de audiencia de 19 de agosto de 2014 dentro del expediente [María] S/Medida Precautoria (expediente de prueba, folio 7154).

(43) *Cfr.* Acta de encuentro de 20 de agosto de 2014 entre María y el matrimonio López en la Defensoría de niñas, niños y adolescentes (expediente de prueba, folio 7155).

(44) Escrito presentado por M.G.J. apoderada del matrimonio López ante el Tribunal Colegiado de Familia No. 5 el 22 de agosto de 2014 (expediente de prueba, folios 7157 y 7158).



46. Ese mismo día, por auto firmado por S.S., Jueza del Tribunal Colegiado de Familia No.5, se otorgó la participación a la representante del matrimonio López y se decidió “oficiarse como lo solicita”<sup>45</sup>.

### C. El nacimiento de Mariano y su entrega al matrimonio López

47. El 23 de agosto de 2014 nació Mariano en la Maternidad<sup>46</sup>. De acuerdo con la declaración de María, entró sola a sala de partos y no permitieron la presencia de su madre<sup>47</sup>. Al día siguiente, Mariano fue entregado al matrimonio López<sup>48</sup>. María estuvo internada tres días en la Maternidad. Durante ese tiempo sólo le permitieron las visitas de su mamá, impidiendo el ingreso de otros miembros de su familia<sup>49</sup>.

48. El 27 de agosto de 2014 la representante legal del matrimonio López presentó ante el Tribunal Colegiado de Familia una solicitud de guarda preadoptiva. En concreto solicitó que “teniendo presente que mis mandantes se encuentran ejerciendo la guarda del menor, sin perjuicio de la tramitación de la presente solicitud y del cumplimiento de todos los recaudos legales, peticiono se resuelva provisionalmente y sin más trámite dicha guarda provisoria, hasta tanto se otorgue la guarda con fines de adopción”<sup>50</sup>. Ese mismo día, la jueza ordenó la intervención del Defensor General, la realización de un informe ambiental en el domicilio del matrimonio López y se citó a María y a su madre al Consultorio Médico Forense a fin de que un profesional dictaminara si María se encontraba en condiciones psico-físicas de

---

(45) Auto del 22 de agosto de 2014 dentro del expediente [María] S/Medida Precautoria (expediente de prueba, folio 7159).

(46) *Cfr.* Acta de nacimiento de Mariano y certificado de nacimiento emitido el 25 de noviembre de 2022 (expediente de prueba, folios 12325 y 12328).

(47) *Cfr.* Declaración en audiencia pública de María.

(48) En el escrito presentado por la representante legal del matrimonio López ante el Tribunal de Familia para solicitar la guarda preadoptiva indicó “[e]l niño nació el día 23 del mes de agosto del año 2014 en la Maternidad [...], hallándose bajo el cuidado de mis mandantes desde el momento de su nacimiento, debido a la voluntad formalmente expresada por la menor y sus progenitores de dar al niño en adopción, conforme surge de las constancias de los presentes autos” (escrito de solicitud de guarda preadoptiva presentado el 27 de agosto de 2014 por la representante del matrimonio López en el marco del proceso [María] S/Medida Precautoria, expediente de prueba, folio 7161).

(49) En su declaración en audiencia pública, María indicó “... estaba con mi mamá y no dejaban que se acerque nadie de mi familia, mis tías habían ido a verme y no las dejaban que pase e incluso las sacaban con la policía”. Por su parte, la madre de María declaró en la audiencia pública que “... en el momento del parto [María] me pedía por favor que quería que yo entre con ella y la psicóloga me decía que no, que era mejor que entrara ella porque si no iba a poder tener complicaciones y no me dejaban, incluso después cuando ya tuvo al bebé, se lo llevaron al bebé y a [María] y a mí nos pusieron un guardia en la puerta, cuatro días, no me dejaban ir a mi casa a cambiarme, mis hermanas llegaron ahí pidiéndole a la gente de la maternidad que me pasaran ropas y cosas y no le permitían”. De la misma manera, D.M.A., tía de María, declaró: “El día del parto fue [la madre de María] con [María], y cuando llegué a la maternidad no me dejaron entrar, quedamos en el hall de entradas” (Declaración por affidavit de D.M.A. de 8 de noviembre de 2022, expediente de prueba folio 12143).

(50) Escrito de solicitud de guarda preadoptiva presentado el 27 de agosto de 2014 por la representante del matrimonio López en el marco del proceso [María] S/Medida Precautoria (expediente de prueba, folio 7163).

comprender el alcance y significación del acto de entrega de un hijo con fines de adopción<sup>51</sup>. El 3 de octubre de 2014 la trabajadora social del Tribunal Colegiado de Familia informó sobre la evaluación de la entrevista y visita domiciliar realizada al matrimonio López realizada el 15 de septiembre de 2014. Concluyó que Mariano se encontraba “contenido, querido y deseado en su ámbito familiar, con la atención y cuidados necesarios acordes a su edad”<sup>52</sup>.

49. El 20 de noviembre de 2014 el Programa de Acompañamiento en la Vinculación del RUAGA emitió un informe sobre la situación de Mariano en la cual se relataba su buen estado de salud y se concluía que el matrimonio López se encontraba “sosteniendo las funciones parentales con características esperables para el alojamiento de un bebé, logrando satisfacer las necesidades y demandas del niño, tanto afectivas, emocionales como materiales”<sup>53</sup>.

50. El 15 de diciembre de 2014 un psiquiatra del Consultorio Médico Forense del Poder Judicial emitió examen psiquiátrico de María y su madre. Respecto de la segunda consideró que “no presenta patología mental de magnitud suficiente como para impedirle comprender los alcances de la entrega de su nieto con fines de adopción”. Respecto de María concluyó que “presenta bloqueo emocional selectivo, en relación al hecho de marras. Atento a ello y a su corta edad, no está en condiciones de comprender el alcance del presente acto”<sup>54</sup>. El informe fue presentado al Tribunal Colegiado de Familia el 17 de diciembre de 2014.

#### ***D. Del inicio de la participación de María y su madre en el proceso y la conversión de éste en proceso de declaración de adoptabilidad***

51. El 23 de diciembre de 2014, el Tribunal Colegiado de Familia convocó a una audiencia el 2 de marzo de 2015 para tomar “conocimiento personal con la madre biológica”<sup>55</sup>. El 2 de marzo de 2015 se inició la audiencia en el Tribunal Colegiado en presencia de la psiquiatra del Gabinete Interdisciplinario, de la Trabajadora Social de la Defensoría de Niñas, Niños y Adolescentes y de la Defensora General No. 2. En el acta se consignó que “abierto el acto y ante la confusión suscitada en torno a los deseos de [María] sobre su maternidad [la Psiquiatra] sugiere que en forma inmediata pueda ser atendida por una profesional psicóloga, a los fines de atender el trauma psíquico que ha sufrido”<sup>56</sup>. En escritos posteriores adjuntados al expediente, las representantes de María afirmaron que durante la audiencia

---

(51) *Cfr.* Auto de 27 de agosto de 2014 del Tribunal Colegiado de Familia No. 5 en el marco del expediente [María] S/Medida Precautoria (expediente de prueba, folio 7165).

(52) Informe de G.P. Trabajadora Social del Tribunal Colegiado de Familia No. 5 de 3 de octubre de 2014 (expediente de prueba, folio 107).

(53) Informe del Programa de Acompañamiento en Vinculación del RUAGA del 20 de noviembre, presentado por la Directora Provincial de Registros al Tribunal Colegiado De Familia el 1 de diciembre de 2014 (expediente de prueba, folio 7170).

(54) Informe No. 13368/2014 de Examen Psiquiátrico realizado por el Consultorio Médico Forense de 15 de diciembre de 2014 (expediente de prueba, folio 7173).

(55) Auto firmado por la Secretaria y la Jueza S.S. del Tribunal Colegiado de Familia No. 5 de 23 de diciembre de 2014 en el marco del expediente [María] S/Medida Precautoria (expediente de prueba, folio 7175).

(56) Acta de audiencia de 2 de marzo de 2015 realizada en el marco del expediente [María] S/Medida Precautoria (expediente de prueba, folio 7177).

la niña sufrió una crisis nerviosa ante la actitud de las profesionales intervinientes de tratar de convencerla de manera insistente de dar en adopción a su hijo<sup>57</sup>.

52. El 16 de marzo de 2015 se realizó una audiencia para “tomar conocimiento personal de los pretensos guardadores preadoptivos” en el Tribunal Colegiado. En ella se indicó que Mariano gozaba de buena salud, que había sido bautizado y de las acciones tomadas por el matrimonio López respecto a la salud y la educación del niño<sup>58</sup>.

53. El 19 de marzo de 2015 consta por primera vez en el expediente la actuación de la Defensora Civil No.1 A.V. como representante promiscua de oficio de María, en donde solicitó que fuera citada para entrevista personal<sup>59</sup>. El 6 de abril de 2015, la madre de María se presentó por primera vez con patrocinio letrado ante el Tribunal Colegiado en el marco del proceso [María] S/ Medida Precautoria y expresó que venía a retractarse de la solicitud de que su nieto fuera puesto en adopción por lo que solicitaba el reintegro del niño con su madre<sup>60</sup>.

54. El 9 de abril de 2015, ante la solicitud de la Defensoría Provincial de Niñas, Niños y Adolescentes, el Tribunal Colegiado de Familia ordenó la intervención de la Junta Especial de Salud Mental de la Provincia para que recibiera a María y su grupo familiar, a fin de proceder a hacer una evaluación<sup>61</sup>. El 13 de abril de 2015 la Trabajadora Social del Tribunal rindió informe de la visita realizada el 9 de abril de 2015 en el domicilio de María. El informe concluyó que “de la visita y entrevista realizada, surge que [María] se encuentra debilitada subjetivamente, lo cual la posiciona en una situación de eventual vulnerabilidad. Por lo cual se sugiere se considere la importancia de continuar en tratamiento terapéutico y así lograr

---

(57) *Cfr.* Acta de audiencia de 16 de marzo de 2015 realizada en el marco del expediente [María] S/Medida Precautoria, expediente de prueba, folio 7177). Posteriormente, en un informe psicológico realizado el 10 de marzo de 2015 a solicitud de la madre de María, la psicóloga G.L. indicó que “[r] efiere que [María] llora constantemente por recuperar a su niño y que esta situación se agravó al ser convocada judicialmente a firmar una “adopción” del niño (según sus dichos). Que frente a su negativa la jueza ordenó que accediera a tratamiento psicológico para tomar posición responsable sobre sus decisiones” (Informe Psicológico realizado por G.L. el 10 de marzo de 2015, expediente de prueba, folio 121).

(58) *Cfr.* Acta de audiencia de 16 de marzo de 2015 realizada en el marco del expediente [María] S/Medida Precautoria (expediente de prueba, folio 7179).

(59) *Cfr.* Auto de 19 de marzo de 2015 en el marco del expediente [María] S/Medida Precautoria (expediente de prueba, folio 124). Tal y como lo explica A.V. en su declaración dada ante fedatario público: “... en los trámites judiciales de la provincia [...] se exige la participación del Ministerio Público de la Defensa cuando se ventilen o litiguen derechos o intereses de personas menores de edad o con capacidad de derecho restringida o insanas; esta participación es necesaria y su falta puede acarrear la nulidad de lo actuado en contra del representado” (Declaración de A.V. ante fedatario público de 18 de noviembre de 2022, expediente de prueba folio 12151).

(60) *Cfr.* Escrito presentado por la representante legal de la madre de María ante el Tribunal Colegiado de Familia el 6 de abril de 2015 (expediente de prueba folio 7181).

(61) Auto de 9 de abril de 2015 del Tribunal Colegiado de Familia No. 5 en el marco del expediente [María] S/ Medidas Precautorias (expediente de prueba, folio 7186).

un fortalecimiento subjetivo que le permita desarrollar capacidad de análisis y manejarse con autonomía”<sup>62</sup>.

55. El 20 de abril de 2015, la Defensora Civil A.V. se entrevistó con María e hizo constar que la niña “nunca quiso dar al bebé y desea recuperarlo”<sup>63</sup>, asimismo solicitó la intervención de la Junta Especial de Salud Mental, la cual fue ordenada por el Tribunal el 21 de abril de 2015<sup>64</sup>.

56. El 11 de mayo de 2015 se efectuó el sorteo para la representación legal de María<sup>65</sup>. El 26 de mayo de 2015 la abogada designada aceptó el cargo y procedió a entrevistar a María. Los resultados de esta entrevista fueron informados al Tribunal por medio de escrito presentado el 4 de agosto de 2015 y en particular se refirió que María “ha sentido en todo momento que no fue escuchada ni respetada por ninguna de las personas que intervinieron y/o participaron – psicólogas, asistentes sociales tanto de la Maternidad [...] como de la Defensoría de la Niñez incluso por la Sra. Defensora de Niñez- durante todo el proceso [...] esto es, desde que sabe que está embarazada y es derivada a la Maternidad [...] hasta que encuentra apoyo y contención en su psicóloga”<sup>66</sup>. En ese mismo escrito, la representante solicitó que se les concediera la participación legal correspondiente, que se escuchara a María, que se le permitiera ver a su hijo y que se realizara un examen de ADN a Mariano para resguardar su derecho a la identidad<sup>67</sup>. Estos pedidos fueron secundados por la madre de María en escrito presentado ante el Tribunal Colegiado el 11 de septiembre de 2015<sup>68</sup>.

57. Por medio de la Resolución No. 2609 del 1 de octubre de 2015, el Tribunal Colegiado de Familia No. 5, tomando en cuenta la entrada en vigor del Código Civil y Comercial el 1 de agosto de 2015, decidió “[a]decuar el presente a las disposiciones del Código Civil y Comercial y en consecuencia establecer que el presente juicio versa sobre declaración de

---

(62) Informe de la Trabajadora social del Tribunal Colegiado de Familia No. 5 de 13 de abril de 2015 en el marco del expediente [María] S/Medida Precautoria (expediente de prueba, folio 7190).

(63) Auto No. 598 de 20 de abril de 2015 en el marco del expediente [María] S/Medida Precautoria (expediente de prueba, folio 140).

(64) *Cfr.* Decreto de 21 de abril de 2015 en el marco del expediente [María] S/Medida Precautoria (expediente de prueba, folio 141).

(65) Por medio de sorteo se procedió a nombrarle representación legal a María como parte en el proceso, en complemento de su representante promiscua, en aplicación del artículo 27 de la Ley No. 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. En dicho sorteo se nombró a V.J. como su representante (Acta del Tribunal Colegiado de Familia No. 5 de 11 de mayo de 2015, expediente de prueba, folio 5936).

(66) Escrito presentado por V.J. en calidad de abogada de María el 4 de agosto de 2015 ante el Tribunal Colegiado de Familia No. 5 en el marco del expediente [María] S/Medida Precautoria (expediente de prueba, folio 145).

(67) *Cfr.* Escrito presentado por V.J. en calidad de abogada de María el 4 de agosto de 2015 ante el Tribunal Colegiado de Familia No. 5 en el marco del expediente [María] S/Medida Precautoria (expediente de prueba, folio 153).

(68) *Cfr.* Escrito presentado por C.M.M. como representante de la madre de María ante el Tribunal Colegiado de Familia No. 5 en el marco del expediente [María] S/Medida Precautoria (expediente de prueba, folios 155 a 165).

situación de adoptabilidad del niño [Mariano]”<sup>69</sup>. Asimismo, ordenó la designación de un tutor especial para Mariano, dio el carácter de partes en el proceso a María y su madre, emplazó al padre de María a comparecer, dio intervención a la Dirección Provincial de Promoción de los Derechos de la Niñez, Adolescencia y Familia, a la Defensoría General Civil y a la Defensora Provincia de Niñas, Niños y Adolescentes. Por otra parte, consideró que el matrimonio López era un tercero interesado en el proceso y les hizo saber que debían preservar el nombre y apellido registrales de Mariano<sup>70</sup>.

58. El 23 de octubre de 2015, la madre de María interpuso recurso de revocatoria en contra de la Resolución No. 2609/15 y, en el mismo acto, recusó a la Jueza considerando que existía animosidad de la magistrada en contra de la recurrente<sup>71</sup>. El 13 de noviembre de 2015, la Defensora Civil No. 1 A.V. presentó ante el Tribunal recurso de revocatoria y nulidad en contra de la Resolución No. 2609/15<sup>72</sup>. De la misma manera, el 11 de diciembre de 2015 María interpuso recurso de revocatoria y en subsidio revocatoria ante el pleno en contra de la misma resolución<sup>73</sup>.

59. El 1 de febrero de 2016 los integrantes de las Juntas Especiales en Salud Mental presentaron ante el Tribunal Colegiado un informe preliminar en donde se recomendó el contacto de María con Mariano<sup>74</sup>. El 2 de septiembre de 2016, María presentó escrito ante el Tribunal Colegiado, solicitando el cambio de su patrocinio legal, que se dispusiera “las medidas conducentes a la revinculación real [con su hijo Mariano]”, y que se ordenara su reintegro<sup>75</sup>. El 21 de septiembre de 2016, la jueza requirió medidas previas para tener por

---

(69) Resolución No. 2609 de 1 de octubre de 2015 emitida por el Tribunal Colegiado de Familia No. 5 en el marco del expediente [María] S/Medida Precautoria (expediente de prueba, folio 7219).

(70) *Cfr.* Resolución No. 2609 de 1 de octubre de 2015 emitida por el Tribunal Colegiado de Familia No. 5 en el marco del expediente [María] S/Medida Precautoria (expediente de prueba, folios 7219 y 7220).

(71) *Cfr.* Recurso de revocatoria interpuesto por la madre de María el 23 de octubre de 2015 ante el Tribunal Colegiado de Familia No. 5 en el marco del expediente [María] S/Medida Precautoria (expediente de prueba, folios 7222 a 7229). La recusación fue rechazada por la jueza de trámite el 2 de noviembre de 2015. Este rechazo fue confirmado por el Tribunal Colegiado en Pleno el 10 de febrero de 2016 y por la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial el 2 de mayo de 2016 (folio 197).

(72) *Cfr.* Auto No. 138 de la Defensora Civil No. 1 de 12 de noviembre de 2015, presentado ante el Tribunal Colegiado de Familia No. 5 el 13 de noviembre de 2015 (expediente de prueba, folio 7231).

(73) *Cfr.* Recurso de revocatoria interpuesto por María el 11 de diciembre de 2015 ante el Tribunal Colegiado de Familia No. 5 en el marco del expediente [María] S/Medida Precautoria (expediente de prueba, folios 7233 a 7241).

(74) *Cfr.* Informe preliminar de las Juntas Especiales de Salud Mental presentado ante el Tribunal Colegiado de Familia No. 5 el 1 de febrero de 2016 (expediente de prueba, folios 7243 a 7247).

(75) *Cfr.* Escrito presentado por María el 2 de septiembre de 2016 ante el Tribunal Colegiado de Familia No. 5 en el marco del expediente [María] S/Medida Precautoria (expediente de prueba, folios 7252 a 7264)

presentada a María y sus nuevas representantes en el proceso, solicitando una nueva evaluación<sup>76</sup>. Esta solicitud no fue resuelta sino hasta el 1 de febrero de 2017<sup>77</sup>.

60. El 24 de octubre de 2016 el Juzgado de Familia No. 5 rechazó los recursos presentados por María, su madre y la Defensora General No.1. Al respecto, consideró que “si bien no existe agregada en autos una constancia de consentimiento expreso suscripta por la adolescente María con patrocinio posterior al nacimiento de su hijo, lo cierto es que existen una serie de actitudes posteriores que por lo menos no configuran interés en el sentido contrario”<sup>78</sup>. Frente a esta resolución, María presentó revocatoria ante el Tribunal en pleno el 2 de noviembre de 2016<sup>79</sup>. Por auto presentado el 10 de mayo de 2017, la Defensora Civil No.1 se adhirió al recurso interpuesto<sup>80</sup>. De la misma manera, la representante de la madre de María interpuso recurso de revocatoria ante el pleno el 24 de mayo de 2017<sup>81</sup>. Paralelamente, con el objeto de lograr una sentencia definitiva que pusiera fin a la cuestión, la representación de María interpuso el 2 de junio de 2017 un recurso extraordinario por salto ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación<sup>82</sup>. Sin embargo, dicho recurso fue rechazado el 10 de agosto de 2017, ya que no se planteó en una causa de la competencia federal<sup>83</sup>.

61. El 28 de julio de 2017 se realizó una audiencia entre María, su madre, el matrimonio López y sus respectivos representantes legales. En dicha audiencia acordaron suspender los términos pendientes en el expediente, dar intervención a una psicóloga para que entrevistara a los concurrentes y mantener el sistema de comunicación vigente entre María y su hijo<sup>84</sup>. Sin embargo, frente a la suspensión unilateral y arbitraria de los encuentros entre María y su hijo (*infra*, párr. 67), por medio de escrito presentado el 1 de febrero de 2018 María y su madre solicitaron que se reanudaran los términos procesales<sup>85</sup>. El 7 de noviembre de 2018, la

---

(76) Cfr. Decreto de 21 de septiembre de 2016 de la Jueza S.S. en el marco del expediente [María] S/Medida Precautoria (expediente de prueba, folio 7266).

(77) Cfr. Auto del Juzgado de Familia No. 5 de 1 de febrero de 2017 en donde se tiene por presentado un escrito en donde María, con el patrocinio de las abogadas elegidas por ella y se resuelve “otórguese la participación que por derecho corresponda” (expediente de prueba, folio 1176)

(78) Resolución No. 2968 de 24 de octubre de 2016 suscrita por la Jueza S.S. del Juzgado de Familia No. 5 en el marco del expediente [María] S/Medida Precautoria (expediente de prueba, folio 7279).

(79) Cfr. Recurso de revocatoria ante el Tribunal del Pleno presentado por María el 2 de noviembre de 2016 en el marco del expediente [María] S/Medida Precautoria (expediente de prueba, folios 7293 a 7300).

(80) Cfr. Auto No. 917 de recurso presentado por la Defensora Civil No.1 el 28 de abril 2017 en el marco expediente [María] S/Medida Precautoria (expediente de prueba, folios 7306 y 7307).

(81) Cfr. Recurso presentado por C.M.M. el 24 de mayo de 2017 en el marco del expediente [María] S/Medida Precautoria (expediente de prueba, folios 7309 a 7314).

(82) Cfr. Constancia de interposición de recurso extraordinario por salto interpuesto por C.M.M. de 2 de junio de 2017 (expediente de prueba, folio 7977).

(83) Cfr. Resolución del 10 de agosto de 2017 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (expediente de prueba, folios 8047 a 8049).

(84) Cfr. Resolución No. 1287 del Juzgado de Familia No. 5, acta de la audiencia de 28 de julio de 2017 (expediente de prueba folios 7318 y 7319).

(85) Cfr. Recurso presentado por María y su madre junto con sus representantes el 1 de Febrero de 2018 ante el Tribunal Colegiado de Familia No. 5 en el marco del expediente [María] S/Medida

Jueza S.S. resolvió reanudar los términos suspendidos<sup>86</sup>. Por medio de resolución del 23 de abril de 2019 el Tribunal Colegiado de Familia No. 5 rechazó los recursos de revocatoria<sup>87</sup>.

### *E. Recursos presentados ante instancias superiores*

62. El 10 de mayo de 2019 y el 2 de julio de 2019 las representantes de la madre de María y la propia María, respectivamente, interpusieron recursos de apelación extraordinaria para su elevación a la Cámara de Apelaciones en contra de la Resolución No. 2609 de 2015<sup>88</sup>. El Tribunal Colegiado de Familia No. 5 rechazó la admisibilidad del recurso por medio de Resolución No. 635 del 23 de abril de 2020<sup>89</sup>. Contra esta decisión, María interpuso recurso directo ante la Cámara de Apelaciones el 13 de julio de 2020<sup>90</sup>. El 15 de abril de 2021, la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial (Sala II) admitió la queja interpuesta<sup>91</sup>. Sin embargo, mediante acuerdo No. 173 de 7 de julio de 2021, la Cámara de Apelaciones declaró inadmisibles el recurso y confirmó la resolución del Tribunal Colegiado de Familia, ratificando el inicio del procedimiento dispuesto por la Resolución No. 2609/15 y ordenando que se designara un abogado para Mariano a fin de resguardar su derecho a ser oído<sup>92</sup>.

63. El 5 de agosto de 2021 las representantes de María interpusieron recurso de inconstitucionalidad ante la Corte Suprema de Justicia de la Provincia<sup>93</sup>. Mediante sentencia de 19 de abril de 2022, se rechazó este recurso<sup>94</sup>. El 5 de mayo de 2022, la representante de María interpuso Recurso Extraordinario Federal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación<sup>95</sup>. El 27 de septiembre de 2022, la Corte Suprema Provincial, quien resuelve la admisibilidad

---

Precautoria (expediente de prueba, folios 7327 a 7339).

(86) *Cfr.* Resolución firmada por la Jueza S.S. del Juzgado de Familia No. 5 de 7 de noviembre de 2018 en el marco del expediente [María] S/Medida Precautoria (expediente de prueba, folio 7342).

(87) *Cfr.* Resolución No. 994 de 23 de abril de 2019 del Tribunal Colegiado de Familia No.5 (expediente de prueba, folios 1651 a 1668).

(88) *Cfr.* Recurso presentado el 10 de mayo de 2019 por C.M.M. Ante el Tribunal Colegiado de Familia No. 5 en el marco del expediente [María] S/Medida Precautoria (expediente de prueba, folios 7346 a 7377). Recurso presentado el 2 de julio de 2019 por las representantes de María ante el Tribunal Colegiado de Familia No. 5 en el marco del expediente [María] S/Medida Precautoria (expediente de prueba, folios 7378 a 7411).

(89) *Cfr.* Resolución No. 635 del 23 de abril de 2019 del Tribunal Colegiado de Familia No. 5 (expediente de prueba, folios 7412 a 7457).

(90) *Cfr.* Recurso directo interpuesto por María ante la Cámara de Apelaciones el 13 de julio de 2020 (expediente de prueba, folios 7797 a 7824).

(91) *Cfr.* Resolución No. 67 de 15 de abril de 2021 de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial (Sala II) (expediente de prueba, folios 7829 a 7831).

(92) *Cfr.* Acuerdo No. 173 del 7 de julio de 2021 de la Sala Segunda de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial (expediente de prueba, folios 7833 a 7864).

(93) *Cfr.* Recurso de Inconstitucionalidad firmado por A.D., C.M.M., M.N.H. y M.C.T. el 5 de agosto de 2021 (expediente de prueba, folios 7866 a 7904).

(94) *Cfr.* Sentencia de 19 de abril de 2022 de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia (expediente de prueba, folios 7917 a 7938).

(95) *Cfr.* Constancia de interposición de recurso extraordinario federal por parte C.M.M. ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 5 de mayo de 2022 (expediente de prueba, folios 7940 y 7941).

del recurso, denegó la concesión del recurso extraordinario<sup>96</sup>. Frente a esta resolución, se interpuso un recurso de queja ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 8 de octubre de 2022<sup>97</sup>. En el marco de este recurso, la Defensora General de la Nación, en representación de Mariano, presentó un dictamen solicitando que se acogiera el recurso de queja. En particular, señaló que “del expediente no surge el consentimiento libre e informado requerido para tramitar la declaración de situación de adoptabilidad de mi representado. Ello genera una violación directa y mantenida en el tiempo a su derecho a la protección familiar, que involucra el de no ser separado de su familia de origen”<sup>98</sup>. A la fecha de deliberación de la presente Sentencia, dicho recurso se encontraba pendiente de resolución.

### *F. De la vinculación entre María y su hijo Mariano*

64. Desde el nacimiento de Mariano, su madre, María, manifestó su voluntad de conocerlo<sup>99</sup>. En su primera actuación en el expediente con patrocinio legal, el 4 de agosto de 2015, María solicitó la vinculación con su hijo<sup>100</sup>. Frente a esta solicitud, el juez en suplencia no resolvió y únicamente solicitó la intervención de las Juntas Especiales de Salud Mental. En el dictamen de la Junta Especial de Salud Mental de 18 de diciembre de 2015, se determinó que “esta Junta evalúa como importante el contacto de [María] con [Mariano] ya que el soporte de realidad que aportará dicha escena permitirá que las operatorias señaladas de simbolización de imaginarización [sic] se desplieguen en el tiempo lógico de comprender”<sup>101</sup>.

65. El 23 de octubre de 2015, las representantes de María presentaron una solicitud de medidas cautelares ante la Comisión Interamericana requiriendo al Estado de Argentina que adoptara las medidas necesarias para asegurar la vinculación familiar entre María y su hijo Mariano, incluyendo a la familia ampliada. Por medio de la resolución No. 22/2016 del 12 de abril de 2016, la Comisión ordenó a Argentina, entre otros puntos, que adoptara

---

(96) *Cfr.* Resolución de 27 de septiembre de 2022 de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia (expediente de prueba, folios 12211 a 12214).

(97) *Cfr.* Recurso de queja presentado por las representantes de María ante la Corte Suprema de la Nación el 8 de octubre de 2022 (expediente de prueba, folios 12331 a 12340).

(98) Escrito presentado por S.M.M. Defensora General de la Nación en ejercicio de la representación de Mariano ante la Corte Suprema de la Nación el 29 de noviembre de 2022 (expediente de prueba, folio 12238).

(99) En su declaración en la audiencia pública, María explicó con respecto al momento del nacimiento “si pedí verlo y me dejaron verlo solamente un ratito cuando nació y después se lo llevaron, incluso al otro día pedí para verlo y me dijeron que ya se lo habían llevado del hospital” (Declaración de María en la audiencia pública de 19 de octubre de 2022). De la misma manera, en la hoja de ruta sobre el caso de María llevada ante la Defensoría de niñas, niños y adolescentes de la Provincia se expone que María pidió fotos de su hijo (Hoja de ruta del Expediente 0287/14 de la Defensoría de Niñas, Niños y Adolescentes de la Provincia, expediente de prueba folio 8060),

(100) En el petitorio, se solicitó que “oportunamente, se haga lugar a lo solicitado por nuestra parte, entre otras cuestiones, y en principio, que [María] pueda ver a su hijo y que se le realice a este el correspondiente examen de ADN para resguardar su derecho a la identidad” (Escrito presentado por María con el patrocinio letrado de V.J. y ante el Tribunal Colegiado de Familia No. 5 el 4 de agosto de 2015, expediente de prueba, folio 7205).

(101) Informe de las Juntas Especiales de Salud Mental presentado ante el Tribunal Colegiado de Familia No. 5 el 1 de febrero de 2016 (expediente de prueba, folio 7246).



las medidas necesarias, adecuadas y efectivas para proteger los derechos a la integridad personal, protección de la familia e identidad del niño Mariano y su madre biológica, en particular, permitir que el niño pueda mantener vínculos con su madre.

66. Frente a la falta de acción por parte del Juzgado, el 5 de febrero de 2016 María y su madre se presentaron a solicitar una medida cautelar innovativa para que se estableciera en forma urgente un régimen de visitas para que María y su hijo se conocieran<sup>102</sup>. Por medio de resolución de 1 de abril de 2016, se estableció un régimen de contacto entre María y Mariano en el lugar conocido como “Casa Amarilla de las Trabajadoras Sociales”, un día a la semana, durante dos horas de forma supervisada<sup>103</sup>. Acerca de estos encuentros, María declaró en la audiencia que las trabajadoras sociales la “trataban un poco mal porque nunca me dejaron estar solo con él, siempre estaba con trabajadoras sociales y psicólogas y nunca me dejaron tener una relación más cercana con él, hasta él incluso se siente así que está observado todo el tiempo porque me lo ha dicho”<sup>104</sup>.

67. El 28 de julio de 2017 se acordó una flexibilización de los encuentros para avanzar en la vinculación entre la madre e hijo, con la intervención del Programa Punto de Encuentro Familiar (en adelante “PEF”)<sup>105</sup>. El 13 de septiembre de 2017, comenzaron los encuentros bajo esta modalidad. Sin embargo, esta iniciativa no avanzó y se encontraron obstáculos para realizar los encuentros, por lo que María solicitó el apartamiento del PEF y que los encuentros fueran en su casa. En particular, María denunció que desde el 27 de diciembre de 2017 hasta el 17 de enero de 2018 se dio un cese arbitrario de la comunicación entre ella y Mariano, por una supuesta ausencia de trabajadores del PEF disponibles<sup>106</sup>. Nueve meses después, el 25 de octubre de 2018, el Juzgado de Familia resolvió la petición de María, estableciendo un régimen provisorio a los fines de la adecuada comunicación entre María y su hijo Mariano, a realizarse una vez por semana por dos horas, permitiendo el acompañamiento de personas del entorno convivencial del niño, así como también del entorno familiar de María<sup>107</sup>.

68. El 17 de febrero de 2020 se realizó una audiencia entre María y el matrimonio López en presencia de psicólogos y trabajadores sociales. Se acordó un régimen que implicaba que María fuera a almorzar con Mariano al domicilio del matrimonio López y luego lo acompañara al colegio dos veces por semana. Asimismo, se subrayó la necesidad de que los adultos

---

(102) *Cfr.* Recurso presentado por María y su madre ante el Tribunal Colegiado de Familia el 5 de febrero de 2016 (expediente de prueba, folios 8073 a 8078).

(103) *Cfr.* Resolución firmada por el Juez R.B. del Tribunal Colegiado de Familia y las abogadas representantes de María, su madre y el matrimonio López de 1 de abril de 2016 (expediente de prueba, folio 8080).

(104) Declaración de María en la audiencia pública de 19 de octubre de 2022.

(105) *Cfr.* Resolución No. 1827 del Juzgado de Familia No. 5 de 28 de julio de 2017 (expediente de prueba, folios 7318 y 7319).

(106) *Cfr.* Recurso presentado por María y su madre junto con sus representantes el 1 de Febrero de 2018 ante el Tribunal Colegiado de Familia No. 5 en el marco del expediente [María] S/Medida Precautoria (expediente de prueba, folios 7327 a 7339).

(107) *Cfr.* Resolución de la Jueza S.S. del Juzgado de Familia de 25 de octubre de 2018 (expediente de prueba, folios 8082 y 8083).

debían ponerse de acuerdo sobre el relato que se le daría a Mariano sobre sus orígenes<sup>108</sup>. Esta nueva modalidad de visitas no se pudo desarrollar debido a la pandemia<sup>109</sup>. De acuerdo con su declaración realizada en audiencia pública, al momento de esta, María tenía un régimen de visita una vez por semana con Mariano en la casa del matrimonio López<sup>110</sup>.

### *G. Proceso de determinación de paternidad de Mariano*

69. El 1 de marzo de 2018 María inició proceso de filiación para que se determinara la paternidad de Mariano<sup>111</sup>. En el escrito de interposición, María indicó “[e]n su momento se solicitó la prueba genética para fijar el nexa biológico de mi hijo con su padre. La Jueza interviniente [...] rechazó tal pedido. Hoy es mi decisión iniciar la acción que le permita a mi hijo [Mariano] contar con su identidad plena”<sup>112</sup>. El 12 de noviembre de 2018, se realizó pericia genética y se determinó que N.G.A. era el padre de Mariano<sup>113</sup>. El 29 de noviembre de 2018, las partes llegaron a un acuerdo que fue homologado por el Tribunal Colegiado de Familia, sobre el apellido que llevaría Mariano<sup>114</sup>. El 1 de abril de 2019, N.G.A. reconoció oficialmente como su hijo a Mariano<sup>115</sup>.

### *H. Marco normativo relevante*

70. En el año 2005 se sancionó la Ley de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (Ley 26.061) que organiza un sistema de protección de derechos de los niños, niñas y adolescentes, en cabeza del Poder Ejecutivo y a través de políticas públicas y restitución de derechos. En particular, sobre el resguardo de los vínculos familiares y el derecho a la identidad establece:

*Artículo 11. Derecho a la identidad. 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*

---

(108) Cfr. Acta de la audiencia realizada el 17 de febrero de 2020 ante el Tribunal Colegiado de Familia No. 5 (expediente de prueba, folios 8085 a 8087).

(109) En su declaración en audiencia pública, María explicó que durante la pandemia decidió no ir para cuidar a Mariano de una posible exposición al virus, pero que realizaban videollamadas (Declaración de María en la audiencia pública de 19 de octubre de 2022).

(110) En su declaración en audiencia pública, María indicó que Mariano no sabe quién es su mamá: “si, él no me conoce como su mamá, sólo sabe que estuvo en mi panza y nada más, pero yo me imagino que se debe preguntar quién soy y ellos tampoco le dicen nada, no le cuentan” (Cfr. Declaración de María en la audiencia pública de 19 de octubre de 2022).

(111) Cfr. Carátula del expediente ante el Tribunal Colegiado de Familia de [María] C/ N.G.A. (expediente de prueba, folio 12251).

(112) Demanda de filiación presentada ante el Tribunal Colegiado de Familia por María el 1 de marzo de 2018 (expediente de prueba, folio 12260).

(113) Cfr. Pericia de Paternidad realizado por la Dra. S.G.B. de 12 de noviembre de 2018 (expediente de prueba, folios 12297 a 12998).

(114) Cfr. Acta del 29 de noviembre de 2018 del Tribunal Colegiado de Familia No.5 en el marco del proceso de filiación (expediente de prueba, folios 12307 a 12308).

(115) Cfr. Acta No. 1548 de 1 de abril de 2019, (expediente de prueba, folio 12327).

*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 tendrá derecho a vivir, ser criados y desarrollarse en un grupo familiar alternativo o a tener una familia adoptiva, de conformidad con la ley.*

[...]

*Artículo 18. Medidas de protección de la maternidad y paternidad. Las medidas que conformen la protección integral se extenderán a la madre y al padre durante el embarazo, el parto y el período de lactancia, garantizando condiciones dignas y equitativas para el adecuado desarrollo de su embarazo y la crianza de su hijo.*

[...]

*Artículo 27. Garantías mínimas de procedimiento. Garantías en los procedimientos judiciales o administrativos. 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 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 se 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.*

[...]

*Artículo 29. Medidas excepcionales. Son aquellas que se adoptan cuando las niñas, niños y adolescentes estuvieran temporal o permanentemente privados de su medio familiar o cuyo 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.*

[...]

*Artículo 33. Medidas de protección integral de derechos. 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<sup>116</sup>.*

71. Por medio de la Ley No. 12967 de 17 de abril de 2009 la Provincia se adhirió a la Ley Nacional No. 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes<sup>117</sup>.

72. Al momento del nacimiento de “Mariano”, la adopción se regía por el Título IV del Código Civil de la República Argentina de 1869. Al respecto se establecía:

*Artículo 316. El adoptante deberá tener al menor bajo su guarda durante un lapso no menor de seis meses ni mayor de un año en que será fijado por el juez.*

*El juicio de adopción sólo podrá iniciarse transcurridos seis meses del comienzo de la guarda.*

*La guarda deberá ser otorgada por el juez o tribunal del domicilio del menor o donde judicialmente se hubiese comprobado el abandono del mismo.*

*Estas condiciones no se requieren cuando se adopte al hijo o hijos del cónyuge.*

*Artículo 317. Son requisitos para otorgar la guarda:*

---

(116) Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, Ley 26.061 sancionada el 28 de septiembre de 2005. Texto disponible en la dirección <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-26061-110778/texto>. Citada por las representantes en su escrito de alegatos finales, folio 447.

(117) Ley de Promoción y Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, Ley No. 12697 de la Provincia, de 17 de abril de 2009. Citada por las representantes en su escrito de alegatos finales, folio 447.

*Citar a los progenitores del menor a fin de que presten su consentimiento para el otorgamiento de la guarda con fines de adopción. El juez determinará, dentro de los sesenta días al nacimiento, la oportunidad de dicha citación.*

*No será necesario el consentimiento cuando el menor estuviese en un establecimiento asistencial y los padres se hubieran desentendido totalmente del mismo durante un año o cuando el desamparo moral o material resulte evidente, manifiesto y continuo, Losada Vs. Bolivia, supra, párr. 98 y esta situación hubiese sido comprada por la autoridad judicial. Tampoco será necesario cuando los padres hubiesen sido privados de la patria potestad o cuando hubiesen manifestado judicialmente su expresa voluntad de entregar al menor en adopción.*

*Tomar conocimiento personal del adoptado.*

*Tomar conocimiento de las condiciones personales, edades y aptitudes del o de los adoptantes teniendo en consideración las necesidades y los intereses del menor con la efectiva participación del Ministerio Público, y la opinión de los equipos técnicos consultados a tal fin.*

*Iguales condiciones a las dispuestas en el inciso anterior se podrán observar respecto de la familia biológica*

*El juez deberá observar las reglas de los incisos a), b) y c) bajo pena de nulidad.*

*Artículo 318. Se prohíbe expresamente la entrega de guarda de menores mediante escritura pública o acto administrativo<sup>118</sup>.*

*73. El 1 de agosto de 2015 entró en vigor el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación que derogó al Código Civil. Dicho Código regula la adopción en su Libro Segundo, Título VI. Al respecto establece:*

*Artículo 595. Principios generales. La adopción se rige por los siguientes principios:*

*El interés superior del niño;*

*El respeto por el derecho a la identidad;*

*El agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada;*

*La preservación de 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;*

*El derecho a conocer los orígenes;*

*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.*

[...]

---

(118) Código Civil de la Nación Argentina. Ley 340 de 25 de septiembre de 1869. Reformado por medio de Ley No. 24.779 promulgada el 26 de marzo de 1997. Texto disponible en línea en la dirección <http://www.saij.gob.ar/340-nacional-codigo-civil-lns0002653-1869-09-25/123456789-0abc-defg-g35-62000scanyel>. Citado por las representantes en sus alegatos finales folio 448.

*Artículo 597.- Personas que pueden ser adoptadas. 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. [...]*

[...]

*Artículo 607. Declaración judicial de la situación de adoptabilidad. Supuestos. La declaración judicial de la situación de adoptabilidad se dicta si:*

*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;*

*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;*

*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 un plazo máximo de noventa días.*

[...]

*Artículo 611.- Guarda de hecho. Prohibición. Queda prohibida expresamente la entrega directa en guarda de niños, niñas y adolescentes mediante escritura pública o acto administrativo, así como la entrega directa en guarda otorgada por cualquiera de los progenitores u otros familiares del niño.*

*La transgresión de la prohibición habilita al juez a separar al niño transitoria o definitivamente de su pretenso guardador, excepto que se compruebe judicialmente que la elección de los progenitores se funda en la existencia de un vínculo de parentesco, entre éstos y el o los pretendidos guardadores del niño.*

*Ni la guarda de hecho, ni los supuestos de guarda judicial o delegación del ejercicio de la responsabilidad parental deben ser considerados a los fines de la adopción.*

*Artículo 612.- Competencia. La guarda con fines de adopción debe ser discernida inmediatamente por el juez que dicta la sentencia que declara la situación de adoptabilidad.*

*Artículo 613.- Elección del guardador e intervención del organismo administrativo. El juez que declaró la situación de adoptabilidad selecciona a los pretendidos adoptantes de la nómina remitida por el registro de adoptantes. A estos fines, o para otras actividades que considere pertinentes, convoca a la autoridad administrativa que intervino en el proceso de la declaración en situación de adoptabilidad, organismo que también puede comparecer de manera espontánea.*

*Para la selección, y a los fines de asegurar de un modo permanente y satisfactorio el desarrollo pleno del niño, niña o adolescente, se deben tomar en cuenta, entre otras pautas: las condiciones personales, edades y aptitudes del o de los pretensos adoptantes; su idoneidad para cumplir con las funciones de cuidado, educación; sus motivaciones y expectativas frente a la adopción; el respeto asumido frente al derecho a la identidad y origen del niño, niña o adolescente.*

*El juez debe citar al niño, niña o adolescente cuya opinión debe ser tomada en cuenta según su edad y grado de madurez.*

*Artículo 614.- Sentencia de guarda con fines de adopción. Cumplidas las medidas dispuestas en el artículo 613, el juez dicta la sentencia de guarda con fines de adopción. El plazo de guarda no puede exceder los seis meses.*

*Artículo 615.- Competencia para el juicio de adopción. Es juez competente el que otorgó la guarda con fines de adopción, o a elección de los pretensos adoptantes, el del lugar en el que el niño tiene su centro de vida si el traslado fue tenido en consideración en esa decisión<sup>119</sup>.*

## VII. Fondo

74. El presente caso se relaciona con la alegada responsabilidad internacional de Argentina por la violación de los derechos consagrados en los artículos 5, 8.1, 11, 17, 19, 24 y 25 de la Convención Americana, así como el artículo 7 de la Convención de Belém do Pará, en el marco de un alegado proceso de declaración de adoptabilidad en perjuicio de María, su madre y Mariano. Si bien el Estado reconoció su responsabilidad por la violación de los mencionados derechos, esta Corte considera útil pronunciarse en el presente capítulo sobre (1) la violación a los derechos a la vida familiar, a la protección a la familia y derechos de la niñez; (2) las garantías judiciales y la protección judicial, y (3) el derecho a la igualdad y a vivir libre de violencia.

### **VII.1. Derechos a la integridad personal, a la vida familiar, protección A la familia y derechos de la niñez<sup>120</sup>**

#### A. Alegatos de las partes y de la Comisión

75. La **Comisión** consideró que el Estado incurrió en una serie de acciones y omisiones que se tradujeron en un actuar negligente respecto a la protección de los derechos de María y su hijo. Tales actos resultaron incompatibles con la dignidad de adolescente, mujer y madre de María y ocasionaron un daño profundo e irreparable a su derecho a construir un vínculo afectivo. Resaltó que, desde el inicio del proceso y durante un plazo irrazonable, diversos actores estatales incumplieron con su deber de garantizar el derecho a la familia de las presuntas víctimas y el derecho a la identidad de Mariano. En particular, no consta que

---

(119) Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. Ley 26.994 de 1 de octubre de 2014. Texto disponible en línea en la dirección <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm#16>. Citado por las representantes en sus alegatos finales, folio 449.

(120) Artículos 5.1, 11.2, 17 y 19 de la Convención Americana.

el Estado hubiese brindado algún tipo de asesoría o apoyo para asegurar que la decisión de María y su madre respecto a la adopción del niño por nacer fuese libre e informada. Asimismo, no se tuvo en cuenta la opinión de otros miembros de la familia de origen. Consideró, además, que el Estado falló en adoptar medidas oportunas para favorecer el relacionamiento de María con su hijo, el cual se vio seriamente afectado por las demoras de las autoridades en la conducción del proceso judicial.

76. De la misma manera, argumentó que en este caso se manifestaban varios factores de riesgo que colocaban a María y su familia en una situación de vulnerabilidad: el ser niña, el haber quedado embarazada a los 12 años, el estado de pobreza en que se encontraba la familia y los antecedentes de violencia intrafamiliar que habían derivado en la exclusión del padre. Debido a la confluencia de estos factores, el Estado tenía un deber de actuar con diligencia estricta o reforzada para garantizar los derechos de María. Agregó que, al no tomar en cuenta la voluntad de María, el Estado reforzó un estereotipo arraigado que niega la capacidad de las niñas y adolescentes en situación de pobreza para expresar y tomar decisiones sobre su propio destino.

77. La Comisión concluyó que el Estado no protegió el derecho a la familia de María, su madre y su hijo Mariano ni cumplió con sus obligaciones especiales que derivan de los derechos de las presuntas víctimas. Ello causó un severo sufrimiento y angustia que afectó el derecho a la identidad de Mariano, interfiriendo de manera arbitraria en el derecho a la vida familiar de las presuntas víctimas.

78. Las *representantes* señalaron que “es obligación del Estado, como forma de protección de niñas y niños, asegurar el crecimiento de los mismos en el ámbito familiar. No solo evitando intromisiones innecesarias, injerencias arbitrarias, sino en el caso que la familia tenga dificultades para cumplir con su cometido, brindando los apoyos y herramientas necesarias”. Estimaron que “[s]i la familia nuclear, no puede brindar la contención aún con los apoyos se requerirá la intervención de la familia ampliada, a quien también, en caso de requerirlo, el Estado brindará apoyo y contención, siempre con el objeto de evitar que el niño sea alejado de su núcleo familiar”. Consideran que “no existe motivo alguno para separar a ‘Mariano’ de su mamá y el prolongamiento de este proceso, [y que] manteniéndolos separados, sin justificación alguna, lesiona el derecho de ambos a la familia y al art. 19 de la [Convención]”.

79. Asimismo, indicaron que el derecho a la familia “se vincula directamente con la integridad personal en relación directa con el derecho a la identidad”, y que Mariano ha pasado casi ocho años de vida alejado de su familia, [...] salvo pocas horas a la semana con su mamá y siempre bajo supervisión. Además, jamás se ha permitido que concurra a la casa de su mamá y entablar relación con su familia ampliada”.

80. El *Estado*, en su reconocimiento de responsabilidad, indicó que “en un proceso viciado desde su génesis, María, sin recibir el asesoramiento jurídico que requería dada su particular condición de vulnerabilidad –niña madre, mujer y en condición de pobreza–, fue condicionada para entregar a su hijo en adopción, sin que fuera evaluada alguna otra medida que preservara el vínculo familiar biológico, vulnerando su derecho a la familia, y a su protección”, y que “[l]as autoridades judiciales que intervinieron tampoco indagaron cuál era el deseo de María ni le brindaron información plena y concreta que le permitieran tomar una decisión libre e informada sobre su maternidad”. Indicó, además que “se encuentra en juego directamente el derecho a la identidad”, pues Mariano está creciendo en una familia



distinta a su familia [de origen]; sin que haya por otra parte una razón o fundamento que impidan a María ejercer su maternidad”, lo que “se enlaza profundamente con el derecho a la familia, y el especial deber de protección que al respecto tienen los [E]stados”.

## B. Consideraciones de la Corte

### B.1. Derechos de la niñez y adolescencia y protección a la familia

#### B.1.1. Consideraciones generales sobre el interés superior de la niñez

82. María y Mariano eran niños al momento de los hechos. Por consiguiente, en el presente caso, el Tribunal considera que las alegadas violaciones a los diferentes derechos deben interpretarse a la luz del *corpus iuris* internacional de protección de los niños, niñas y adolescentes. Tal como esta Corte lo ha afirmado en otras oportunidades, este *corpus juris* debe servir para definir el contenido y los alcances de las obligaciones que ha asumido el Estado cuando se analizan los derechos de niños, niñas y adolescentes<sup>121</sup>. En este sentido, en el análisis de los hechos de este caso se hará particular mención a la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>122</sup>.

83. Las niñas, niños y adolescentes son titulares de los derechos establecidos en la Convención Americana, además de contar con las medidas especiales de protección contempladas en su artículo 19<sup>123</sup>. El Tribunal entiende que la debida protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, en su calidad de sujetos de derechos, debe tomar en consideración sus características propias y la necesidad de propiciar su desarrollo ofreciéndoles las condiciones necesarias para que vivan y desarrollen sus aptitudes con pleno aprovechamiento de sus potencialidades<sup>124</sup>. Las niñas, niños y adolescentes ejercen por sí mismos sus derechos de manera progresiva, a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal<sup>125</sup>. Por tal motivo, la Convención dispone que las medidas de protección pertinentes a favor de las niñas, niños y adolescentes sean especiales o más específicas que las que se decretan para los adultos<sup>126</sup>. Las medidas de protección que deben adoptarse en virtud del artículo 19 de la Convención deben ser definidas según las circunstancias particulares de cada caso

---

(121) Cfr. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No 63, párr. 194, y *Caso Angulo Losada Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 18 de noviembre de 2022. Serie C No. 475, párr. 99.

(122) Argentina ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño el 4 de diciembre de 1990. La reforma constitucional de 1994 le otorgó rango constitucional y la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes de 2005 estableció su aplicación obligatoria en el ámbito interno.

(123) Cfr. *Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No 221, párr. 121, y *Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 9 de marzo de 2018. Serie C No. 351, párr. 150.

(124) Cfr. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 56, y *Caso Brítez Arce y otros Vs. Argentina, supra*, párr. 95.

(125) Cfr. *Caso Furlan y familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, párr. 230, y *Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala, supra*, párr. 150.

(126) Cfr. *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21, párr. 66, y *Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala, supra*, párr. 150.

concreto<sup>127</sup>. De forma general, en toda situación que involucre a niñas, niños y adolescentes se debe aplicar y respetar, de forma transversal, cuatro principios rectores, a saber: el principio de no discriminación, el principio del interés superior de la niña o del niño, el principio de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, y el principio de respeto a la opinión de la niña o del niño en todo procedimiento que lo afecte, de modo que se garantice su participación<sup>128</sup>.

84. Además, la condición de niña, niño o adolescente exige una protección especial que debe ser entendida como un derecho adicional y complementario a los demás derechos que la Convención Americana reconoce a toda persona. La prevalencia del interés superior del niño, de la niña o adolescente debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de la infancia y la adolescencia, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a niños y niñas<sup>129</sup>. El interés superior del niño, de la niña y adolescente constituye un mandato de prioridad que se aplica tanto al momento de la interpretación como cuando es necesario decidir situaciones de conflicto entre derechos<sup>130</sup>. Asimismo, el interés superior del niño, de la niña o adolescente se construirá con la escucha de estos y ponderando los derechos involucrados, a través de una argumentación que dé preponderancia a los derechos del niño o niña en el caso concreto<sup>131</sup>.

85. Esta Corte ha entendido que, conforme al artículo 19 de la Convención Americana, el Estado se encuentra obligado a promover las medidas de protección especial orientadas en el principio del interés superior de la niña, del niño y adolescente, asumiendo su posición de garante con mayor cuidado y responsabilidad en consideración a su condición especial de vulnerabilidad<sup>132</sup>. El interés superior de las niñas, los niños y adolescentes se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de estos, y en la necesidad de propiciar su desarrollo<sup>133</sup>. A su vez, el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del

---

(127) Cfr. *Caso Gelman Vs. Uruguay*, *supra*, párr. 121, y *Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala*, *supra*, párr. 150.

(128) Cfr. Convención sobre los Derechos del Niño, artículos 2, 3, 6 y 12; Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 5: 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, 27 de noviembre de 2003, párr. 12, Opinión Consultiva OC-21/14, *supra*, párr. 69, y *Caso Angulo Losada Vs. Bolivia*, *supra*, párr. 96.

(129) Cfr. *Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 4 de septiembre de 2012, párr. 120, y *Caso Angulo Losada Vs. Bolivia*, *supra*, párr. 97.

(130) Cfr. *Enfoques diferenciados respecto de determinados grupos de personas privadas de la libertad (Interpretación y alcance de los artículos 1.1, 4.1, 5, 11.2, 12, 13, 17.1, 19, 24 y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de otros instrumentos que conciernen a la protección de los derechos humanos)*. Opinión Consultiva OC-29/22 de 30 de mayo de 2022. Serie A No. 29, párr. 192, y *Caso Angulo Losada Vs. Bolivia*, *supra*, párr. 97.

(131) Cfr. Opinión Consultiva OC-29/22, *supra*, párr. 192, y *Caso Angulo Losada Vs. Bolivia*, *supra*, párr. 97.

(132) Cfr. *Caso Vera Rojas y otros Vs. Chile. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de octubre de 2021. Serie C No. 439, párr. 104, y *Caso Angulo Losada Vs. Bolivia*, *supra*, párr. 98.

(133) Cfr. Opinión Consultiva OC-17/02, *supra*, párr. 56, y *Caso Angulo Losada Vs. Bolivia*, *supra*, párr. 98.

Niño establece que, en todas las medidas concernientes a los niños, las niñas y adolescentes que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, el interés superior del niño, de la niña y adolescentes se atenderá como una consideración primordial. En relación con este principio, el Comité sobre los Derechos del Niño ha señalado que “todos los órganos o instituciones legislativos, administrativos y judiciales han de aplicar el principio del interés superior del niño [y de la niña] estudiando sistemáticamente cómo los derechos y los intereses de [estos] se ven afectados o se verán afectados por las decisiones y las medidas que adopten; por ejemplo, una ley o una política propuestas o existentes, una medida administrativa o una decisión de los tribunales, incluyendo a las que no se refieren directamente a los niños [ y las niñas,] pero los afectan indirectamente”<sup>134</sup>.

86. En el presente caso, es importante subrayar que debió tomarse en cuenta tanto el interés superior de Mariano, como el de María, quien era una niña al momento del parto y durante buena parte del trámite judicial. Sobre este punto, el Comité sobre los Derechos del Niño ha indicado que

*[e]l interés superior del niño, una vez evaluado y determinado, puede entrar en conflicto con otros intereses o derechos (por ejemplo, los de otros niños, el público o los padres). Los conflictos entre el interés superior de un niño, desde un punto de vista individual, y los de un grupo de niños o los de los niños en general tienen que resolverse caso por caso, sopesando cuidadosamente los intereses de todas las partes y encontrando un compromiso adecuado*<sup>135</sup>.

#### B.1.2. Derecho a la vida familiar

87. Respecto a la vida familiar, las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a vivir con su familia, la cual está llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas<sup>136</sup>. Este Tribunal ha indicado que el disfrute mutuo de la convivencia entre progenitores, hijos e hijas constituye un elemento fundamental de la vida de familia. Asimismo, ha dicho anteriormente que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo de esta. Adicionalmente, la Corte Interamericana ha establecido que el término “familiares” debe entenderse en sentido amplio, abarcando a todas las personas vinculadas por un parentesco cercano<sup>137</sup>.

(134) Cfr. Comité de los Derechos del Niño. Observación General No. 5, *supra*, párr. 12; Opinión Consultiva OC-17/02, *supra*, párr. 56, y *Caso Angulo Losada Vs. Bolivia*, *supra*, párr. 98

(135) Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 14: sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), CRC/GC/14, 29 de mayo de 2013, párr. 39.

(136) Cfr. Opinión Consultiva OC-17/02, *supra*, párrs. 67 y 71, y *Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala*, *supra*, párr. 151.

(137) Cfr. Cfr. *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 142; *Caso Fornerón e hija Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de abril de 2012, párr. 98, e *Identidad de Género e igualdad y no discriminación a parejas del Mismo Sexo*. Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24, párr. 174.

88. En ese sentido, esta Corte considera que el derecho del niño o niña a “crecer con su familia de origen es de fundamental importancia y resulta en uno de los estándares normativos más relevantes derivados de los artículos 17 y 19 de la Convención Americana, así como de los artículos 8, 9, 18 y 21 de la Convención de los Derechos del Niño. De allí que la familia a la que todo niño y niña tiene derecho es, principalmente, a su familia biológica, la cual incluye a los familiares más cercanos, la que debe brindar la protección al niño y, a su vez, debe ser objeto primordial de medidas de protección por parte del Estado”<sup>138</sup>. De la misma manera, respecto a las obligaciones del Estado, el artículo 20 de la Convención de los Derechos del Niño, establece que “los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo interés superior exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado” y el artículo 27 establece la obligación de los Estados partes de adoptar “medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda”.

89. Las niñas, niños y adolescentes deben permanecer en su núcleo familiar de origen, salvo que existan razones determinantes, en función de su interés superior, para optar por separarlos de su familia<sup>139</sup>. Sobre la posibilidad de separación, el Comité de los Derechos del Niño sostuvo que “[a]ntes de recurrir a la separación, el Estado debe proporcionar apoyo a los padres para que cumplan con sus responsabilidades parentales y restablecer o aumentar la capacidad de la familia para cuidar del niño, a menos que la separación sea necesaria para proteger al niño. Los motivos económicos no pueden ser una justificación para separar al niño de sus padres”<sup>140</sup>. De la misma manera, la Comisión ha afirmado que “cuando los progenitores sean jóvenes adolescentes menores de 18 años y hayan manifestado su voluntad de renunciar temporal o definitivamente a sus responsabilidades parentales, concurre el deber especial de protección a favor de los progenitores puesto que ellos mismos merecen esta protección que les dispensa el artículo 19 de la CADH y VII de la DADH por ser personas menores de 18 años”<sup>141</sup>. Por consiguiente, el Estado debe tomar medidas no solo en favor del niño o niña, sino también en favor de sus progenitores que también son objeto de protección especial.

90. De esta forma, el Estado, frente a la protección del vínculo familiar, tiene dos tipos de obligaciones, por una parte, debe velar porque no se produzcan injerencias arbitrarias o abusivas en la vida familiar (artículo 11 de la Convención) así como tomar medidas para garantizar la protección de esa vida familiar (artículo 17 del mismo instrumento). En esta línea, el Tribunal considera que para análisis del caso concreto es necesario analizar conjuntamente los artículos 11.2 y 17 de la Convención, siguiendo los parámetros generales del

---

(138) *Caso Fornerón e hija Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de abril de 2012, párr. 119, y *Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala, supra*, párr. 163.

(139) *Cfr.* Opinión Consultiva OC-17/02, *supra*, párrs. 72, 75 y 77; *Caso Fornerón e hija Vs. Argentina, supra*, párr. 47, y *Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala, supra*, párr. 151.

(140) Comité de los Derechos del Niño. Observación General No. 14, *supra*, párr. 61.

(141) Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en la Américas”, OEA/Ser.L/V/II: Doc 54/13, 17 de octubre de 2013, párr. 134.

artículo 19 ya que tanto la madre como el hijo eran personas menores de edad al momento de los hechos.

B.1.3. Análisis de la injerencia al derecho a la familia y derechos de la niñez en el caso concreto

a) Falta de consentimiento por parte de la madre

91. El artículo 9 de la Convención de los Derechos del Niño establece como obligación del Estado velar porque los niños, niñas y adolescentes no sean separados 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 para el interés superior del niño, niña o adolescente. Esta Corte ya ha indicado que la separación de niños, niñas o adolescentes de su familia puede constituir una violación del derecho de protección a la familia, pues inclusive las separaciones legales del niño de su familia de origen solo proceden si están debidamente justificadas en el interés superior del niño, niña o adolescentes, son excepcionales y, en lo posible, temporales<sup>142</sup>.

92. De conformidad a la jurisprudencia constante de este Tribunal, para que una restricción a un derecho sea compatible con la Convención Americana, esta debe cumplir diversos requisitos. En primer lugar, la restricción debe estar fundada en una ley. En el presente caso, al momento del embarazo de María, estaba vigente el Código Civil de la República Argentina, que regulaba la adopción y la guarda en los artículos 316 y 317 (*supra*, párr. 72). De acuerdo con esta legislación, la guarda preadoptiva solo podía ser determinada por un Juez, previa autorización de los progenitores, la cual no podía darse antes de haber transcurrido 60 días del nacimiento. El 1 de agosto de 2015, entró en vigor el Código Civil y Comercial de la Nación que regula la declaración judicial de adoptabilidad en su artículo 607, y establece en su inciso b) que la manifestación libre e informada de los progenitores para dar en adopción debía darse después de los 45 días de producido el nacimiento (*supra*, párr. 73).

93. Resulta claro, de los hechos del caso, que no se respetaron estos requisitos en el caso de María. La base del alegado proceso de adoptabilidad fue un documento firmado el 23 de julio de 2014 por María y su madre en donde la primera indicaba que manifestaba su voluntad de entregar en Guarda Preadoptiva y posterior adopción a su bebé por nacer<sup>143</sup>. Lo anterior es contrario tanto a lo dispuesto en el Código Civil vigente al momento del embarazo de María y nacimiento de Mariano, como a lo dispuesto por el actual Código Civil y de Comercio. En efecto, ambas legislaciones no prevén la entrega en guarda de un niño o niña por nacer.

94 La Convención sobre los Derechos del Niño dispone en su artículo 21 inciso a) que los Estados deben velar “porque la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y

---

(142) Cfr. Opinión Consultiva OC-17/02, *supra*, párr. 71, y Caso *Fornerón e hija Vs. Argentina*, *supra*, párr. 116.

(143) Cfr. Escrito de 23 de julio de 2014 firmado por María y su madre, dirigido a la Directora de la Dirección Provincial de Promoción de los Derechos de la Niñez, Adolescencia y Familia (expediente de prueba, folio 77).

representantes legales y que, cuando así se requiera, *las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario*” [énfasis añadido].

95. De esta forma, la decisión de dar en adopción es un acto que tiene numerosas implicaciones legales que puede requerir asistencia jurídica en casos en que la progenitora se encuentre en una situación de notoria vulnerabilidad<sup>144</sup>. Al respecto, el artículo 15 de la Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional de las Naciones Unidas, establece que “los propios padres del niño y los futuros padres adoptivos y, cuando proceda, el niño, deberán disponer de tiempo suficiente y asesoramiento adecuado para llegar cuanto antes a una decisión respecto del futuro del niño”<sup>145</sup>. De la misma manera, en el plano local, el artículo 27 de la Ley de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (No. 26.061) dispone que, en los procedimientos judiciales o administrativos, los Organismos del Estado deben garantizar a las niñas, niños y adolescentes “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”.

96. Se desprende de los hechos que ni María ni su madre contaron con asistencia letrada al momento de firmar el escrito de 23 de julio de 2014 en donde manifestaban su supuesta voluntad “libre e informada” de dar en adopción al niño por nacer. Asimismo, tampoco consta en el expediente que se les haya informado de las implicaciones de tal decisión. A lo anterior se unió el hecho que, de acuerdo con las declaraciones presentadas tanto por María como por su madre durante el proceso interno, de que existieron presiones por parte del personal de la maternidad para que autorizaran la adopción del niño por nacer (*supra*, párr. 34). De esta forma no puede considerarse que el consentimiento fue dado de manera libre e informada.

97. Asimismo, de los hechos del caso se desprende de manera clara que María, con posterioridad al nacimiento de Mariano, no confirmó su supuesta voluntad de darlo en adopción, como requería la legislación interna. En efecto, el Informe del Consultorio Médico Forense realizado a petición del Tribunal Colegiado de Familia, concluyó que María presentaba un bloqueo emocional selectivo y que no estaba en condiciones de comprender

---

(144) En efecto, la regla 28 de las 100 Reglas de Brasilia establece que “se constata la relevancia del asesoramiento técnico-jurídico para la efectividad de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad: en el ámbito de la asistencia legal, es decir, la consulta jurídica sobre toda cuestión susceptible de afectar a los derechos o intereses legítimos de la persona en condición de vulnerabilidad, sin retrasos innecesarios e incluso cuando aún no se ha iniciado un proceso judicial” (Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana en el 2008 y actualizadas en la XIX Cumbre de 2018).

(145) Asamblea General de las Naciones Unidas. Resolución A/RES/41/85. *Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional* del 3 de diciembre de 1986, artículo 15.

el alcance del acto de entrega de adopción (*supra*, párr. 50)<sup>146</sup>. De la misma manera, en la audiencia convocada el 2 de marzo de 2015 se dejó constancia que existía una confusión en torno a los deseos de María sobre su maternidad (*supra*, párr. 51)<sup>147</sup>. Asimismo, a partir de la primera entrevista de María con la Defensora asignada a su caso, se dejó claro que no era su voluntad dar en adopción al bebé y que deseaba recuperarlo (*supra*, párr. 55)<sup>148</sup>.

98. Esta voluntad de recuperar a Mariano fue expresada explícitamente en varios documentos y recursos presentados a lo largo del procedimiento judicial (*supra*, párrs. 53, 59, 60 y 63). Sin embargo, tanto el Juzgado, como el Tribunal Colegiado de Familia y las instancias de alzada continuaron afirmando que existía una voluntad por parte de María de dar en adopción a su hijo, indicando inclusive la existencia de un consentimiento tácito frente a la falta de actividad procesal por parte de María y de su madre entre el nacimiento de Mariano y su comparecencia ante el médico forense (*supra*, párr. 60)<sup>149</sup>. Sin embargo, de acuerdo con la normativa interna, el consentimiento para un acto de la trascendencia de entregar a un hijo en adopción no podía ser inferido de manera tácita y debía darse después del nacimiento (*supra*, párr. 72).

99. De la misma manera, a pesar de que María a lo largo de la mayoría del proceso era una niña, no se tomó en cuenta su voluntad ni se hizo un análisis de lo que correspondía a su interés superior a la hora de tomar decisiones que impactaban no solo la vida de su hijo Mariano, sino su propia vida.

***b) La falta de protección estatal al núcleo familiar de origen de Mariano y los obstáculos para su vinculación***

100. De acuerdo con la Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, “como primera prioridad, el niño ha de ser cuidado por sus propios padres” y solo “cuando los propios padres del niño no puedan ocuparse de él o sus cuidados sean inapropiados, debe considerarse la posibilidad de que el cuidado quede a cargo de otros familiares de los padres del niño, otra familia sustitutiva – adoptiva o de guarda- o en caso necesario, una institución apropiada”<sup>150</sup>. De la misma manera, la Asamblea General de las Naciones Unidas en sus Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños, estableció que: “[a] ser la familia el núcleo fundamental de la sociedad

---

(146) Cfr. Informe No. 13368/2014 de Examen Psiquiátrico realizado por el Consultorio Médico Forense del Poder Judicial el 15 de diciembre de 2014 (expediente de prueba, folio 7175).

(147) *fr.* Acta de audiencia de 2 de marzo de 2015 realizada en el marco del expediente [María] S/Medida Precautoria (expediente de prueba, folio 7177).

(148) Cfr. Auto No. 598 de 20 de abril de 2015 en el marco del expediente [María] S/Medida Precautoria (expediente de prueba, folio 140).

(149) Cfr. Resolución No. 2968 de 24 de octubre de 2016 suscrita por la Jueza S.S. del Juzgado de Familia No. 5 en el marco del expediente [María] S/Medida Precautoria (expediente de prueba, folio 7280).

(150) Asamblea General de las Naciones Unidas. *Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional, supra*, artículo 4.

y el medio natural para el crecimiento, el bienestar y la protección de los niños, los esfuerzos deberían ir encaminados ante todo a lograr que el niño permanezca o vuelva a estar bajo la guarda de sus padres o, cuando proceda, de otros familiares cercanos. El Estado debería velar porque las familias tengan acceso a formas de apoyo en su función cuidadora”<sup>151</sup>.

101. En este sentido, la separación del niño de su propia familia debe ser una “medida de último recurso, y en lo posible, ser temporal y por el menor tiempo posible”<sup>152</sup>, debiendo revisarse periódicamente. Se impone, además, la elaboración de criterios adecuados sobre principios profesionales y técnicos para evaluar la situación del niño y la familia, “incluida la capacidad real y potencial de la familia para cuidar del niño en los casos en que la autoridad o la agencia tenga motivos fundados para pensar que el bienestar del niño se encuentra en peligro”<sup>153</sup>. Asimismo, respecto de padres adolescentes, se insta a los Estados a ejercer programas de apoyo que tengan por finalidad “dar a las madres y padres la posibilidad de ejercer las funciones parentales en condiciones de dignidad y evitar que se vean inducidos a entregar la guarda de su hijo a causa de su vulnerabilidad”<sup>154</sup>. Estos principios han sido recogidos por esta Corte en su jurisprudencia, en particular, en la OC-17/02, donde indicó que “el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia. En todo caso, la separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal”<sup>155</sup>.

102. En el presente caso las acciones, tanto del personal de maternidad como en el ámbito judicial, se encaminaron hacia un proceso de adoptabilidad, a pesar de que tal proceso no podía iniciarse sin el consentimiento expreso, libre e informado de los padres posterior al nacimiento del niño. De acuerdo con la legislación interna, el Estado podía tomar medidas con el fin de garantizar la protección del niño una vez nacido, si consideraba que estaba en riesgo su interés superior. Sin embargo, estas medidas debían tener un carácter temporal y no debían encaminarse forzosamente hacia un proceso de adopción. De esta forma, tal como lo menciona la testigo Alejandra Verdondoni, Defensora Civil “el niño no debió ser entregado a una familia inscrita en el Registro único de adoptantes desde el primer momento, sino a un hogar solidario hasta definir la situación”<sup>156</sup>. De esta forma, una situación que en principio debía ser temporal, ha perdurado en el tiempo volviéndose en la realidad afectiva de un niño por más de ocho años.

---

(151) Asamblea General de Naciones Unidas. Resolución A/RES/64/142. *Directrices sobre las modalidades alternativas del cuidado de los niños* de 24 de febrero de 2010, párr. 3.

(152) Asamblea General de Naciones Unidas. *Directrices sobre las modalidades alternativas del cuidado de los niños*, *supra*, párr. 14.

(153) Asamblea General de Naciones Unidas. *Directrices sobre las modalidades alternativas del cuidado de los niños*, *supra*, párr. 39.

(154) Asamblea General de Naciones Unidas. *Directrices sobre las modalidades alternativas del cuidado de los niños*, *supra*, párr. 41.

(155) Opinión Consultiva OC-17/02, *supra*, párrs. 76 y 77, y *Caso López y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2019, Serie C Np. 396, párr. 173.

(156) Declaración dada ante fedatario público por Alejandra Verdondoni el 18 de noviembre de 2022 (expediente de prueba, folio 12151).



103. De los hechos del caso también resulta claro desde la primera entrevista realizada por las trabajadoras sociales de la Defensoría Provincial de Niños, Niñas y Adolescentes y de la Maternidad que miembros de la familia cercana de María no estaban de acuerdo con la adopción y se había ofrecido a ayudar con el cuidado del bebé por nacer (*supra*, párr. 41)<sup>157</sup>. A pesar de lo anterior, ni las trabajadoras sociales de la Maternidad, ni las instancias administrativas y judiciales involucradas en el proceso de guarda, exploraron esta posibilidad. De esta forma, el Estado no cumplió con su obligación de darle a María y a su familia ampliada los apoyos necesarios para enfrentar su situación.

104. Por otra parte, en el marco del procedimiento judicial, desde su primera actuación con patrocinio legal, María solicitó el contacto con su hijo (*supra*, párr. 64)<sup>158</sup>. De la misma manera, desde su primer informe preliminar, las Juntas Especiales en Salud Mental recomendaron el contacto de María con Mariano (*supra*, párr. 59)<sup>159</sup>. Sin embargo, no fue sino hasta en abril de 2016, un año después de haberse presentado la solicitud, que la jueza interviniente autorizó un régimen de visitas entre María y Mariano (*supra*, párr. 66). Este proceso de vinculación estuvo marcado por la falta de flexibilidad, su realización en espacios poco propicios, la interrupción de los encuentros en varias ocasiones y la dificultad de que participaran miembros de la familia directa de María, en particular, su madre (*supra*, párrs. 66 a 68). Debe tomarse en cuenta que estas decisiones y actuaciones sobre la vinculación entre María y Mariano afectaron a este último en un periodo particularmente importante en su formación como persona como lo es la primera infancia. El Comité sobre los Derechos del Niño ha señalado que la primera infancia es un período esencial en la realización de los derechos del niño donde, *inter alia*, se crean vínculos emocionales fuertes con sus padres y sientan la base de su salud física y mental, la identidad personal y cultural y el desarrollo de sus aptitudes<sup>160</sup>.

105. De esta forma, tanto las acciones como las omisiones estatales a lo largo del proceso administrativo y judicial implicaron una afectación a la vida en familia. Por consiguiente, se considera que el Estado es responsable de la violación de los artículos 11.2 y 17 en perjuicio de María, su madre y Mariano. Asimismo, al no haber tomado en cuenta el interés superior de María, quien era una niña cuando se la separó de su hijo, también se vulneró el artículo 19 en su contra.

## B.2. Derecho a la identidad

106. La Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 7.1. establece que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho “a conocer a sus padres y a ser cuidado[s] por ellos”. De la misma manera, el artículo 8.1 señala que “[l]os Estados Parte se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre

(157) *Cfr.* Acta de Vista y Entrevista Domiciliaria de 8 de agosto de 2014 firmada por F.F. Trabajadora Social (expediente de prueba, folios 85 y 86).

(158) *Cfr.* Escrito presentado por V.J. en calidad de abogada de María el 4 de agosto de 2015 ante el Tribunal Colegiado de Familia No. 5 en el marco del expediente [María] S/Medida Precautoria (expediente de prueba, folio 153).

(159) *Cfr.* Informe preliminar de las Juntas Especiales de Salud Mental presentado ante el Tribunal Colegiado de Familia No. 5 el 1 de febrero de 2016 (expediente de prueba, folios 7243 a 7247).

(160) *Cfr.* Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 7: Realización de los derechos del niño en la primera infancia, CRC/C/GC/7/Rev.1, 20 de septiembre de 2006, párr. 6.

y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas”. Si bien el derecho a la identidad no se encuentra expresamente codificado en la Convención Americana, este Tribunal ya lo ha reconocido y lo ha conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso<sup>161</sup>. De la regulación de la norma contenida en la Convención sobre Derechos del Niño se colige que la identidad es un derecho que comprende varios elementos, entre ellos, la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares, incluidos en dicho articulado a modo descriptivo mas no limitativo. De igual forma, el Comité Jurídico Interamericano ha resaltado que el “derecho a la identidad es consustancial a los atributos y a la dignidad humana” y es un derecho con carácter autónomo, el cual posee “un núcleo central de elementos claramente identificables que incluyen el derecho al nombre, el derecho a la nacionalidad y el derecho a las relaciones familiares”. En efecto, es “un derecho humano fundamental oponible erga omnes como expresión de un interés colectivo de la [c]omunidad [i]nternacional en su [c]onjunto[,] que no admite derogación ni suspensión en los casos previstos por la Convención Americana”<sup>162</sup>. La identidad personal está íntimamente ligada a la persona en su individualidad y vida privada, sustentadas ambas en una experiencia histórica y biológica, así como en la forma en que se relaciona dicho individuo con los demás, a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social. De esta forma, la identidad, si bien no es un derecho exclusivo de los niños y niñas, entraña una importancia especial durante la niñez<sup>163</sup>.

107. En el ámbito interno, el artículo 11 de la Ley de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (ley No. 26061) establece como un derecho, el derecho a la identidad. Entre otros aspectos regula que las niñas, niños y adolescentes “[t]ienen 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” (*supra*, párr. 70).

108. Las circunstancias en este caso implicaron que Mariano creciera desde su nacimiento con el matrimonio López, permaneciendo en una situación jurídica indeterminada hasta la fecha. En efecto, las diferentes actuaciones y omisiones de los entes administrativos y judiciales convirtieron una medida precautoria en una situación que se ha extendido por más de ocho años lo que ha afectado su derecho la identidad. En este sentido, las Juntas Especiales de Salud Mental, en su Informe Final en el marco del proceso de medidas cautelares,

---

(161) Cfr. *Caso Gelman Vs. Uruguay*, *supra*, párr. 122, y *Caso Pavez Pavez Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 4 de febrero de 2022. Serie C No. 449, párr. 61.

(162) Comité Jurídico Interamericano, Opinión “sobre el alcance del derecho a la identidad”, 71º Período ordinario de sesiones, Río de Janeiro, Brasil, Documento CJI/doc. 276/07 rev. 1, de 10 de agosto de 2007, párrs. 11.2, 12 y 18.3.3, aprobado en el mismo período de sesiones mediante Resolución CJI/RES.137 (LXXI-O/07), de 10 de agosto de 2007, punto resolutivo segundo.

(163) Cfr. *Caso Contreras y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie C No. 232, párr. 113, y *Caso Pavez Pavez Vs. Chile, supra*, párr. 62.

dictaminaron la necesidad de fomentar el contacto entre María y Mariano y de que el niño conozca su historia<sup>164</sup>, de acuerdo con su progresivo desarrollo emocional (*supra*, párr. 59).

109. El hecho de que Mariano no conozca su propia historia implicó, además, la imposibilidad para este Tribunal de poder citarlo y oírlo directamente en el marco del proceso interamericano. En efecto, en atención a su interés superior, se consideró que no era prudente que tomara conocimiento de la identidad de su madre en el marco de un proceso judicial, sin el debido acompañamiento psicológico debido, respondiendo a su grado de desarrollo emocional. De esta forma se demuestra cómo esta violación a su derecho a la identidad influye en otros derechos, en particular su derecho a ser oído.

110. Asimismo, otro obstáculo en la construcción de la identidad de Mariano fue la determinación de su paternidad. Consta en el expediente de las medidas cautelares que María solicitó al Tribunal de Familia la realización de una prueba de ADN para determinar la paternidad de Mariano, sin embargo, esta medida, necesaria en el marco del proceso de determinación de adoptabilidad, nunca fue ordenada dentro de ese proceso. María tuvo que iniciar un proceso de filiación separado con el fin de que se ordenara la pericia y se determinara quién era el padre de Mariano (*supra*, párr. 69).

111. Con base en lo anterior, esta Corte concluye que el Estado vulneró el derecho a la identidad de Mariano.

### B.3. Derecho a la integridad personal

112. En lo que concierne al derecho a la integridad personal, esta Corte recuerda que la Convención reconoce expresamente en su artículo 5 que toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral, además prevé que nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. La Corte ha establecido que la infracción a la integridad personal es una clase de violación que tiene diversas connotaciones de grado y cuyas secuelas físicas y psíquicas varían de intensidad según los factores endógenos y exógenos que deberán ser demostrados en cada situación concreta<sup>165</sup>. Respecto a la separación de niñas y niños de sus familias, este Tribunal ya ha considerado que puede generar afectaciones específicas en su integridad personal de especial gravedad, las cuales pueden tener un impacto duradero<sup>166</sup>, tanto en los hijos e hijas como en sus progenitores.

113. En el caso particular, debe además tomarse en cuenta que, al momento del parto, María era una niña, por lo que se encontraba en una situación de particular vulnerabilidad, frente a la cual el Estado tenía un deber de protección reforzada. Si bien se le brindó atención psicológica, el abordaje que recibió por parte del personal de la Maternidad, en donde fue encaminada para forzar la decisión de entregar a su hijo en adopción, hizo que desarrollara una actitud de desconfianza hacia el personal. Asimismo, a lo largo del procedimiento administrativo y judicial, los esfuerzos se concentraron en determinar el interés

(164) Cfr. Informe preliminar de las Juntas Especiales de Salud Mental presentado ante el Tribunal Colegiado de Familia No. 5 el 1 de febrero de 2016 (expediente de prueba, folios 7243 a 7247).

(165) Cfr. *Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Fondo*. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C No. 33, párr. 57, y *Caso López Sosa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 17 de mayo de 2023. Serie C No. 489, párr. 91.

(166) Cfr. *Caso Contreras y otros Vs. El Salvador, supra*, párr. 100, y *Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala, supra*, párr. 365.

superior de Mariano, sin tomar en cuenta que su madre también era una niña, cuyo interés también debía ser tomado en cuenta. No cabe duda de que estas actuaciones generaron un severo sufrimiento y angustia que afectó la integridad personal de María. Por lo anterior, se considera que el Estado vulneró la integridad personal de María, incumpliendo con su deber de protección reforzada al tratarse de una niña.

#### B.4. Conclusiones

114. Por lo expuesto anteriormente y tomando en cuenta el reconocimiento de responsabilidad realizado por el Estado, la Corte encuentra que Argentina es responsable por la violación a los derechos a la integridad personal, a la vida familiar, a la protección a la familia y a los derechos de la niñez, consagrados en los artículos 5, 11.2, 17 y 19 de la Convención Americana, en perjuicio de María. Asimismo, es responsable de la violación a los derechos a la vida familiar, a la protección a la familia, derecho a la identidad, y a los derechos de la niñez, consagrados en los artículos 11.2, 17 y 19 de la Convención Americana, en perjuicio de Mariano. Finalmente, es responsable de la violación de los derechos a la vida familiar y a la protección a la familia, consagrados en los artículos 11.2 y 17 de la Convención, en perjuicio de la madre de María.

#### VII-2. Garantías judiciales y protección judicial<sup>167</sup>

##### A. Alegatos de las partes y de la Comisión

115. La *Comisión* consideró que el proceso inició de forma irregular, y que esas irregularidades se mantuvieron a lo largo de su sustanciación. Alegó que las diferentes autoridades que intervinieron no garantizaron el derecho de María y su madre a contar con asistencia y representación legal. Agregó que “las autoridades judiciales intervinientes no asumieron la postura proactiva que el caso demandaba ni adaptaron los procedimientos y los rituales judiciales para hacerlos comprensibles a los ojos de María y de su madre”. Estimó que “las actuaciones judiciales no resultaron efectivas para proteger los derechos ni de ‘María’ ni de su hijo, y terminaron por dilatar el proceso judicial generando una situación de falta de certeza jurídica y de mayor alejamiento del niño [...] con su madre biológica”. Además, “a la fecha de aprobación [del Informe de Admisibilidad y Fondo], el juzgado de familia interviniente en el caso aún no se ha adoptado una decisión de fondo que determine la filiación del niño ‘Mariano’”, por lo que “la situación jurídica del niño [...] bajo el cuidado del matrimonio ‘López’ parece asemejarse a una guarda de hecho con aquiescencia judicial a causa de la inactividad de los órganos judiciales intervinientes”.

116. Las *representantes* sostuvieron que “en las medidas de protección se encuentran las de carácter general y las de carácter específicos destinadas a niños en una situación de vulneración determinada”, y que “[e]stas últimas debieron activarse, ante la situación en que se encontraba [María]”. Agregaron que “[e]l inicio de la acción [judicial] por parte de la Defensora de [Niños, Niñas y Adolescentes] viola el art. 8.1 y 25 de la [Convención]”, pues los Defensores, acorde a la legislación, “sólo pueden iniciar acciones judiciales de carácter colectivo”. Asimismo, indicaron que “[t]odo escrito que se presente ante la justicia requiere patrocinio letrado de un abogado”, y que se requiere “[c]omo garantías mínimas la asistencia letrada de niñas, niños y adolescentes”. Estiman que “[e]l patrocinio letrado,

---

(167) Artículos 8.7 y 25.1 de la Convención Americana.

en este caso donde se estaba supuestamente tomando una decisión personalísima y de gran trascendencia, era la única y verdadera garantías del derecho de defensa”.

117. Además, señalaron que “[s]e debe tener en cuenta las normas contenidas en la Convención sobre los derechos del niño, en particular el derecho a ser oído y el interés superior del niño”, y que se “requiere que el niño acceda a la información, según su grado de comprensión, de las cuestiones en juego”. Estimaron que existe “la obligación de dar participación a los niños en los asuntos que le competen, [y] en caso de apartarse de la opinión del niño la autoridad deberá fundamentar debidamente dicho apartamiento”. Por último, adujeron que se debe garantizar el derecho a la justicia en un plazo razonable, pues “[e]l tiempo que insume el proceso tendrá incidencia jurídica en la situación de las personas involucradas en el proceso”, y que “[e]l paso del tiempo ha sido, en este caso, el elemento principal de la estrategia de todos los organismos estatales involucrados, para concluir en la entrega de ‘Mariano’”.

118. El *Estado* en su reconocimiento de responsabilidad afirmó que “las graves irregularidades que se sucedieron en el marco del proceso administrativo y luego del judicial, generaron una vulneración autónoma de los derechos a las garantías judiciales y el derecho a la tutela judicial de María y su madre. En este orden, las autoridades omitieron abordar el caso desde una perspectiva que tomara en especial consideración el contexto de vulnerabilidad en el que ambas se encontraban, y que respetarán adecuadamente su derecho a un debido proceso”.

#### B. Consideraciones de la Corte

119. Tratándose del debido proceso y garantías, esta Corte ha señalado que los Estados tienen la obligación de reconocer y respetar los derechos y libertades de la persona humana, así como proteger y asegurar su ejercicio a través de las respectivas garantías (artículo 1.1). Tanto el *corpus iuris* de derechos y libertades como las garantías de éstos, son conceptos inseparables del sistema de valores y principios característico de la sociedad democrática<sup>168</sup>. Entre estos valores fundamentales figura la salvaguarda de los niños, niñas y adolescentes, tanto por su condición de seres humanos y la dignidad inherente a éstos, como por la situación especial en que se encuentran. Debido a su nivel de desarrollo y vulnerabilidad, requieren protección que garantice el ejercicio de sus derechos dentro de la familia, de la sociedad y con respecto al Estado<sup>169</sup>. Estas consideraciones se deben proyectar sobre la regulación de los procesos, judiciales o administrativos, en los que se resuelva acerca de derechos de los niños y, en su caso, de las personas bajo cuya potestad o tutela se hallan aquéllos<sup>170</sup>.

120. Si bien los niños, niñas y adolescentes cuentan con los mismos derechos humanos que los adultos durante los procesos judiciales o administrativos, la forma en que ejercen tales derechos varía en función de su nivel de desarrollo. Por lo tanto, es indispensable

(168) Cfr. Opinión Consultiva OC-17/02, *supra*, párr. 92, y *Caso Mendoza y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 14 de mayo de 2013 Serie C No. 260, párr. 144.

(169) Cfr. Opinión Consultiva OC-17/02, *supra*, párr. 93, y *Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C No. 277, párr. 133.

(170) Cfr. Opinión Consultiva OC-17/02, *supra*, párr. 94, y *Caso Habbal y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares y Fondo*. Sentencia de 31 de agosto de 2022. Serie C No. 463, párr. 65.

reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un proceso<sup>171</sup>. Las garantías consagradas en los artículos 8 y 25 de la Convención se reconocen a todas las personas por igual, y deben correlacionarse con los derechos específicos que estatuye el artículo 19, de forma en que se reflejen en cualesquiera procesos administrativos o judiciales en los que se discuta algún derecho de un niño, niña o adolescente. Los principios y actos del debido proceso legal constituyen un conjunto irreductible y estricto que puede ampliarse a la luz de nuevos avances en el Derecho de los derechos humanos<sup>172</sup>.

121. Este Tribunal examinará entonces si en el proceso en que se determinó la separación de Mariano de su familia de origen y su entrega al matrimonio López las autoridades administrativas y judiciales actuaron con la debida diligencia que correspondía, teniendo en cuenta la situación particular del caso, la obligación de proceder con especial diligencia y celeridad en los procedimientos que involucran niños, niñas y adolescencias, y el interés superior del niño y la niña involucrados en el proceso. Para ello, la Corte analizará los siguientes aspectos: (1) inobservancia de requisitos legales; (2) el derecho a ser oído; (3) el plazo razonable y (4) la vulneración del derecho a un recurso efectivo.

#### B.1. Inobservancia de requisitos legales

122. El procedimiento ante el Tribunal Colegiado de Familia inició por acción de la Defensora Provincial de Niñas, Niños y Adolescentes, quien presentó ante la Jueza de turno un escrito en donde solicitaba “el inicio del procedimiento del sistema de guarda con fines de adopción”<sup>173</sup>. De esta forma, el 1 de agosto de 2014 se inició un proceso caratulado “[María] s/ Medida Precautoria” (*supra*, párr. 39). De acuerdo con la normativa vigente al momento de los hechos, el procedimiento de guarda no podía ser iniciado por la Defensora Provincial<sup>174</sup>. Asimismo, el procedimiento tomó como punto de partida el documento firmado sin patrocinio letrado por María y su madre el 23 de julio de 2014, el cual no podía ser considerado como una manifestación de consentimiento (*supra*, párrs. 91 a 99). En efecto, tanto bajo el régimen del Código Civil, vigente al momento del nacimiento de Mariano, como bajo el

---

(171) Cfr. Opinión Consultiva OC-17/02, *supra*, párr. 96, y Caso *Mendoza y otros Vs. Argentina*, *supra*, párr. 145.

(172) Cfr. Opinión Consultiva OC-17/02, *supra*, párr. 95, y Caso *Mendoza y otros Vs. Argentina*, *supra*, párr. 148.

(173) Escrito de 1 de agosto de 2014 de la Defensora Provincial de Niñas, Niños y Adolescentes de la Provincia dirigido a la Jueza en turno del Tribunal Colegiado de Familia (expediente de prueba, folio 80).

(174) Al respecto, la perita Marisa Herrera indicó “no solo la Maternidad Martín incumplió con sus obligaciones a cargo, sino que omitió darle intervención al organismo administrativo que crea el propio Sistema de Promoción y Protección Integral para intervenir en situaciones como las acontecidas en este caso. Por el contrario, intervino la Defensora provincial en un caso individual cuando su actuación es de tinte colectivo y de control, habilitando medidas contrarias a las que indica el régimen jurídico vigente, a tal punto que se le dio intervención al RUAGA (Registro Unico de Aspirante a Guardas para Adopción), seleccionándose un matrimonio para adoptar a una persona que aún no había nacido “creándose” un procedimiento innominado y *contra legem* de “adopción prenatal” inexistente en el derecho argentino y absolutamente contrario al sistema jurídico vigente” (Peritaje presentado ante Fedatario Público el 10 de noviembre de 2022 por Marisa Herrera, expediente de prueba folio 12035).

actual Código Civil y Comercial de la Nación Argentina que entró en vigor en el 2015, no existe la figura de adopción prenatal, ni la guarda preadoptiva de un bebé por nacer. Los procesos adoptivos sólo pueden referirse a personas nacidas, y el consentimiento de sus progenitores para darlo en adopción únicamente es válido si de manifiesta luego de un lapso después del nacimiento, respetando el proceso establecido por la ley vigente al momento.

123. Al inicio del procedimiento, se evidenció un accionar judicial acelerado tendiente a la identificación de posibles adoptantes, así, el mismo día en que la Defensora solicitó el inicio del procedimiento la jueza instructora ofició al RUAGA a efecto de que remitiera copia de tres legajos de posibles adoptantes<sup>175</sup>. El RUAGA respondió informalmente por medio de un correo electrónico directamente a la Jueza instructora el 3 de agosto de 2014, enviando los datos de tres posibles adoptantes<sup>176</sup> (*supra*, párr. 39). No figura en el expediente que se haya hecho selección alguna por parte de la Jueza instructora, sino que simplemente se procedió a entrevistar a los primeros en la lista, el matrimonio López, el 13 de agosto de 2014<sup>177</sup>. Sin que mediara una designación formal de este matrimonio como destinatarios de una guardia preadoptiva, a partir de ese momento el procedimiento únicamente siguió con ellos como candidatos y el 22 de agosto de 2014, su representante se presentó al Tribunal Colegiado de familia solicitando su participación legal y la entrega del bebé al momento de su nacimiento<sup>178</sup>. Dicha solicitud fue aceptada por simple auto de 22 de agosto de 2014 expedido por la Jueza Instructora<sup>179</sup>. De esta forma, Mariano fue entregado al matrimonio López en la Maternidad sin que mediara una resolución judicial fundamentada que decidiera sobre la guarda (*supra*, párrs. 42 a 46).

124. En relación con lo anterior, este Tribunal ha considerado que una exposición clara de una decisión constituye parte esencial de una correcta motivación de una resolución judicial, entendida como “la justificación razonada que permite llegar a una conclusión”<sup>180</sup>. En este sentido, el deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática<sup>181</sup>. Por ello, las decisiones que adopten los órganos internos

---

(175) Cfr. Correo electrónico enviado por la Jueza G.E.T. a la dirección registros@[provincia].gov.ar de 1 de agosto de 2014 a las 06:59 pm (expediente de prueba, folio 7142).

(176) Cfr. Correo electrónico enviado desde la dirección registros@[provincia].gov.ar a la Jueza G.T.E. el 4 de agosto de 2014 a las 09:46 am (expediente de prueba, folios 7143 y 7144).

(177) De la misma manera, la realización de esta entrevista se encuentra confirmada por el informe que el Programa de Acompañamiento en Vinculación del RUAGA presentó el 20 de noviembre y que fue presentado por la Directora Provincial de Registros al Tribunal Colegiado De Familia el 1 de diciembre de 2014 (expediente de prueba, folio 7169).

(178) Escrito presentado por M.G.J. apoderada del matrimonio López ante el Tribunal Colegiado de Familia No. 5 el 22 de agosto de 2014 (expediente de prueba, folios 7157 y 7158).

(179) Auto del 22 de agosto de 2014 dentro del expediente “[María] S/ Medida Precautoria” (expediente de prueba, folio 7159).

(180) Cfr. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, párr. 107, y *Caso Pavez Pavez Vs. Chile, supra*, párr. 152.

(181) Cfr. *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela. Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C No. 233, párr. 77, y *Caso Habbal y otros Vs. Argentina, supra*, párr. 68.

que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias<sup>182</sup>. En este sentido, la argumentación de un fallo y de ciertos actos administrativos deben permitir conocer cuáles fueron los hechos, motivos y normas en que se basó la autoridad para tomar su decisión<sup>183</sup>. Además, debe mostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado. Por ello, el deber de motivación es una de las “debidas garantías” incluidas en el artículo 8.1 para salvaguardar los derechos a un debido proceso, de acceso a la justicia y a conocer la verdad, en relación con el artículo 25 de la Convención<sup>184</sup>.

125. La decisión que determinó la entrega de Mariano al matrimonio López no fue motivada. El juzgado a cargo decidió sobre este delicado punto con un simple auto, lo cual constituye una grave violación a los derechos a la justicia y protección judicial. Esta inobservancia de los requisitos legales fue denunciada por la representación legal tanto de María<sup>185</sup>, como de su madre<sup>186</sup> e inclusive por la Defensora General de la Nación en representación de Mariano<sup>187</sup> (*supra*, párrs. 58, 60, 62 y 63). Sin embargo, ninguna instancia dio razón a las recurrentes.

126. Por consiguiente, se considera que las diferentes instancias judiciales no cumplieron adecuadamente con el deber de controlar la legalidad del proceso, de constatar y enmendar las evidentes faltas al procedimiento legal que permitieron la entrega de Mariano y la permanencia por más de ocho años en una familia sin que se cumplieran los requisitos para el otorgamiento de la guarda.

## B.2. Derecho a ser oído

127. El artículo 8.1 de la Convención Americana consagra el derecho a ser oído que ostentan todas las personas, incluidos los niños, niñas y adolescentes, en los procesos en que se determinen sus derechos. Este derecho debe ser interpretado a la luz del artículo 12

---

(182) *Cfr. Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 152, y *Caso Benites Cabrera y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 4 de octubre de 2022. Serie C No. 465, nota al pie 47.

(183) *Cfr. Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párr. 122, y *Caso Habbal y otros Vs. Argentina, supra*, párr. 68.

(184) *Cfr. Caso García Ibarra y otros vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 17 de noviembre de 2015. Serie C No. 306, párr. 151, y *Caso Habbal y otros Vs. Argentina, supra*, párr. 68.

(185) De su primera entrevista con María, la Defensora asignada reportó que ésta nunca quiso dar en adopción a su hijo y deseaba recuperarlo (Auto No. 598 de 20 de abril de 2015 en el marco del expediente [María] S/Medida Precautoria (expediente de prueba, folio 140).

(186) En el primer escrito presentado por la madre de María con patrocinio letrado expresó que venía a retractarse de la solicitud de poner en adopción a su nieto (Escrito presentado por la representante legal de la madre de María ante el Tribunal Colegiado de Familia el 6 de abril de 2015, expediente de prueba folio 7181)

(187) *Cfr. Escrito presentado por S.M.M. Defensora General de la Nación en ejercicio de la representación del niño Mariano ante la Corte Suprema de la Justicia de la Nación el 29 de noviembre de 2022 (expediente de prueba, folios 12215 a 12250).*



de la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>188</sup>, el cual contiene adecuadas previsiones sobre el derecho a ser escuchado de las niñas, niños y adolescentes, con el objeto de que su intervención se ajuste a sus condiciones y no redunde en perjuicio de su interés genuino<sup>189</sup>. El Comité sobre los Derechos del Niño ha señalado el artículo 12 como uno de los cuatro principios generales de la Convención, junto con el derecho a la no discriminación, el derecho a la vida y el desarrollo y la consideración primordial del interés superior del niño, lo que pone de relieve que este artículo no solo establece un derecho en sí mismo, sino que también debe tenerse en cuenta para interpretar y hacer respetar todos los demás derechos<sup>190</sup>.

128. Con el fin de determinar los alcances de los términos descritos en el artículo 12 de dicha Convención, el Comité realizó una serie de especificaciones, a saber: i) “no puede partir[se] de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones”<sup>191</sup>; ii) “el niño no debe tener necesariamente un conocimiento exhaustivo de todos los aspectos del asunto que lo afecta, sino una comprensión suficiente para ser capaz de formarse adecuadamente un juicio propio sobre el asunto”<sup>192</sup>; iii) el niño puede expresar sus opiniones sin presión y puede escoger si quiere o no ejercer su derecho a ser escuchado; iv) “la realización del derecho del niño a expresar sus opiniones exige que los responsables de escuchar al niño y los padres o tutores informen al niño de los asuntos, las opciones y las posibles decisiones que puedan adoptarse y sus consecuencias”<sup>193</sup>; v) “la capacidad del niño debe ser evaluada para tener debidamente en cuenta sus opiniones o para comunicar al niño la influencia que han tenido esas opiniones en el resultado del proceso”<sup>194</sup>, y vi) “los niveles de comprensión de los niños no van ligados de manera uniforme a su edad biológica”, por lo que la madurez de los niños o niñas debe medirse a partir de “la capacidad [...] para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente”<sup>195</sup>.

129. Por otra parte, la Corte subraya que los niños y las niñas ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal<sup>196</sup>. En consecuencia, el aplicador del derecho -sea en el ámbito administrativo o en el judicial- deberá tomar en consideración las condiciones específicas del niño, niña o adolescente y su interés

---

(188) El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño señala: “1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

(189) Cfr. Opinión Consultiva OC-17/02, *supra*, párr. 99, y *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile*, *supra*, párr. 196.

(190) Cfr. Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 12: El derecho del niño a ser escuchado, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009, párr. 2.

(191) Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 12, *supra*, párr. 20.

(192) Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 12, *supra*, párr. 21.

(193) Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 12, *supra*, párr. 25.

(194) Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 12, *supra*, párr. 28.

(195) Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 12, *supra*, párr. 30.

(196) Cfr. Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 7: Realización de los derechos del niño en la primera infancia, CRC/C/GC/7/Rev.1, 20 de septiembre de 2006, párr. 17.

superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del niño, niña o adolescente, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso<sup>197</sup>. Asimismo, la Corte considera que los niños, niñas y adolescentes deben ser informados de su derecho a ser escuchados directamente o por medio de un representante, si así lo desean. Al respecto, en casos en que se presenten conflictos de intereses entre la madre y el padre, es necesario que el Estado garantice, en lo posible, que los intereses del niño, niña o adolescente sean representados por alguien ajeno a dicho conflicto<sup>198</sup>.

130. En este sentido, el Comité de los Derechos del Niño ha señalado que el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño no sólo establece el derecho de cada niño, niña o adolescente de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan, sino el artículo abarca también el subsiguiente derecho de que esas opiniones se tengan debidamente en cuenta, en función de su edad y madurez<sup>199</sup>. No basta con escuchar al niño, niña o adolescente, sus opiniones tienen que tomarse en consideración seriamente a partir de que sea capaz de formarse un juicio propio, lo que requiere que sus opiniones sean evaluadas mediante un examen caso por caso<sup>200</sup>. Si el niño, niña o adolescente está en condiciones de formarse un juicio propio de manera razonable e independiente, el encargado de adoptar decisiones debe tener en cuenta sus opiniones como factor destacado en la resolución de la cuestión<sup>201</sup>.

131. En el presente caso, como se explicó en el acápite anterior, el Estado no garantizó que el consentimiento dado por María para entregar en adopción a su hijo por nacer fuera un verdadero consentimiento libre e informado (*supra*, párrs. 91 a 99), por lo que no se puede considerar que, en este acto tan importante para el resto de su vida, se respetara realmente su derecho a ser oída, ya que no constó que le dieran información completa y adecuada para tomar esa decisión, la cual se hizo bajo la presión del personal de la maternidad que afirmaba que se trataba de la única solución posible a su situación.

132. Por otra parte, a lo largo del procedimiento judicial seguido, el derecho de María de ser oída también fue obstaculizado en varias ocasiones. En efecto, si bien el expediente se encuentra caratulado “[María] s/ medida precautoria”, esta Corte ya constató que el proceso no fue iniciado a instancia de María sino por un escrito de la Defensora Provincial de Niñas, Niños y Adolescentes el 1 de agosto de 2014 (*supra*, párr. 38). Asimismo, no fue sino hasta el 2 de marzo de 2015 se citó por primera vez a María a una audiencia. Además, la primera actuación de la Defensa Civil en representación de María se dio el 19 de marzo de 2015, casi 7 meses después de iniciado el procedimiento (*supra*, párr. 53). De esta forma, actos centrales del proceso, como la decisión de entregar a Mariano al matrimonio López, se dieron no solo sobre la base de un documento que no reflejaba un consentimiento libre e informado, sino que omitieron la participación legal de la madre y, por consiguiente, se realizaron sin que ésta fuera oída.

---

(197) Cfr. Opinión Consultiva OC-17/02, *supra*, párr. 102, y *Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala*, *supra*, párr. 172.

(198) Cfr. *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile*, *supra*, párr. 199.

(199) Cfr. Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 12, *supra*, párr. 15.

(200) Cfr. Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 12, *supra*, párrs. 28 y 29.

(201) Cfr. Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 12, *supra*, párr. 44.

133. El 2 de septiembre de 2016, María decidió cambiar su representación legal, por lo que presentó un escrito solicitando el cambio, además de volver a solicitar la vinculación con su hijo y su restitución<sup>202</sup>. Sin embargo, el 21 de septiembre de 2016, la jueza rechazó la solicitud, alegando la necesidad de una nueva evaluación psicológica para determinar si María tenía la madurez suficiente para designar sus propias abogadas<sup>203</sup>. No es sino hasta el 1 de febrero de 2017 que se acepta el patrocinio legal elegido por la propia María<sup>204</sup> (*supra*, párr. 59).

134. De esta forma, este Tribunal considera que a lo largo del proceso no se cumplió con el deber reforzado de escuchar a María, quien era una niña al momento de los hechos, ya que no se hicieron esfuerzos para que sus decisiones fueran realmente informadas, su representación no fue tomada en cuenta sino hasta siete meses después de empezado el proceso y se pusieron obstáculos para reconocer su voluntad de cambiar de representantes.

### B.3. Plazo razonable

135. El derecho de acceso a la justicia debe asegurar la determinación de los derechos de la persona en un tiempo razonable. La falta de razonabilidad en el plazo constituye, por sí misma, una violación de las garantías judiciales<sup>205</sup>. Sobre el particular, el Tribunal ha establecido que la evaluación del plazo razonable se debe analizar en cada caso concreto, en relación con la duración total del proceso, lo cual podría también incluir la ejecución de la sentencia definitiva. De esta manera, ha considerado cuatro elementos para analizar si se cumplió con la garantía del plazo razonable, a saber: (i) la complejidad del asunto<sup>206</sup>; (ii) la actividad procesal del interesado<sup>207</sup>; (iii) la conducta de las autoridades judiciales<sup>208</sup>, y (iv)

---

(202) *Cfr.* Escrito presentado por María el 2 de septiembre de 2016 ante el Tribunal Colegiado de Familia No. 5 en el marco del expediente [María] S/Medida Precautoria (expediente de prueba, folios 7252 a 7264)

(203) *Cfr.* Decreto de 21 de septiembre de 2016 de la Jueza S.S. en el marco del expediente [María] S/Medida Precautoria (expediente de prueba, folio 7266).

(204) *Cfr.* Auto del 1 de febrero de 2017 del Juzgado de Familia No. 5 (expediente de prueba, folio 1176).

(205) *Cfr. Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94, párr. 145, y *Caso López Sosa Vs. Paraguay, supra*, párr. 114.

(206) En cuanto al análisis de la complejidad del asunto, la Corte ha tenido en cuenta, entre otros criterios, la complejidad de la prueba, la pluralidad de sujetos procesales o la cantidad de víctimas, el tiempo transcurrido desde que se tuvo noticia del hecho que debe ser investigado, las características del recurso contenido en la legislación interna y el contexto en el que ocurrió la violación. *Cfr. Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares.* Sentencia de 27 de enero de 1995. Serie C No. 21, párr. 78, y *Caso López Sosa Vs. Paraguay, supra*, párr. 115.

(207) Respecto de la actividad del interesado en obtener justicia, la Corte ha tomado en consideración si la conducta procesal de este ha contribuido en algún grado a prolongar indebidamente la duración del proceso. *Cfr. Caso Cantos Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 28 de noviembre de 2002. Serie C No. 97, párr. 57, y *Caso López Sosa Vs. Paraguay, supra*, párr. 115.

(208) La Corte ha entendido que, para lograr plenamente la efectividad de la sentencia, las autoridades judiciales deben actuar con celeridad y sin demora, debido a que el principio de tutela judicial efectiva requiere que los procedimientos de ejecución sean llevados a cabo sin obstáculos o demoras indebidas, a fin de que alcancen su objetivo de manera rápida, sencilla e integral. *Cfr. Caso*

la afectación generada en la situación jurídica de la presunta víctima<sup>209</sup>. Adicionalmente, la Corte pone en relieve que el proceso aquí analizado involucraba un niño y una niña, lo cual exige que, en este caso, la garantía judicial de plazo razonable establecida en el artículo 8.1 debe analizarse junto con el deber de protección especial derivado del artículo 19 de la Convención Americana.

136. Esta Corte ha sostenido que, en vista de la importancia de los intereses en cuestión, los procedimientos administrativos y judiciales que conciernen la protección de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes, particularmente aquellos procesos judiciales relacionados con la adopción, la guarda y la custodia de niños y niñas que se encuentran en su primera infancia, deben ser manejados con una diligencia y celeridad excepcional por parte de las autoridades<sup>210</sup>. Adicionalmente, el Tribunal ha establecido que el mero transcurso del tiempo en casos de custodia de niños, niñas y adolescentes puede constituir un factor que favorece la creación de lazos con la familia tenedora o acogedora. Por ende, la mayor dilación en los procedimientos, independientemente de cualquier decisión sobre la determinación de sus derechos, podía determinar el carácter irreversible o irremediable de la situación de hecho y volver perjudicial para los intereses de los niños y niñas y, en su caso, de la familia de origen, cualquier decisión al respecto<sup>211</sup>.

137. En relación con el primer elemento del análisis del plazo razonable, debe tomarse en cuenta que el proceso aquí analizado inició como un proceso de medidas cautelares que posteriormente fue transformado en un proceso de declaración de adoptabilidad. Tales cuestiones, son de gran relevancia y requieren de un cuidado especial, que en el caso de marras no se tuvo puesto que ya esta Corte determinó que no cumplió con la garantía del debido proceso (*supra*, párrs. 122 a 126). Sin embargo, el proceso en sí, tal y como estaba enmarcado en la normativa vigente al momento de los hechos, no presentaba especiales complejidades y no era un procedimiento inusual.

138. Respecto a la actividad procesal del interesado, debe subrayarse que el proceso no fue iniciado a petición de parte, sino a pedido de la Defensora Provincial de Niñas, Niños y Adolescentes (*supra*, párr. 38). No consta en el expediente que María o su madre fueran notificadas de la judicialización del caso. En efecto, el primer acto judicial en donde se cita a María o a su madre es por medio del decreto de 27 de agosto de 2014, en donde se ordena que concurran al consultorio médico forense para que se dictamine las condiciones psico-fí-

---

*Mejía Idrovo Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 5 de julio de 2011. Serie C No. 228, párr. 106, y *Caso López Sosa Vs. Paraguay, supra*, párr. 115.

(209) La Corte ha afirmado que para determinar la razonabilidad del plazo se debe tomar en cuenta la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada, considerando, entre otros elementos, la materia de la controversia. *Cfr. Caso Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 21 de noviembre de 2019. Serie C No. 394, párr. 148, y *Caso López Sosa Vs. Paraguay, supra*, párr. 115.

(210) *Cfr. Asunto L.M. Medidas Provisionales respecto de Paraguay.* Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1 de julio de 2011, Considerando 16, y *Caso Fornerón e hija Vs. Argentina, supra*, párr. 51.

(211) *Cfr. Asunto L.M., supra*, Considerando 18, y *Caso Fornerón e hija Vs. Argentina, supra*, párr. 52.

sicas de María. En dicho decreto no se les comparece a estar a derecho<sup>212</sup> (*supra*, párr. 48). Posteriormente, el 23 de diciembre de 2014, la Jueza ordenó que se tomara conocimiento personal con la madre biológica, convocando a una audiencia que se realizó el 2 de marzo de 2015 (*supra*, párr. 51). El 19 de marzo de 2015 consta por primera vez en el expediente la actuación de la Defensora Civil No.1 A.V. en representación promiscua de María, en donde solicitó que se le cite para entrevista personal<sup>213</sup>. El 6 de abril de 2015, la madre de María se presentó por primera vez con patrocinio letrado ante el Tribunal Colegiado en el marco del proceso “[María] s/ Medida Precautoria” y expresó que venía a retractarse de la solicitud de que su nieto fuera puesto en adopción por lo que solicitaba el reintegro del niño con su madre<sup>214</sup> (*supra*, párr. 53).

139. A partir de las anteriores intervenciones, María y su madre cumplieron con las citaciones y han presentado recursos con el fin de lograr el reintegro de Mariano con su familia de origen. En particular, tanto María como su madre han participado de todas las entrevistas psico-sociales ordenadas, han colaborado con las autoridades para establecer un panorama claro sobre su situación y realizaron solicitudes tanto de que se realizara una prueba de paternidad como que se estableciera un régimen de visita (*supra*, párrs. 64 a 68). Asimismo, presentaron recursos de revocatoria, apelación extraordinaria y recurso de queja en contra de la Resolución No. 2609/15 (*supra*, párrs. 58, 60 y 62). María también presentó un recurso de inconstitucionalidad y un recurso extraordinario federal ante la Corte Suprema de la Nación (*supra*, párr. 63). De esta forma, no existen elementos en el expediente que indiquen que la actividad procesal de las presuntas víctimas haya obstaculizado los procesos, sino que, por el contrario, participaron activamente para hacer avanzar el procedimiento. En efecto, frente a la duración excesiva del proceso, las representantes de María presentaron un recurso extraordinario por Salto ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 6 de junio de 2017, para lograr una sentencia definitiva, sin embargo, dicha solicitud fue rechazada (*supra*, párr. 60).

140. Consta en el expediente que el 28 de julio de 2017, y con el fin de llegar a una solución amistosa sobre el tema de la vinculación entre María y su hijo, se acordó una suspensión de los términos pendientes en el expediente. Si bien lo anterior pudo alargar el procedimiento, cabe subrayar que el 1 de febrero de 2018 se reanudaron los plazos (*supra*, párr. 61). Sin perjuicio de lo anterior, la Corte advierte que, en un caso como el presente, la responsabilidad de acelerar el procedimiento recae sobre las autoridades judiciales, en consideración del deber de especial protección que deben al niño y a la adolescente involucrados en este proceso, y no en la actividad procesal de las partes. Más aún, cuando la representación legal de María dejó claro desde el inicio de la participación de María en el proceso de que no existía voluntad de dar en adopción a su hijo.

141. En cuanto a la conducta de las autoridades, el proceso se ha demorado más de ocho años y a la fecha de deliberación de esta Sentencia no había culminado, lo que implica,

---

(212) *Cfr.* Auto de 27 de agosto de 2014 del Tribunal Colegiado de Familia No. 5 en el marco del expediente [María] S/Medida Precautoria (expediente de prueba, folio 7165).

(213) *Cfr.* Auto de 19 de marzo de 2015 en el marco del expediente [María] S/Medida Precautoria (expediente de prueba, folio 124).

(214) *Cfr.* Escrito presentado por la representante legal de la madre de María ante el Tribunal Colegiado de Familia el 6 de abril de 2015 (expediente de prueba folio 7181).

además, un régimen de inseguridad jurídica sobre la situación legal de Mariano. En particular, este Tribunal subraya que, a pesar de la premura con la que se dieron las primeras actuaciones que implicaron la designación del matrimonio López y la entrega de Mariano, las actuaciones con el fin de incluir a María y sus representantes en el proceso sufrieron dilaciones incompatibles con el deber de diligencia y celeridad que deben caracterizar este tipo de procedimientos. En efecto, a pesar de que el expediente se inició el 1 de agosto de 2014, no fue sino hasta el 27 de agosto de 2014 que se citó a María y a su madre para una evaluación en el Consultorio Médico Forense, la cual se realizó tres mes y medio después, el 15 de diciembre de 2014. Luego de conocerse este informe, el Tribunal Colegiado convocó a una audiencia, pero la programó para el 2 de marzo de 2015, es decir más de dos meses después. El nombramiento de una defensora para María ocurrió el 11 de mayo de 2015, más de 8 meses después de iniciado el proceso.

142. Este Tribunal también subraya una demora excesiva en la resolución de los recursos interpuestos. Por ejemplo, en contra de la Resolución No 2609/15, la madre de María interpuso recurso de revocatoria el 23 de octubre de 2015. La representación de María lo hizo el 11 de diciembre de 2015. El Juzgado rechazó estos recursos un año después, el 24 de octubre de 2016. Si bien hubo un periodo de 6 meses en que se suspendieron los plazos, se debe subrayar que el recurso de revocatoria subsidiario ante el Tribunal Colegiado no fue resuelto sino hasta el 23 de abril de 2019, más de dos años y medio después de la resolución del juzgado que denegó el primer recurso.

143. Las autoridades internas específicamente se refirieron a las falencias de los procesos llevados a cabo. De esta forma, la Sala Segunda de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, al conocer del recurso de apelación extraordinario contra las resoluciones No. 2968/16 y 2609/15, hizo las siguientes consideraciones introductorias: “no puedo menos que expresar mi más hondo pesar por estar resolviendo una cuestión que fue originariamente recurrida hace casi seis años atrás. No existe justificación para que ningún tipo de causa – patrimonial o extrapatrimonial- llegue seis años después para la revisión de una resolución que, además, en caso de ser confirmada implica recién el comienzo de un trámite”<sup>215</sup>.

144. Finalmente, esta Corte ha dicho que, para determinar la razonabilidad del plazo, también se debe tomar en cuenta la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada en éste, considerando, entre otros elementos, la materia objeto de controversia. Así, el Tribunal ha establecido que, si el paso del tiempo incide de manera relevante en la situación jurídica del individuo, resultará necesario que el procedimiento avance con mayor diligencia a fin de que el caso se resuelva en un tiempo breve<sup>216</sup>.

145. La falta de diligencia y la duración excesiva del proceso implicó en el caso concreto que Mariano haya permanecido durante más de 8 años, desde su nacimiento hasta la actualidad, con el matrimonio López a pesar de que no cuentan con una declaratoria de guarda. De esta forma se ha perpetuado una situación con vocación temporal. Si bien se estableció un régimen de visitas entre María y su hijo, éste se vio obstaculizado y no ha permitido

---

(215) Acuerdo No. 173 del 7 de julio de 2021 de la Sala Segunda de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial (expediente de prueba, folios 7841 y 7842).

(216) Cfr. *Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192, párr. 155, y *Caso Angulo Losada Vs. Bolivia, supra*, párr. 132.

una verdadera vinculación entre madre e hijo (*supra*, párrs. 64 a 68). Consecuentemente, teniendo en cuenta los derechos e intereses en juego, el retraso en las decisiones judiciales generó afectaciones significativas a los derechos de María, su madre y su hijo.

146. El retraso judicial en este caso sirvió, además, de fundamento para que los jueces de alzada justificaran la decisión de no proceder con el reintegro y mantener el procedimiento de declaración de adoptabilidad. De esta forma, el Tribunal Colegiado de Familia, al conocer del recurso de revocatoria indicó: “[l]a jueza de trámite evita con una mirada reduccionista en el sentido que los intereses de las dos personas menores de edad se conjugan disponiendo vgr. el reintegro propuesto, pues ello importaría desconocer que al momento del dictado de la resolución en crisis ese niño llevaba más de un año con sus actuales cuidadores”<sup>217</sup>. La Cámara de Apelaciones, por su parte, consideró en su resolución que se debía “ponderar el transcurso del tiempo y el impacto que ello produce de por sí en las decisiones judiciales, además de los cambios estructurales que acontecieron en la vida de cada uno de los interesados” y que:

*[R]esulta claro que en la actualidad no podemos eludir el transcurso del tiempo ocurrido sin que aún exista una resolución acerca de la medida tomada -siendo secundario e inútil pretender determinar ahora los motivos o los responsables que conllevaron a esa situación sumamente perjudicial e irreversible-, por lo cual no queda otra opción que aplicar el único procedimiento previsto en la referida norma actual y llevar adelante la discusión planteada oportunamente, garantizando de tal manera la participación de los parientes biológicos y también del matrimonio que tiene el niño bajo su cuidado, quienes si bien participan en autos como terceros, siendo los cuidadores a cargo, son también principales interesados en la decisión, máxime si se tiene en cuenta que conviven con el niño desde su nacimiento y hasta la fecha*<sup>218</sup>.

147. Este Tribunal, en una Sentencia de 2012 en el caso *Fornerón e hija Vs. Argentina*, ya había condenado al Estado por la violación a los derechos de un padre cuyo proceso de determinación de guarda y de visitas había sobrepasado el plazo razonable, considerando, además, que el retraso judicial, fue uno de los fundamentos mismos para la decisión de no otorgarle la guarda. Al respecto, subrayó que “la observancia de las disposiciones legales y la diligencia en los procedimientos judiciales son elementos fundamentales para proteger el interés superior del niño. Por otra parte, no puede invocarse el interés superior del niño para legitimar la inobservancia de requisitos legales, la demora o errores en los procedimientos judiciales”<sup>219</sup>. De la misma manera, en el asunto *L.M. respecto de Paraguay*, la Corte subrayó que “el mero transcurso del tiempo puede constituir un factor que favorece la creación de lazos con la familia tenedora o acogedora que, en una eventual decisión sobre los derechos del niño, podrían a su vez erigirse en el fundamento principal para no cambiar la situación actual del niño, principalmente debido a que se incrementa el riesgo de afectar seriamente el balance emocional y psicológico del mismo”<sup>220</sup>. Por ende, “la mayor dilación

(217) Cfr. Resolución No. 994 de 23 de abril de 2019 del Tribunal Colegiado de Familia No.5 (expediente de prueba, folio 1660).

(218) Acuerdo No. 173 del 7 de julio de 2021 de la Sala Segunda de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial (expediente de prueba, folio 7859).

(219) *Caso Fornerón e hija Vs. Argentina*, *supra*, párr. 105.

(220) *Asunto L.M.*, *supra*, párr. 18.

en los procedimientos, independientemente de cualquier decisión sobre la determinación de sus derechos, puede determinar el carácter irreversible o irremediable de la situación de hecho actual<sup>221</sup> y volver nugatoria y perjudicial para los intereses de Mariano y su madre cualquier decisión en contrario. En el presente caso, por lo expuesto previamente, resulta también evidente que la demora excesiva contribuyó a justificar una situación de hecho y mantener la permanencia de Mariano con el matrimonio López, a pesar de la voluntad de María y su familia de que fuera reintegrado con su familia de origen.

148. Con base en todo lo anterior, la duración total del procedimiento de más de ocho años sin que se haya llegado a una decisión definitiva sobrepasa excesivamente un plazo que pudiera considerarse razonable en procedimientos relativos a la guarda y a la vinculación de un niño con su madre, por lo que constituyen una violación del artículo 8.1 de la Convención en relación con el artículo 17.1 y 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de María, su hijo Mariano y su madre. Asimismo, al tratarse de un proceso en que participaban un niño y una niña, se considera que también se vulneró el artículo 19 en perjuicio de María y de su hijo Mariano.

#### B.4. Derecho a un recurso efectivo

149. Este Tribunal ha señalado que el artículo 25.1 de la Convención contempla la obligación de los Estados Partes de garantizar, a todas las personas bajo su jurisdicción, un recurso judicial sencillo, rápido, y efectivo ante juez o tribunal competente y efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales<sup>222</sup>. En cuanto a la efectividad del recurso, la Corte ha establecido que para que tal recurso posea tal característica, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios<sup>223</sup>. Asimismo, es necesario que el análisis por la autoridad competente no se reduzca a una mera formalidad, sino que examine las razones invocadas por el demandante y se manifieste expresamente sobre ellas<sup>224</sup>.

150. En el presente caso, María, su madre y la Defensora General de la Nación en representación de Mariano, presentaron una serie de recursos en contra de la decisión que transformó el juicio sobre medidas cautelares en un proceso sobre declaración de adoptabilidad<sup>225</sup> (*supra*, párr. 57). El Juzgado de Familia, al conocer de los recursos de revocatoria

---

(221) *Asunto L.M.*, *supra*, párr. 18.

(222) *Cfr. Caso Mejía Idrovo Vs. Ecuador*, *supra*, párr. 95, y *Caso Aguinaga Aillón Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de enero de 2023. Serie C No. 483, párr. 103.

(223) *Cfr. Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 7, párr. 137, y *Caso Aguinaga Aillón Vs. Ecuador*, *supra*, párr. 103.

(224) *Cfr. Caso López Álvarez Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr. 96, y *Caso Scot Cochran Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares y Fondo*. Sentencia de 10 de marzo de 2023. Serie C No. 486, párr. 133.

(225) En efecto, se presentaron en el proceso recursos de revocatoria ante el juzgado, revocatoria ante el pleno, recurso extraordinario por salto ante la Corte Suprema de la Nación, Apelación extraordinaria ante la Cámara de Apelaciones, recurso directo ante la Cámara de Apelaciones, recursos de inconstitucionalidad ante la Corte Suprema de la Provincia, Recurso extraordinario federal ante la



presentados en contra de la decisión que transformó el juicio sobre medidas cautelares en un proceso sobre declaración de adoptabilidad, consideró que “si bien no existe agregada en autos una constancia de consentimiento expreso suscripta por la adolescente [María] con patrocinio posterior al nacimiento de su hijo, lo cierto es que existen una serie de actitudes posteriores que por lo menos no configuran interés en el sentido contrario”<sup>226</sup>, avalando la supuesta existencia de un consentimiento tácito, a pesar de que la normativa vigente tanto al momento del nacimiento de Mariano como al momento de la resolución requerían el consentimiento expreso, libre e informado de sus progenitores para iniciar un proceso de guarda. La Cámara de Apelaciones, por su parte, tomó como punto de partida para su resolución que al momento del dictado del auto recurrido “nos encontramos con una situación en la que la madre biológica de [Mariano] y la madre de la menor, en numerosas oportunidades, expresaron su voluntad de entregar al bebé en adopción, tanto antes como después del nacimiento”<sup>227</sup>, sin embargo no existen pruebas en el expediente de que se haya expresado esta voluntad de forma expresa, libre e informada, y menos después del nacimiento.

151. Si bien esta Corte no evalúa la efectividad de los recursos interpuestos en función de una eventual resolución favorable a los intereses de la víctima<sup>228</sup>, en el presente caso, los recursos presentados no fueron efectivos para poner fin a la violación derivada de la ausencia de consentimiento libre e informado para el inicio del proceso judicial y para la entrega en guarda del niño. Tampoco fueron eficaces para proteger los intereses superiores del niño y la niña involucrados en el proceso. Estos aspectos fueron expuestos exhaustivamente por la representación de María y su madre, sin embargo, las diferentes autoridades que examinaron los recursos no tomaron en cuenta estos argumentos, manteniendo o incluso aumentando la situación de vulnerabilidad vivida por las presuntas víctimas. De esta forma se considera que las presuntas víctimas no tuvieron acceso a un recurso interno eficaz que pudiera solucionar la situación en la cual se encontraban.

### B.5. Conclusión

152. En virtud de todo lo expuesto y tomando en cuenta el reconocimiento de responsabilidad realizado por Argentina, esta Corte considera que el Estado es responsable por la violación de los artículos 8.1 y 25, en relación con los artículos 1.1 y 17.1 de la Convención Americana en perjuicio de María, su madre y Mariano. De la misma manera, y tomando en cuenta que durante la mayoría del tiempo del procedimiento María y su hijo Mariano eran personas menores de edad, se considera también que se violó el artículo 19 del mismo instrumento en perjuicio de ambos.

---

Corte Suprema de la Nación y recurso de queja ante la Corte suprema de la Nación (*supra*, párrs. 58, 60, 62 y 63).

(226) Resolución No. 2968 de 24 de octubre de 2016 suscrita por la Jueza S.S. del Juzgado de Familia No. 5 en el marco del expediente [María] S/Medida Precautoria (expediente de prueba, folio 7280).

(227) Acuerdo No. 173 del 7 de julio de 2021 de la Sala Segunda de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, (expediente de prueba, folio 7853).

(228) *Cfr. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo, supra*, párr. 67, y *Caso Hendrix Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 7 de marzo de 2023. Serie C No. 485, párr. 77.*

### VII-3. Derecho a la igualdad y a vivir libre de violencia<sup>229</sup>

#### A. Alegatos de las partes y de la Comisión

153. La *Comisión* consideró que “un análisis global de los hechos permite concluir que María fue víctima de graves hechos que afectaron sus derechos a un trato igualitario y a vivir una vida libre de violencias”. Indicó que desde que la diagnosticaron su embarazo sus opiniones nunca fueron tenidas en cuenta y todas las actuaciones del Estado estuvieron orientadas a lograr la entrega de Mariano. Por lo anterior consideró que el Estado era responsable de la violación a los derechos a la igualdad ante la ley y a vivir una vida libre de violencia.

154. Las *representantes* consideraron que “[María] nunca tuvo un trato adecuado a sus diferentes capas de vulnerabilidad ni en ninguna de ellas”, y que “ninguna de las autoridades estatales ha intentado compensar las condiciones de vulnerabilidad en el acceso a la justicia”. Estimaron que “las presuntas víctimas han sufrido en este caso, no solo discriminación por su condición de vulnerabilidad sino una clara violación a la igualdad en relación con el trato y la participación judicial otorgada a los custodios”. Agregaron que la discriminación también se patentizó en el hecho de que nunca se tuvo en cuenta la palabra de María en el diseño de los encuentros con Mariano y en las sentencias judiciales que nunca tuvieron en cuenta la interseccionalidad de vulnerabilidades de María y su madre.

155. El *Estado* no se pronunció explícitamente sobre esta violación. Sin embargo, en su reconocimiento de responsabilidad, indicó que “las autoridades omitieron abordar el caso desde una perspectiva que tomara en especial consideración el contexto de vulnerabilidad en el que ‘María’ y su madre se encontraban”. Asimismo, reconoció la violación a los artículos 24 de la Convención Americana y 7 de la Convención de Belém do Pará.

#### B. Consideraciones de la Corte

156. En el presente caso, esta Corte considera que en María confluían distintas desventajas estructurales que impactaron en las decisiones que se tomaron en torno a su maternidad y, finalmente, en su victimización. En particular, la Corte subraya que era una niña, con escasos recursos económicos, embarazada, y proveniente de una situación de violencia familiar. Estos factores de vulnerabilidad o fuentes de discriminación confluyeron en forma interseccional, causando una forma específica de discriminación por cuenta de la confluencia de todos estos factores<sup>230</sup>.

157. Sobre este asunto, es necesario destacar que la especial situación de vulnerabilidad de María acentuaba los deberes de respeto y garantía a cargo del Estado<sup>231</sup>. Sin embargo, conforme se desprende del acervo probatorio del caso, el Estado no adoptó medidas orien-

---

(229) Artículos 1 y 24 de la Convención Americana y 7.a) de la Convención de Belem do Pará.

(230) Cfr. *Caso de los Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesus y sus familiares Vs. Brasil, s Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 15 de julio de 2020. Serie C No. 407, párr. 191, y *Caso Manuela y otros Vs. El Salvador. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de noviembre de 2021. Serie C No. 441, párr. 253.

(231) Cfr. *Caso de los Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesus y sus familiares Vs. Brasil, supra*, párr. 198, y *Caso de los Buzos Miskitos (Lemoth Morris y otros) Vs. Honduras*. Sentencia de 31 de agosto de 2021. Serie C No. 432, párr. 107.

tadas a permitirle afrontar su maternidad, sino que, desde un inicio, las acciones de los diferentes actores estatales se encaminaron hacia la separación de la madre de su futuro hijo.

158. Asimismo, María fue objeto de violencia institucional por el trato que recibió en la Maternidad. En efecto, tal como lo explica la perita Marisa Herrera en su declaración:

*Impedir que una adolescente pueda parir acompañada de su madre, que la hayan encerrado en el cuarto de la maternidad sin que pueda ver a su hijo [...] que se le haya presionado para firmar un papel que dice “decido libre y voluntariamente conforme al derecho que me asiste y deseo firmemente que la guarda y adopción de este bebé, la ordene el juez en turno, con autorización del RUAGA, y sin intervención y/u obstáculo de ningún familiar y/o interesado” [...] sin ningún tipo de apoyatura y acompañamiento psico-social y tampoco jurídico, constituyen claros actos de violencia institucional<sup>232</sup>.*

159. Las prácticas a las que fue sometida María en la maternidad significaron una negación de su dignidad y una violencia ejercida por el hecho de ser niña, de escasos recursos y embarazada. Ello, en primera instancia, porque se invisibilizó su voluntad de conservar a su hijo, donde la respuesta institucional sustituyó su voluntad y consideró arbitrariamente lo que era mejor para Mariano y María, coartando toda posibilidad de libre autodeterminación y derecho a ser oído. Además, porque las circunstancias que se sucedieron al parto implicaron también un menoscabo de su dignidad. En primer lugar, se le privó el contacto con Mariano que recién había nacido. En segundo lugar, durante su internación se mantuvo a María y a su madre en una situación de casi reclusión (*supra*, párr. 47). Asimismo, se debe tomar en cuenta la situación de vulnerabilidad interseccional en que se encontraba María al momento de los hechos.

160. Las circunstancias sufridas por María en torno a la maternidad de Mariano y relatadas por ella y su madre (no controvertidas por el Estado), encuadran dentro de lo que el CEDAW ha denominado como “prácticas nocivas”<sup>233</sup>. Las prácticas nocivas suelen ir asociadas a formas de violencia o constituyen en sí mismas una forma de violencia contra las mujeres y los niños<sup>234</sup> y se fundamentan en la discriminación por razón de sexo, género y edad.

161. Este Tribunal se ha pronunciado de forma específica sobre la violencia ejercida durante el embarazo, el parto y después del parto en el acceso a los servicios de salud, y ha sostenido que constituye una violación de derechos humanos y una forma de violencia

---

(232) *Cfr.* Declaración de Marisa Herrera ante fedatario Público de 10 de noviembre de 2022 (expediente de prueba, folio 12010).

(233) *Cfr.* Recomendación General No. 31 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y Observación General No. 18 del Comité de los Derechos del Niño sobre las prácticas nocivas, adoptadas de manera conjunta, CEDAW/C/GC/31/CRC/C/GC/18, 14 de noviembre de 2014.

(234) *Cfr.* Recomendación General No. 31 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y Observación General No. 18 del Comité de los Derechos del Niño sobre las prácticas nocivas, *supra*, párr. 7.

basada en género denominada violencia obstétrica<sup>235</sup>, la cual “abarca todas las situaciones de tratamiento irrespetuoso, abusivo, negligente, o de denegación de tratamiento, durante el embarazo y la etapa previa, y durante el parto o postparto, en centros de salud públicos o privados”<sup>236</sup>. Sobre este asunto, en virtud de lo dispuesto en el artículo 7 de la Convención de Belém do Pará, la Corte recuerda que los Estados tienen el deber de prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, para lo cual deben abstenerse de incurrir en actos constitutivos de violencia de género, incluidos aquellos que ocurran durante el acceso a servicios de salud reproductiva<sup>237</sup>.

162. De esta forma, sobre la base de lo anterior y el reconocimiento de responsabilidad realizado por Argentina, se considera que el Estado violó los artículos 1 y 24 de la Convención Americana y el artículo 7 a) de la Convención de Belém do Pará en perjuicio de María.

### VIII. Reparaciones

163. Sobre la base de lo dispuesto en el artículo 63.1 de la Convención Americana, la Corte ha indicado que toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente y que esa disposición recoge una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre responsabilidad de un Estado<sup>238</sup>.

164. La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), que consiste en el restablecimiento de la situación anterior. De no ser esto factible, como ocurre en la mayoría de los casos de violaciones a derechos humanos, el Tribunal determinará medidas para garantizar los derechos conculcados y reparar las consecuencias que las infracciones produjeron<sup>239</sup>. Por tanto, la Corte ha considerado la necesidad de otorgar diversas medidas de reparación a fin de resarcir los daños de manera integral por lo que, además de las compensaciones pecuniarias, las medidas de restitución, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición tienen especial relevancia por los daños ocasionados<sup>240</sup>.

---

(235) Cfr. *Enfoques diferenciados respecto de determinados grupos de personas privadas de la libertad (Interpretación y alcance de los artículos 1.1, 4.1, 5, 11.2, 12, 13, 17.1, 19, 24 y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de otros instrumentos que conciernen a la protección de los derechos humanos)*. Opinión Consultiva OC-29/22 de 30 de mayo de 2022. Serie A No. 29, párr. 160, y *Caso Brítez Arce y otros Vs. Argentina*, *supra*, párr. 75.

(236) Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Violencia y discriminación contra mujeres, niñas y adolescentes: Buenas prácticas y desafíos en América Latina y en el Caribe*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 233, 14 noviembre 2019, párr. 181.

(237) Cfr. Opinión Consultiva OC-29/22, *supra*, párr. 160, y *Caso Brítez Arce y otros Vs. Argentina*, *supra*, párr. 76.

(238) Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7, párr. 25, y *Caso Tabares Toro y otros Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de mayo de 2023. Serie C No. 491, párr. 123.

(239) Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones y Costas*, *supra*, párrs. 25 y 26, y *Caso Tabares Toro y otros Vs. Colombia*, *supra*, párr. 124.

(240) Cfr. *Caso de la Masacre de Las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, párr. 226, y *Caso Tabares Toro*

165. La Corte ha establecido que las reparaciones deben tener un nexo causal con los hechos del caso, las violaciones declaradas, los daños acreditados, así como las medidas solicitadas para reparar los daños respectivos. Por lo tanto, la Corte deberá observar dicha concurrencia para pronunciarse debidamente y conforme a derecho<sup>241</sup>.

166. Tomando en cuenta las violaciones a la Convención Americana declaradas en el capítulo anterior, a la luz de los criterios fijados en la jurisprudencia del Tribunal en relación con la naturaleza y alcances de la obligación de reparar<sup>242</sup>, la Corte analizará las pretensiones presentadas por la Comisión y los representantes, así como los argumentos del Estado al respecto, con el objeto de disponer a continuación las medidas tendientes a reparar dichas violaciones.

#### A. Parte lesionada

167. Este Tribunal considera parte lesionada, en los términos del artículo 63.1 de la Convención, a quien han sido declarado víctima de la violación de algún derecho reconocido en esta. Por lo tanto, esta Corte considera como “parte lesionada” a María, su madre y Mariano, quienes, en su carácter de víctimas de las violaciones declaradas en el Capítulo VII serán beneficiarios de las reparaciones que la Corte ordene.

#### B. Medidas de restitución

168. La *Comisión* solicitó “[a]doptar todas las medidas necesarias para reparar de una manera integral las violaciones a los derechos humanos sufridas por ‘María’, por su madre y por el niño ‘Mariano’ con la asistencia apropiada y tomando en consideración el interés superior del niño”. Asimismo, requirió “[a]doptar las medidas necesarias, adecuadas y efectivas para garantizar el establecimiento y mantenimiento de un vínculo del niño ‘Mariano’ con su madre ‘María’, removiendo todos los obstáculos que puedan existir, tanto de índole jurídica como material, que impidan que el niño y su madre construyan y fortalezcan dicho vínculo”. Además, solicitó “[a]doptar de la manera más expedita posible una solución definitiva al proceso judicial en el cual se debate la situación de adoptabilidad del niño ‘Mariano’ respetando los derechos de ‘María’ a las garantías judiciales y a la protección judicial y teniendo presente en todo momento el interés superior del niño ‘Mariano’”.

169. Las *representantes* tanto en su Escrito de Solicitudes y Argumentos como en sus alegatos finales escritos, solicitaron “la restitución del niño a su familia biológica”, para lo cual requirieron “la ayuda de distintas disciplinas y los recursos materiales para evitar daños en la restitución”. En este sentido, indicaron que la reparación debe incluir: a) “[e]l nombramiento de profesionales expertos que establezcan un plan de acción para lograr en forma pronta y urgente la restitución de ‘Mariano’ a su ámbito familiar, con la necesaria colaboración de quienes custodian al niño[, brindándole] la información necesaria, de acuerdo a su edad, de toda su historia y la de su mamá”; b) “[l]os apoyos terapéuticos necesarios para [María] y ‘Mariano’ [en que se respete] la decisión de [María] en su elección de terapeuta”; c) “[a]poyos de recursos económicos, para los encuentros entre madre e hijo,

---

y otros Vs. Colombia, *supra*, párr. 124.

(241) Cfr. *Caso Ticona Estrada Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 191, párr. 110, y *Caso Tabares Toro y otros Vs. Colombia, supra*, párr. 125.

(242) Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones y Costas, supra*, párrs. 25 y 26, y *Caso Tabares Toro y otros Vs. Colombia, supra*, párr. 126.

lo necesario para que [María] pueda trasladarse y [que] los encuentros puedan llevarse a cabo en lugares adecuados”; d) “facilitar el involucramiento de [María] en la toma de decisiones sobre la vida de ‘Mariano’[, y] tomar medidas para evitar que, durante el proceso de restitución, quienes custodian al niño tomen decisiones sobre su vida sin el consentimiento de [María], estableciéndose la obligación de brindar toda la colaboración en este proceso”, y e) “mantener la situación socioeconómica en que ha vivido [Mariano], mientras construye identidad con su familia biológica”.

170. El *Estado* no se refirió a este punto.

171. En el presente caso, la *Corte* determinó que los procedimientos internos en el marco de las medidas cautelares que permitieron que Mariano fuera entregado al matrimonio López y que se iniciara un proceso de declaración de adoptabilidad, violaron los derechos a las garantías judiciales, a la protección judicial, a la protección de la familia y los derechos a la niñez reconocidos por la Convención Americana (*supra*, párrs. 114 y 152). No obstante, el Tribunal considera que en el presente caso no resulta posible acceder a la solicitud de ordenar la restitución inmediata de Mariano con su familia de origen, ya que el caso se encuentra todavía en trámite en el ámbito interno.

172. Por consiguiente, en aras de proteger la garantía a un plazo razonable y tomando en cuenta la influencia del paso del tiempo en las decisiones que tienen que ver con la guarda de niños y niñas, la Corte ordena que, a más tardar, en el plazo de un año, las autoridades competentes en el ámbito judicial interno determinen la guarda y la situación jurídica de Mariano. Para ello se deberá tomar en cuenta las exigencias del control de convencionalidad, la necesidad de proteger el interés superior de Mariano, así como las consideraciones y estándares expuestos en la presente Sentencia. El Estado deberá garantizar que la opinión de Mariano sea tomada en cuenta, de acuerdo con su grado de desarrollo emocional, para lo cual deberá contar con acompañamiento y asesoría psicológica para que el acto de toma de su voluntad se lleve a cabo según las recomendaciones técnicas. Asimismo, esta Corte subraya la necesidad del compromiso del mundo adulto con la solución del caso, por lo que se deberá facilitar la participación tanto de la familia de origen como de la familia con la que el niño reside actualmente.

173. El Estado deberá proveer asistencia legal gratuita a María durante este proceso, así como la representación legal de los intereses de Mariano y garantizar el acompañamiento psicológico tanto de María como de Mariano a lo largo de todo el proceso, sin perjuicio de lo dispuesto en el capítulo sobre las medidas de rehabilitación.

174. El Estado deberá continuar con el proceso de vinculación entre María y Mariano de acuerdo con el avance del procedimiento interno, y tomando en cuenta el interés superior de Mariano, su grado de desarrollo emocional y las recomendaciones técnicas que surjan durante el proceso, siempre y cuando no exista recomendación técnica en contrario. Además, durante ese proceso se deberá velar que Mariano pueda conocer su historia de acuerdo también con su grado de desarrollo emocional, en concordancia con la opinión de personas expertas en la materia.

C. Medidas de rehabilitación.

175. Las *representantes* tanto en su Escrito de Solicitudes y Argumentos como en sus alegatos finales escritos, indicaron que la reparación debe incluir: “[l]os apoyos terapéuticos

necesarios para [María] y ‘Mariano’ [en que se respete] la decisión de [María] en su elección de terapeuta”.

176. El *Estado* no se refirió a este punto.

177. Esta Corte constata que María, desde que supo de su embarazo y durante todo el proceso, ha sido sometida a intensos sufrimientos en detrimento de su integridad psíquica y moral<sup>243</sup>. Tomando en cuenta que ya María tiene un apoyo psicológico de su escogencia, con el cual ha podido desarrollar una relación de confianza, se ordena la obligación a cargo del Estado de pagar a María, por una única vez, la suma en equidad de USD \$5.000,00 (cinco mil dólares de los Estados Unidos de América) por concepto de gastos por tratamiento psicológico y/o psiquiátrico. El Estado dispondrá del plazo de un año, contado a partir de la presente Sentencia, para realizar este pago.

178. Por otra parte, se determinó en esta Sentencia que la madre de María también sufrió por presiones psicológicas. No consta en el expediente que ella ya cuente con apoyo psicológico, por lo que la Corte ordena al Estado brindar gratuitamente, de forma prioritaria, tratamiento psicológico y/o psiquiátrico, según corresponda, para la madre de María, el cual deberá incluir la provisión de medicamentos y, en su caso, transporte y otros gastos directamente relacionados y necesarios<sup>244</sup>. Dicho tratamiento psicológico y/o psiquiátrico deberá ser prestado por psicólogos o psiquiatras debiendo considerar las circunstancias y necesidades particulares de la víctima, según lo que se acuerde con ella y después de una evaluación individual<sup>245</sup>. En caso de no contar con este tipo de expertos en el sistema público de salud el Estado tendrá que proveer el tratamiento especializado en un centro de salud privado. El Estado dispondrá del plazo de tres meses, contado a partir de la recepción de dicha solicitud, para brindar de manera efectiva la atención psicológica y/o psiquiátrica solicitada.

179. Finalmente, respecto de Mariano, independientemente del resultado del proceso que determine su situación jurídica, es necesario que el Estado garantice, en respeto al interés superior del niño y con el fin de ayudarlo a comprender los procesos en los cuales participará, tratamiento psicológico y/o psiquiátrico gratuito y prioritario, el cual deberá incluir la provisión de medicamentos y, en su caso, transporte y otros gastos directamente relacionados y necesarios<sup>246</sup>. Dicho tratamiento psicológico y/o psiquiátrico deberá ser pres-

---

(243) La psicóloga Gloria Eva Liñan, indicó el siguiente diagnóstico con respecto a María: “Arasamiento subjetivo, demanda imbricada en el discurso familiar y judicial. A nivel judicial [María] se siente tomada en una visión punitiva indiscriminada (sin sujeto particular) en relación a culpabilidad, crimen, enfermedad, sin poderse situar como sujeto activo. [...] Resistencia a la negación de su maternidad a la que se sentía impelida por las instituciones actuantes en el momento de los hechos. [...] soledad y desamparo por no estarle permitido ser acompañada durante las visitas por ningún familia ni personas de su entorno” (Declaración ante fedatario público de Gloria Eva Liñan de 10 de octubre de 2022, expediente de prueba folio 12157).

(244) Cfr. *Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 349, párr. 231, y *Caso Olivera Fuentes Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 4 de febrero de 2023. Serie C No. 484, párr. 140.

(245) Cfr. *Caso de la Masacre de Las Dos Erres Vs. Guatemala, supra*, párr. 270, y *Caso Olivera Fuentes Vs. Perú, supra*, párr. 140.

(246) Cfr. *Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 349, párr. 231, y *Caso Olivera Fuentes Vs. Perú, supra*, párr. 140.

tado por psicólogos o psiquiatras especializados en niñez debiendo considerar las circunstancias y necesidades particulares de la víctima según lo que se acuerde con la persona que se determine que ostente su guarda legal<sup>247</sup>. En caso de no contar con este tipo de expertos en el sistema público de salud el Estado tendrá que proveer el tratamiento especializado en un centro de salud privado. El Estado dispondrá del plazo de tres meses, contado a partir de la recepción de dicha solicitud, para brindar de manera efectiva la atención psicológica y/o psiquiátrica solicitada.

#### D. Obligación de investigar

180. La *Comisión* solicitó “[s]ustanciar las actuaciones correspondientes con el fin de investigar la eventual responsabilidad administrativa o disciplinaria del personal judicial o administrativo que intervino en el presente caso por la violación de los deberes inherentes a sus cargos”.

181. Las *representantes* solicitaron “[i]niciar y conducir eficazmente investigaciones penales, administrativas y disciplinarias que correspondan por los hechos de este caso y, en su caso, determinar y sancionar a los responsables”. Adicionalmente, requirieron “investigar la existencia de otros casos en la Maternidad [...] de la entrega directa de niñas/niños conforme la disposición del director de la misma”.

182. En sus alegatos finales escritos, el *Estado* informó que “el Poder Ejecutivo provincial [...] elaboró y presentó una denuncia penal ante la Fiscalía General del Ministerio Público de la Acusación de la Provincia [...] a fin de que se investiguen las eventuales responsabilidades del personal judicial y administrativo que tuvo intervención en los hechos del caso”.

183. En casos anteriores, ante determinadas violaciones, la *Corte* ha dispuesto que el Estado inicie, según el caso, acciones disciplinarias, administrativas o penales, de acuerdo con su legislación interna, a los responsables de las distintas irregularidades procesales e investigativas<sup>248</sup>. En congruencia con lo indicado, el Tribunal dispone que el Estado deberá, en un plazo razonable y con la debida diligencia, promover, continuar y concluir las investigaciones que sean necesarias para determinar si existe responsabilidad penal por parte de los funcionarios que llevaron a cabo el procedimiento que determinó la entrega de Mariano al matrimonio López y el inicio de oficio de las medidas cautelares que se transformaron en un proceso sobre declaración de adoptabilidad. Para el efecto, el Estado deberá garantizar el pleno acceso y capacidad de actuar de las víctimas en todas las etapas de las investigaciones, de acuerdo con la ley interna y las normas de la Convención Americana<sup>249</sup>.

184. Asimismo, el Tribunal dispone que, de acuerdo con la normativa disciplinaria y administrativa pertinente el Estado debe verificar, a partir de la notificación de la presente Sentencia y dentro de un plazo razonable, la conformidad a derecho de la conducta de los servidores públicos que intervinieron tanto en el abordaje del embarazo y parto de María

---

(247) Cfr. *Caso de la Masacre de Las Dos Erres Vs. Guatemala*, *supra*, párr. 270, y *Caso Olivera Fuentes Vs. Perú*, *supra*, párr. 140.

(248) Cfr. *Caso De la Masacre de las Dos Erres, Vs. Guatemala*, *supra*, párr. 233, y *Caso Caso Velásquez Paiz y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 19 de noviembre de 2015. Serie C No. 307, párr. 230.

(249) Cfr. *Caso Del Caracazo Vs. Venezuela. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de agosto de 2002. Serie C No. 95, párr. 118, y *Caso Tabares Toro y otros Vs. Colombia*, *supra*, párr. 133.



en la Maternidad como en la judicialización de las medidas cautelares solicitadas por la Defensora Provincial y debe establecer las responsabilidades que correspondan conforme a derecho, remitiendo al Tribunal información detallada e individualizada de los resultados de las investigaciones realizadas, así como documentación de respaldo.

#### E. Medidas de satisfacción

185. La *Comisión* no se refirió a este punto.

186. Las *representantes* solicitaron un “[r]econocimiento público de la responsabilidad por la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial[,] a la familia y del interés superior de madre e hijo ambos niños por parte del Estado, la Provincia [...] y el Poder Judicial de [esta misma]”. Además, solicitaron “[p]ublicar la sentencia en medios de circulación nacional y [...] colocar una placa recordatoria del caso en la Maternidad”.

187. Asimismo, indicaron que María “ha perdido la oportunidad de estudiar, de trabajar, debió ir a ver a su hijo en distintos lugares, en distintos horarios, todo establecido por los tribunales. Ha visto interrumpida su infancia y ha transcurrido su adolescencia ocupada en recuperar a su hijo, sin vivir la vida que correspondía a su edad”. Por lo anterior consideran que “necesita un inmueble, para vivir con su hijo, y por supuesto, lo que compone el ajuar del mismo. Necesita concluir sus estudios y a su vez un trabajo para que madre e hijo puedan consolidar su relación [...]”.

188. El *Estado* informó en su escrito de contestación que “el Poder Ejecutivo provincial viene realizando acciones de acompañamiento y asistencia a ‘María’”, entre las que enumeró: a) “[p]revisión de recursos para el traslado de María desde su casa hasta el domicilio en el que reside Mariano”; b) entrega de una computadora; c) “[a]yudas económicas a ‘María’ a través del Ministerio de Desarrollo Social provincial destinadas a la compra de nuevos lentes para María, la asistencia a la escuela y espacios sociales[, así como] gastos vinculados con su lugar de residencia; d) “incorporación de ‘María’ al ‘Programa [Provincia] Más’ [para] la restitución de los derechos de las y los jóvenes, al acompañamiento en el recorrido formativo y educativo brindando herramientas para la inclusión en el mundo del trabajo”; e) “atención integral de ‘María’ en un Centro de Salud Provincial y el acompañamiento de una trabajadora social y la asistencia a un espacio terapéutico”; f) “inscripción en el Programa de Becas de Inclusión Socio-Educativas”; g) “[g]estión ante la Dirección Provincial de Educación Privada del Ministerio de Educación de la Provincia [...] a fin de obtener información relacionada con la escolaridad de Mariano”, y h) “[a]rticulación con el Ministerio de Desarrollo Social y de Igualdad, Género y Diversidad de la provincia, realizando encuentros regulares con ‘María’ y sus abogadas a fin de consensuar abordajes que contribuyan a mejorar el bienestar y porvenir de [ella]”.

189. Por un escrito presentado el 10 de abril de 2023, el Estado informó que el 16 de marzo de 2023, la Dirección Provincial de Vivienda y Urbanismo, entregó a María una vivienda, “compuesta de dos dormitorios, living comedor, cocina, baño, lavadero, balcón y espacio de cochera; con servicio de agua y energía eléctrica”. Asimismo, que el área social del Ministerio de Desarrollo Social da un acompañamiento económico de treinta mil pesos mensuales, y que a partir del mes de abril de 2023 el importe ascendería a la suma de cincuenta mil pesos mensuales. Al respecto, las *representantes* observaron que, si bien se hizo entrega de la vivienda, “atento la condición socioeconómica de [María] [requirieron] que el inmueble estuviera equipado y la casa se entregó sin artefacto de cocina, ni calefón o termotanque”.

### E.1. Publicación de la sentencia

190. En lo que se refiere a la publicación de la presente Sentencia, la *Corte* dispone, como lo ha hecho en otros casos<sup>250</sup>, que el Estado deberá publicar, en el plazo de seis meses contado a partir de la notificación de la presente Sentencia, en un tamaño de letra legible y adecuado, lo siguiente: a) el resumen oficial de la Sentencia elaborado por la Corte, por una sola vez, en el Diario Oficial; b) el resumen oficial de la presente Sentencia elaborado por la Corte, por una sola vez en un medio de comunicación de amplia circulación nacional, y c) la presente Sentencia, en su integridad, disponible por un período de un año, en los sitios *web* oficiales del Poder Judicial de la Nación, del Poder Judicial de la provincia donde se desarrollaron los hechos y, de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia del Gobierno de la Provincia donde se desarrollaron los hechos, de manera accesible al público desde la página de inicio de las páginas *web* institucionales. El Estado deberá comunicar de forma inmediata a la Corte una vez que proceda a realizar cada una de las publicaciones dispuestas, independientemente del plazo de un año para presentar su primer informe dispuesto en el punto dispositivo 17 de la presente Sentencia.

191. Asimismo, en el plazo de seis meses contado a partir de la notificación del Fallo, el Estado deberá dar publicidad a la Sentencia de la Corte en las cuentas de redes sociales del Poder Judicial de la Nación, del Poder Judicial de la provincia donde se desarrollaron los hechos y de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia del Gobierno de la provincia donde se desarrollaron los hechos. La publicación deberá indicar que la Corte Interamericana ha emitido Sentencia en el presente caso declarando la responsabilidad internacional de Argentina e indicar el enlace en el cual se puede acceder de manera directa al texto completo de esta. Esta publicación deberá realizarse por al menos cinco veces por parte de cada institución, en un horario hábil, así como permanecer publicada en sus perfiles de las redes sociales. El Estado deberá informar de manera inmediata a este Tribunal una vez que proceda a realizar cada una de las publicaciones ordenadas, independientemente del plazo de un año para presentar su primer informe, dispuesto en el punto resolutivo 17 de la presente Sentencia.

### E.2. Becas de estudio

192. La *Corte* valora positivamente los esfuerzos que ha desarrollado el Estado con el fin de dar asistencia a María y a su familia, y considera particularmente pertinente a los hechos del caso, el otorgamiento de una vivienda y del estipendio mensual a María. Por otra parte, este Tribunal toma nota de los esfuerzos desarrollados por el Estado para acompañar a María en su proceso de formación escolar y profesional. Asimismo, subraya que los hechos del caso sucedieron durante la etapa escolar y colegial de María, quien se vio obligada a interrumpir sus estudios. En atención a lo anterior, como se ha dispuesto en otros casos, la Corte estima oportuno ordenar como parte de las medidas de compensación económica que el Estado otorgue, por una única vez, la suma de USD\$ 30.000,00 (treinta mil dólares de los Estados Unidos) para poder sufragar los gastos necesarios para su formación escolar y/o profesional. El Estado dispondrá del plazo de un año, contado a partir de la notificación de la presente Sentencia, para hacer efectivo el pago del monto ordenado a María.

---

(250) Cfr. *Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 3 de diciembre de 2001. Serie C No. 88, párr. 79, y *Caso Olivera Fuentes Vs. Perú, supra*, párr. 145.

193. Por otra parte, el Tribunal dispone que el Estado debe otorgar una beca en una institución pública argentina en beneficio de Mariano, concertada entre éste, la persona que se determine que ostente su guarda legal y el Estado, para realizar estudios primarios, secundarios y superiores técnicos o universitarios, o bien para capacitarse en un oficio. Dicha beca se otorgará desde el momento en que el beneficiario o su tutor(a) legal la solicite al Estado hasta la conclusión de sus estudios superiores técnicos o universitarios y deberá cubrir todos los gastos para la completa finalización de dichos estudios, incluyendo el material académico o educativo. Asimismo, deberá empezar a hacerse efectiva de la manera más pronta posible a partir de la notificación de la presente Sentencia. Quienes ejerzan la guarda de Mariano cuentan con un plazo de seis meses, contado a partir del final del proceso que determinará la situación jurídica de Mariano (*supra* párr. 172), para dar a conocer al Estado su intención de recibir dicha beca.

### E.3. Otras medidas de satisfacción

194. En relación con la solicitud de celebrar un acto público de responsabilidad y de colocar una placa en la maternidad, la Corte estima que la emisión de la presente Sentencia, así como las demás medidas ordenadas, resultan suficientes y adecuadas para remediar las violaciones sufridas por la víctima y no estima necesario ordenar otras medidas de satisfacción.

### F. Garantías de no repetición

195. La *Comisión* solicitó “[g]arantizar, mediante la elaboración de protocolos de actuación, cursos y otras medidas que resulten oportunas, el derecho de toda niña o adolescente a recibir asistencia jurídica gratuita y los apoyos multidisciplinares que sean requeridos de manera previa a brindar su consentimiento para entregar a sus hijos e hijas en guarda preadoptiva, tanto durante el periodo de gestación como con posterioridad al parto”. Además, requirió “[a]doptar políticas públicas con perspectiva de género para abordar de manera específica e integral la problemática de niñas y adolescentes embarazadas, con el objetivo de erradicar la discriminación y violencia a la cual se ven sujetas”, así como “realizar un diagnóstico de las causas y consecuencias particulares que enfrentan en el acceso a la justicia, particularmente de aquellas niñas y adolescentes que son madres en lo referente a los procesos relacionados con guarda o custodia con el objetivo de diseñar e implementar medidas adecuadas de protección y garantía de sus derechos”. Por último, solicitó “[d]iseñar e implementar programas de capacitación y protocolos para operadores y operadoras de justicia que participan en los procesos relacionados con guarda o custodia de hijos o hijas de madres adolescentes en materia de género, derechos de las mujeres y, particularmente, el derecho de las niñas y adolescentes a vivir libres de violencia y discriminación”.

196. Las *representantes* solicitaron “[i]mplementar cursos obligatorios para operadores judiciales: jueces, defensores, fiscales, asesores, trabajadores sociales y demás funcionarios de la Provincia [...] vinculados a la administración de justicia que trate los estándares internacionales en derechos humanos, particularmente, de los derechos de los niños y niñas y su interés superior y el principio de no discriminación, el derecho a la familia y a las garantías procesales”. Asimismo, requirieron “[i]mplementar cursos similares para todos los integrantes de Subsecretaría de los Derechos de la Niñez, Adolescencia y Familia; la Dirección Provincial de Promoción de los Derechos de la Niñez, Adolescencia y Familia, el Consejo Provincial de Niñas, Niños y Adolescentes, la Defensoría Provincial de Niñas, Niños y Adolescentes y el RUAGA”. Además, solicitaron “[i]mplementar cursos de [Derechos Humanos]

de Niñas, Niños y Adolescentes en las instituciones sanitarias que atienden embarazos y partos de menores de edad y mujeres en condición de vulnerabilidad para que trabajen los estándares internacionales [en la materia], particularmente referidos al consentimiento sobre las prácticas médicas; a la disposición de su cuerpo y a permanecer acompañadas constantemente con quien elijan, al derecho de la familia biológica y el derecho a la identidad de los niños". Por último, solicitaron "[i]mplementar un programa nacional efectivo para garantizar una adecuada supervisión, fiscalización y control de intervención de niñas y niños en todos los ámbitos en que participen por sus derechos, siempre provistos de asesoramiento técnico jurídico que no integre la institución en que se requiere su participación". En sus alegatos finales escritos, reiteraron que "resulta necesario [...] la formación de todas aquellas personas que deban resolver, escuchar y proteger los derechos de los niños para que realmente estos resulten efectivos".

197. El *Estado* señaló que "a la hora de resolver, es imprescindible que [se] tenga en cuenta la amplia institucionalidad que ya existe en la Argentina". En particular, indicó que la Dirección Nacional de Sistemas de Protección "desarrolla estrategias para contribuir al fortalecimiento institucional de los organismos de niñez". Además, indicó que "se constituyó el Área Federal de Fortalecimiento del Sistema de Protección de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes que está conformada por equipos territoriales descentralizados en todas las provincias del país y por un equipo coordinador de nivel central", cuya "labor contempla tres sub-líneas: a) el abordaje de situaciones de vulneración de derechos y reconversión de Asignación Universal por Hijo (AUH); b) el acompañamiento a organismos gubernamentales, no gubernamentales y organizaciones sociales y comunitarias y c) el dispositivo de base comunitaria que integra el Plan Nacional de Embarazo No Intencional en la Adolescencia<sup>251</sup>".

198. Por otra parte, informó la existencia de: a) la labor articulada entre la Dirección Nacional de Sistemas de Protección de la SENAF, el "Programa PATROCINAR" del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación y del "Equipo de Protección de Derechos de

---

(251) En concreto, señaló "que esta política pública reconoce el impacto que el embarazo no intencional tiene en la vida de las/os adolescentes, así como el derecho de ellas y ellos a tener una vida sexual libre y plena sin discriminaciones de género, a tomar decisiones informadas en virtud de su autonomía progresiva, y a crecer y desarrollarse en entornos libres de violencia, en el marco de un clima cultural propicio que facilite el ejercicio de esos derechos". Además, que "el Plan aborda el embarazo en la adolescencia desde un enfoque de derechos, género y equidad social, sobre el que se implementan las intervenciones, orientadas a reforzar la autonomía de las mujeres y adolescentes y la toma de decisiones libres e informadas respecto a su salud reproductiva, y a su autonomía económica, entre otras". Asimismo, enumeró las "líneas de acción estratégica del plan": a) acceso efectivo a métodos anticonceptivos; b) acceso a la interrupción del embarazo; c) prevención del embarazo no intencional en niñas, niños y adolescentes; d) detección temprana y prevención de abusos sexuales hacia niñas, niños y adolescentes y de embarazos forzados, y e) promoción de derechos sexuales y reproductivos de personas con discapacidad. Agregó que "el Plan trabaja organizado en los siguientes dispositivos de intervención": a) mesas intersectoriales provinciales; b) fortalecimiento de la educación sexual integral; c) asesorías en salud integral en escuelas secundarias; d) dispositivo de base comunitaria que "acompaña adolescentes en espacios comunitarios y les acerca a las prestaciones fortalecidas por el Plan en los servicios de salud; e) fortalecimiento de la oferta en salud sexual y reproductiva, y f) el Programa de salud sexual en la adolescencia para "garantizar el acceso a la salud integral oportuno y sostenido de las/os adolescentes reduciendo su morbimortalidad".

UNICEF-Argentina<sup>252</sup>; b) el “Programa de Protección de Derechos” de la Dirección Nacional de Promoción y Protección Integral<sup>253</sup>; c) el “Programa de Promoción de Derechos”<sup>254</sup>; d) el “Programa Nacional de Educación Sexual Integral (PNESI)”<sup>255</sup>; e) el “Programa PatrocinAR, dependiente de la Secretaría de Justicia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación”<sup>256</sup>; f) “líneas de comunicación y denuncia”; g) el “Plan Nacional de Capacitación en Niñez, Adolescencia y Familia”<sup>257</sup>; h) el “Programa Nacional Primeros Años (PPA)”<sup>258</sup>;

---

(252) Explicó que se realiza “a través de las Mesas Territoriales para el Abordaje del Abuso Sexual contra las Infancias (ASI) y el Embarazo Forzado (EF)”. Añadió que el objetivo de las Mesas Territoriales “es la construcción de estrategias de intervención y comunicación interinstitucional en los diferentes niveles de gobierno a fines de fortalecer el sistema de protección local en materia de abuso sexual integral y embarazo forzado”. Describió que “sus principales acciones y prestaciones son la implementación de instancias de sensibilización y capacitación a aquellos equipos técnicos a fin de favorecer los mejores procesos de intervención integral”.

(253) Informó que cuenta con varios ejes de acción: a) la protección de derechos; b) la promoción del derecho a la convivencia familiar; c) protección especial y acompañamiento en el egreso con perspectiva autónoma; d) la prevención de todas las formas de violencia, abuso y maltrato infantil; e) promoción de buenas prácticas inclusivas y con perspectiva de derechos y diversidad.

(254) Detalló que sus ejes de acción son: a) la promoción de la autonomía progresiva en la adolescencia, como estrategia de promoción integral de derechos, propiciar la participación y fortalecer la autonomía de adolescentes, entendiéndose ésta como la capacidad que tienen de tomar decisiones y asumir responsabilidades, sin estar condicionados por su edad; b) la erradicación del trabajo infantil y prevención del trabajo adolescente, y c) la promoción de derechos y la prevención socio comunitaria.

(255) Indicó que se estableció “con el propósito de coordinar el diseño, la implementación, el monitoreo y la evaluación de las acciones de Educación Sexual Integral (“ESI”) en todas las jurisdicciones del país”.

(256) Explicó que está “referido exclusivamente al acceso a la justicia de niños, niñas y adolescentes que fueron víctimas de abuso sexual”, que “creó un patrocinio jurídico gratuito y acompañamiento interdisciplinario”.

(257) Señaló que “desarrolla acciones tendientes a promover el conocimiento acerca de la situación de la infancia, adolescencia, tercera edad y sus familias, así como también de las políticas públicas orientadas a su protección integral; a fin de transformar las prácticas institucionales en el marco del paradigma de la protección integral”.

(258) El cual indicó que “está orientado a crear las condiciones de oportunidad y equidad entre las familias con niñas y niños de 0 a 4 años y personas gestantes en situación de pobreza y vulnerabilidad social”. Señaló las siguientes acciones dentro del programa: a) acompañar y fortalecer a las familias en sus prácticas de crianza; b) fortalecer redes de referentes locales vinculados a la primera infancia y de espacios comunitarios, y c) creación de zonas de crianza comunitaria.

i) el “Programa Identidad y Búsqueda de Orígenes”<sup>259</sup>, y j) demás acciones de la Dirección Nacional de Promoción y Protección Integral<sup>260</sup>.

199. Esta *Corte* valora los esfuerzos que ha desarrollado Argentina en materia de protección y capacitación de los derechos de la Niñez. Sin embargo, a pesar de los numerosos programas referenciados por el Estado en su contestación, este Tribunal constató que las violaciones a los derechos de María, su hijo Mariano y su madre, ocurrieron fundamentalmente por la actuación de funcionarios que forman parte del sistema de protección de la niñez y del Poder Judicial provincial. Por ende, la Corte dispone que el Estado debe implementar, en un plazo de un año contado a partir de la notificación de la presente Sentencia y con la respectiva disposición presupuestaria, un programa o curso obligatorio dirigido a operadores judiciales, incluyendo jueces, defensores, fiscales, asesores y demás funcionarios vinculados a la administración de justicia respecto de niños, niñas y adolescentes y a su protección de la Provincia en donde se desarrollaron los hechos. Dicho programa o curso debe contemplar, entre otros aspectos, los estándares internacionales en derechos humanos, particularmente, en materia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes y su interés superior y el principio de no discriminación. Se deberá incluir en dicho curso o programa el contenido de esta Sentencia y dar especial énfasis al derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser oídos.

200. Asimismo, en el mismo plazo, el Estado deberá crear un programa de capacitación a nivel de la Provincia en donde se desarrollaron los hechos del caso para los funcionarios que trabajen en los servicios de maternidad con el fin de que se capaciten sobre el tema del parto respetado, el consentimiento libre e informado y los mecanismos internos y convencionales sobre la adopción y guarda de niños y niñas. Se deberá asimismo implementar, en el plazo de dos años, un protocolo para las maternidades públicas de la Provincia en donde se desarrollaron los hechos del caso, con el fin de abordar los embarazos de niñas y adolescentes, desde la perspectiva de género y de la protección del interés superior de estas niñas y adolescentes. Este protocolo deberá incluir la obligación de contar con una cartilla sobre

---

(259) El que detalló que “asiste y acompaña a personas en la realización de los trámites vinculados a la Identidad y a la búsqueda de sus orígenes”. Además, que “promueve prácticas, criterios y estándares en materia de sistemas y universalización de registro civil para abordar problemas y superar obstáculos que se presenten, así como concientizar acerca de la necesidad de hacer efectiva la identidad de las personas, teniendo en cuenta los grupos vulnerables, las perspectivas de género y la diversidad cultural”. Asimismo, indicó que “fomenta la protección a los derechos de la personalidad jurídica, la identidad, el nombre, la nacionalidad, la inscripción en los registros correspondientes, a las relaciones familiares y a la participación ciudadana”. Añadió que, “tiene a su cargo garantizar el derecho a la filiación y el deber del Estado de investigar lazos filiatorios cuando estos son desconocidos”.

(260) Señaló que “promueve acciones destinadas al acompañamiento familiar y la protección integral con los objetivos de acompañar a familias en proyecto de autogestión familiar y la autonomía personal lograda por el grupo familiar y sus integrantes”. Además, indicó que “se brinda asesoramiento, articulación y cooperación destinado a familias en relación a pautas de crianza y fortalecimiento de vínculos familiares respetando los proyectos de vida”, así como “se promueve el derecho de niñas, niños y adolescentes a vivir en familia, ser criados por su familia de origen”. Añadió que “se promueven acciones y procedimientos concernientes a la adopción en concordancia con la normativa vigente y respetuosa de los derechos de niñas, niños y adolescentes”.

los derechos de las madres niñas y adolescentes, redactado en un lenguaje accesible, esté a disposición de todas las usuarias de las clínicas y maternidades públicas de la Provincia.

#### G. Indemnizaciones compensatorias

201. La *Comisión* solicitó “[a]doptar todas las medidas necesarias para reparar de una manera integral las violaciones a los derechos humanos sufridas por ‘María’, por su madre y por el niño ‘Mariano’”.

202. Las *representantes* indicaron tanto en su Escrito de Solicitudes y Argumentos como en sus alegatos finales escritos que María “[n]ecesita un inmueble, para vivir con su hijo, y [...] lo que compone el ajuar del mismo”. Por ello, solicitaron “una reparación a favor de [María] de [USD \$]200.000 y a favor de ‘Mariano’ de [USD \$]100.000, disponiéndose que dicho dinero será percibido a la mayoría de edad, salvo necesidad especial que se deberá requerir autorización judicial”. A favor “de la madre de [María] [solicitaron] la suma de [USD \$]50.000”.

203. El *Estado* consideró “que las reparaciones pecuniarias [...] deberían establecerse sobre la base del criterio de equidad”.

204. La *Corte* ha advertido que el daño material supone la pérdida o detrimento de los ingresos de las víctimas, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso<sup>261</sup>. Asimismo, ha establecido que el daño inmaterial puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causadas a la víctima directa y a sus allegados, como el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de las víctimas o sus familias.

205. Este Tribunal entiende que, dada la naturaleza de los hechos y violaciones determinadas en la presente Sentencia, las víctimas han sufrido daños materiales e inmateriales que deben ser compensados. Sin embargo, las representantes no presentaron argumentos precisos sobre la naturaleza de los daños y sus montos. En virtud de lo anterior, la Corte estima procedente determinar en equidad, a fin de reparar en forma unificada o conjunta los daños materiales y los inmateriales, como compensación de estos y considerando las distintas violaciones a derechos humanos sufridas por las víctimas, la indemnización en los términos que se detallan a continuación.

206. Finalmente, en atención a su jurisprudencia, y en consideración de las circunstancias del presente caso, las violaciones cometidas, los sufrimientos ocasionados, el tiempo transcurrido, la denegación de justicia, la afectación al derecho a la identidad, el cambio en las condiciones de vida, así como las restantes consecuencias de orden inmaterial sufridas, el Tribunal fija, en equidad, las sumas de USD\$75.000,00 (setenta y cinco mil dólares de los Estados Unidos de América) para María, USD\$50.000,00 (cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América) para Mariano y USD\$10 000 (diez mil dólares de los Estados Unidos de América) para la madre de María.

#### H. Costas y gastos

---

(261) Cfr. *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C No. 91, párr. 43 y *Caso Tabares Toro y otros Vs. Colombia, supra*, párr. 163.

207. La *Comisión* no se refirió a este punto.

208. Las *representantes* solicitaron “el reintegro de gastos de traslados de [‘María’] en estos años para ver a ‘Mariano’, audiencias, reuniones con sus abogadas, reuniones con funcionarios”, entre otros, que estimaron en USD \$300. Además, solicitaron “[e]l pago del estudio de ADN de ‘Mariano’” el cual valoraron en USD \$100. Por su parte, indicaron que su “actividad profesional fue pro-bono y solventa[ron] los distintos gastos judiciales [...], los costos de traslado de [‘María’] y asistencia económica a [ella] en situaciones puntuales”, por lo que solicitaron a la Corte la determinación del monto.

209. El *Estado* consideró que “los montos en materia de costas y gastos [...] deberían establecerse sobre la base del criterio de equidad”.

210. La Corte reitera que, conforme a su jurisprudencia, las costas y gastos forman parte del concepto de reparación, toda vez que la actividad desplegada por las víctimas con el fin de obtener justicia, tanto a nivel nacional como internacional, implica erogaciones que deben ser compensadas cuando la responsabilidad internacional del Estado es declarada mediante una sentencia condenatoria. En cuanto al reembolso de las costas y gastos, corresponde al Tribunal apreciar prudentemente su alcance, el cual comprende los gastos generados ante las autoridades de la jurisdicción interna, así como los generados en el curso del proceso ante el Sistema Interamericano, teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto y la naturaleza de la jurisdicción internacional de protección de los derechos humanos. Esta apreciación puede ser realizada con base en el principio de equidad y tomando en cuenta los gastos señalados por las partes, siempre que su quantum sea razonable<sup>262</sup>.

211. La Corte ha señalado que las pretensiones de las víctimas o sus representantes en materia de costas y gastos, y las pruebas que las sustentan, deben presentarse a la Corte en el primer momento procesal que se les concede, esto es, en el escrito de solicitudes, argumentos y pruebas, sin perjuicio de que tales pretensiones se actualicen en un momento posterior, conforme a las nuevas costas y gastos en que se haya incurrido con ocasión del procedimiento ante esta Corte<sup>263</sup>. En el presente caso, las representantes no presentaron soporte probatorio alguno sobre las erogaciones que han tenido que incurrir las víctimas en el proceso interno ni ante los órganos del Sistema Interamericano.

212. A pesar de lo anterior, esta Corte considera razonable suponer que, durante los años de trámite del presente caso, los representantes han incurrido en gastos. Asimismo, se subraya que los gastos erogados directamente por las presuntas víctimas fueron tomados en cuenta en el cálculo de la indemnización. De esta forma, la Corte decide fijar un monto razonable por la suma de USD \$10.000 (diez mil dólares de los Estados Unidos de América) que deberá repartirse de manera equitativa entre las representantes de las presuntas víctimas acreditadas en el presente proceso.

#### I. Reintegro de los gastos al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas

---

(262) Cfr. *Caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C No. 39, párr. 82, y *Caso Tabares Toro y otros Vs. Colombia, supra*, párr. 172.

(263) Cfr. Artículo 40.d) del Reglamento de la Corte. Véase también, *Caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina, supra*, párrs. 79 y 82 y *Caso López Sosa Vs. Paraguay, supra*, párr. 156.



213. En el 2008 la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos creó el Fondo de Asistencia Legal del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, con el “objeto [de] facilitar acceso al sistema interamericano de derechos humanos a aquellas personas que actualmente no tienen los recursos necesarios para llevar su caso al sistema”<sup>264</sup>.

214. Mediante nota de Secretaría de la Corte de 6 de junio de 2023 se remitió un informe al Estado sobre las erogaciones efectuadas en aplicación del Fondo de Asistencia Legal de Víctimas en el presente caso, las cuales ascendieron a la suma de USD\$1.088,95 (mil ochenta y ocho dólares con noventa y cinco céntimos) y, según lo dispuesto en el artículo 5 del Reglamento de la Corte sobre el Funcionamiento del referido Fondo, se otorgó un plazo para que el Estado presentara las observaciones pertinentes.

215. El *Estado* no presentó observaciones a este Informe.

216. A la luz del artículo 5 del Reglamento del Fondo, debido a las violaciones declaradas en la presente Sentencia y dado que se cumplió con los requisitos para acogerse al Fondo, la Corte ordena al Estado el reintegro a dicho fondo de la cantidad USD\$1.088,95 (mil ochenta y ocho dólares con noventa y cinco céntimos) por concepto de los gastos necesarios realizados. Dicha cantidad deberá ser reintegrado en el plazo de seis meses, contados a partir de la notificación del presente Fallo.

#### J. Modalidad de cumplimiento de los pagos ordenados

217. El Estado deberá efectuar el pago de las indemnizaciones ordenadas por concepto de medida de rehabilitación, beca de estudio y daños material e inmaterial y el reintegro de costas y gastos establecidos en la Sentencia, directamente a María, su madre y sus representantes, de acuerdo con lo establecido en los párrafos 177, 192, 206 y 212 de la presente Sentencia.

218. En cuanto a la indemnización ordenada a favor de Mariano, el Estado deberá depositarla en una institución argentina financiera solvente. La inversión se hará dentro del plazo de un año, en las condiciones financieras más favorables que permitan la legislación y la práctica bancaria, mientras el beneficiario sea menor de edad. Dicha suma podrá ser retirada por aquella cuando alcance la mayoría de edad o, en su caso, antes si así conviene al interés superior del niño, establecido por determinación de una autoridad judicial competente. Solo se podrá solicitar este retiro anticipado una vez que se haya determinado judicialmente quién ejercerá legalmente su custodia, de acuerdo con lo establecido en el párrafo 172 de esta Sentencia. Si no se reclama la indemnización correspondiente una vez transcurridos diez años contados a partir de la mayoría de edad, la suma será devuelta al Estado con los intereses devengados.

---

(264) AG/RES. 2426 (XXXVIII-O/08), Resolución adoptada por la Asamblea General de la OEA durante la celebración del XXXVIII Período Ordinario de Sesiones de la OEA, en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 3 de junio de 2008, “Creación del Fondo de Asistencia Legal del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, Punto Resolutivo 2.a), y CP/RES. 963 (1728/09), Resolución adoptada el 11 de noviembre de 2009 por el Consejo Permanente de la OEA, “Reglamento para el Funcionamiento del Fondo de Asistencia Legal del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, artículo 1.1.

219. En caso de que las personas beneficiarias fallezcan antes de que le sean entregadas las indemnizaciones respectivas, estas se efectuarán directamente a sus derechohabientes, conforme al derecho interno aplicable.

220. El Estado debe cumplir sus obligaciones monetarias mediante el pago en dólares de los Estados Unidos de América o, de no ser esto posible, en su equivalente en moneda argentina, utilizando para el cálculo respectivo la tasa más alta y más beneficiosa para las personas beneficiarias que permita su ordenamiento interno, vigente al momento del pago. Durante la etapa de supervisión de cumplimiento de la sentencia, la Corte podrá reajustar prudentemente el equivalente de estas cifras en moneda argentina, con el objeto de evitar que las variaciones cambiarias afecten sustancialmente el valor adquisitivo de esos montos.

221. Si por causas atribuibles a las persona beneficiarias de las indemnizaciones o a sus derechohabientes no fuese posible el pago de las cantidades determinadas dentro del plazo indicado, el Estado consignará dichos montos a su favor en una cuenta o certificado de depósito en una institución financiera argentina solvente, en dólares de los Estados Unidos de América, y en las condiciones financieras más favorables que permitan la legislación y la práctica bancaria. Si no se reclama la indemnización correspondiente una vez transcurridos diez años, las cantidades serán devueltas al Estado con los intereses devengados.

222. Las cantidades asignadas en la presente Sentencia como medida de rehabilitación, beca de estudios, indemnizaciones por daños materiales e inmateriales y como reintegro de costas y gastos, deberán ser entregadas a la persona indicada en forma íntegra, conforme a lo establecido en esta Sentencia, sin reducciones derivadas de eventuales cargas fiscales.

223. En caso de que el Estado incurriera en mora, deberá pagar un interés sobre la cantidad adeudada correspondiente al interés bancario moratorio en la República Argentina.

## **IX. Puntos resolutivos**

Por tanto,

**LA CORTE**

**DECIDE,**

Por unanimidad:

1. Aceptar el reconocimiento de responsabilidad efectuado por el Estado, en los términos de los párrafos 20 a 25 de la presente Sentencia.

**DECLARA,**

Por unanimidad:

2. El Estado es responsable por la violación a los derechos a la integridad personal, a la vida familiar, a la protección a la familia y a los derechos de la niñez, reconocidos por los artículos 5, 11.2, 17 y 19 en relación con el artículo 1.1, todos de la Convención Americana en perjuicio de María. Asimismo, es responsable de la violación a los derechos a la vida familiar, a la protección a la familia, a la identidad y a los derechos de la niñez, reconocidos por los artículos 11.2, 17 y 19 en relación con el artículo 1.1, todos de la Convención Americana, en perjuicio de Mariano. También, es responsable de la violación de los derechos a la vida familiar y a la protección a la familia, garantizados por los artículos 11.2 y 17, en relación

con el artículo 1.1 de la Convención Americana en perjuicio de la madre de María, en los términos de los párrafos 82 a 114 de esta Sentencia.

3. El Estado es responsable por la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, reconocidos los artículos 8.1 y 25, en relación con los artículos 1.1 y 17.1 de la Convención Americana en perjuicio de María, su madre y Mariano, así como en relación con el artículo 19 en perjuicio de María y Mariano, en los términos de los párrafos 119 a 152 de esta Sentencia.

4. El Estado es responsable por la violación al derecho a la igualdad y no discriminación reconocidos por los artículos 1 y 24 de la Convención Americana en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento y por el artículo 7 a) de la Convención de Belém do Pará en perjuicio de María, en los términos de los párrafos 156 a 162 de esta Sentencia.

### **Y DISPONE**

Por unanimidad, que:

5. Esta Sentencia constituye, por sí misma, una forma de reparación.

6. El Estado determinará la guarda y la situación jurídica de Mariano en el plazo de un año, en los términos establecidos en los párrafos 172 y 173 de esta Sentencia. Asimismo, continuará con el proceso de vinculación entre María y Mariano, en los términos establecidos en el párrafo 174 de esta Sentencia.

7. El Estado brindará gratuitamente y de forma inmediata, oportuna, adecuada y efectiva, tratamiento psicológico y/o psiquiátrico a la madre de María y a Mariano de conformidad con lo establecido en los párrafos 178 y 179 de la presente Sentencia.

8. El Estado continuará y concluirá las investigaciones que sean necesarias para determinar si existe responsabilidad penal por parte de los funcionarios que llevaron a cabo el procedimiento que determinó la entrega de Mariano al matrimonio López y el inicio de oficio de las medidas cautelares que se transformaron en un proceso sobre declaración de adoptabilidad, de conformidad con lo establecido en el párrafo 183 de la presente Sentencia.

9. El Estado verificará, de acuerdo con la normativa disciplinaria pertinente, a partir de la notificación de la presente Sentencia y en un plazo razonable, la conformidad a derecho de la conducta de los funcionarios que intervinieron en los distintos procesos internos relacionados con el presente caso y, establecerá las responsabilidades que correspondan, de conformidad con lo establecido en el párrafo 184 de la presente Sentencia.

10. El Estado realizará las publicaciones indicadas en los párrafos 190 y 191 de la presente Sentencia.

11. El Estado pagará a María la suma establecida por concepto de beca para poder sufragar los gastos necesarios para la conclusión de su formación escolar y/o profesional en el lugar donde resida, de conformidad con lo establecido en el párrafo 192 de la presente Sentencia.

12. El Estado otorgará a Mariano una beca en instituciones públicas argentinas, concertada entre el beneficiario o sus tutores legales y el Estado, para realizar estudios primarios, secundarios y superiores técnicos o universitarios, o bien para capacitarse en un oficio, de conformidad con lo establecido en el párrafo 193 de la presente Sentencia.

13. El Estado adoptará las medidas necesarias para crear e implementar un programa o curso obligatorio dirigido a operadores judiciales, incluyendo jueces, defensores, fiscales, asesores y demás funcionarios de la Provincia vinculados a la administración de justicia respecto de niños y niñas y a su protección, teniendo en cuenta los criterios establecidos en el párrafo 199 de esta Sentencia.

14. El Estado creará un programa de capacitación a nivel de la Provincia para los funcionarios que trabajen en los servicios de maternidad con el fin de que se capaciten sobre el tema del parto respetado, el consentimiento libre e informado y los mecanismos internos y convencionales sobre la adopción y guarda de niños y niñas. Asimismo, deberá crear un protocolo de actuación para las maternidades para hacer frente a los embarazos de madres niñas y adolescentes, y una cartilla sobre los derechos de las madres niñas y adolescentes, en los términos establecidos en el párrafo 200 de la presente Sentencia.

15. El Estado pagará las cantidades fijadas en los párrafos 177, 192, 206 y 212 de la presente Sentencia, por concepto de gastos por tratamiento psicológico y/o psiquiátrico, beca de estudio, indemnización por daño material e inmaterial, y por el reintegro de costas y gastos, en los términos de los referidos párrafos y de los párrafos 217 a 223.

16. El Estado debe reintegrar al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos la cantidad erogada durante la tramitación del presente caso, en los términos del párrafo 216 de esta Sentencia.

17. El Estado debe, dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de esta Sentencia, rendir al Tribunal un informe sobre las medidas adoptadas para cumplir con la misma, sin perjuicio de lo establecido en los párrafos 190 y 191 de la presente Sentencia.

18. La Corte supervisará el cumplimiento íntegro de esta Sentencia, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma.

*Firmado:* Ricardo C. Pérez Manrique (Presidente), Jueces: Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, Humberto Antonio Sierra Porto, Nancy Hernández López, Patricia Pérez Goldberg, Rodrigo de Bittencourt Mudrovitsch; Secretario Pablo Saavedra Alessandri.

# PACTO DE DERECHO APLICABLE. CÓMO DEBE APLICARSE EL DERECHO ELEGIDO POR LAS PARTES\*

*APPLICABLE LAW COVENANT.  
HOW THE LAW CHOSEN BY THE PARTIES MUST BE APPLIED*

*Juan Pablo Quaranta Costerg\*\**

**Resumen:** La presente nota a fallo se refiere a un recurso de nulidad contra laudo arbitral, en el cual, según la parte actora, el árbitro interviniente se apartó en su decisión del derecho pactado por las partes mediante autonomía conflictual. La Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal resolvió, en un fallo dividido, que el árbitro no se había apartado del derecho aplicable pactado por las partes. En el pacto, las partes habían acordado aplicar el derecho argentino, entendiendo por tal al Código Civil de Vélez Sarsfield y no al Código Civil y Comercial. En su decisión la mayoría sostuvo que la institución del *pactum de non petendo* había sido aplicada por la doctrina y la jurisprudencia, encontrando de ese modo recepción en el derecho argentino. Asimismo, la referencia al Código Civil y Comercial efectuada por el árbitro no implicó un apartamiento del derecho aplicable seleccionado, atento que dicho cuerpo normativo regula el derecho aplicable al caso de modo similar al Código Civil derogado.

**Palabras-clave:** Recurso de nulidad - Arbitraje - Apartamiento del derecho pactado.

**Abstract:** This note refers to an appeal for annulment of an arbitration award, in which, according to the plaintiff, the intervening arbitrator departed in his decision from the law agreed upon by the parties. Chamber D of the National Court of Commercial Appeals of the Federal Capital ruled, in a divided ruling,

---

\* Trabajo recibido el 15 de marzo de 2024 y aprobado para su publicación el 11 de abril del mismo año. La presente contribución está basada en una exposición que brindó el autor el 25 de junio de 2013 en el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal junto con la Dra. María Elsa Uzal en el ciclo *El Derecho Internacional Privado en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, tema *La autonomía de la voluntad en la contratación internacional en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*.

\*\* Abogado, Universidad Nacional de Buenos Aires (UBA). Magíster en Derecho Internacional Privado, UBA. Profesor Adjunto Regular de Derecho Internacional Privado, UBA. Profesor en la Maestría de Derecho Internacional Privado, UFLO. Miembro del Instituto de Derecho Internacional Privado, Profesor Doctor Werner Goldschmidt, Colegio Público de la Abogacía de la Capital Federal.

that the arbitrator had not deviated from the applicable law agreed upon by the parties. In the agreement, the parties had agreed to apply Argentine law, meaning the Civil Code of Vélez Sarsfield and not the Civil and Commercial Code. In its decision, the majority held that the institution of the *pactum de non petendo* had been applied by doctrine and jurisprudence, thus finding reception in Argentine law. Likewise, the reference to the Civil and Commercial Code made by the arbitrators did not imply a departure from the selected applicable law, taking into account that said regulatory body regulates the law applicable to the case in a similar way to the derogated Civil Code.

**Keywords:** Appeal for annulment - Arbitration - Departure from the agreed right.

**Sumario:** 1. Introducción. Haciendo un poco de historia. 2. El ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes en la determinación del derecho aplicable a los contratos internacionales. Autonomía material y conflictual. 3. El caso. Autos *Pan American Energy LLC (Sucursal Argentina) c. Metrogas S.A.* (Chile).

## 1. Introducción. Haciendo un poco de historia

En el derecho internacional privado -de aquí en adelante, DIPr.- argentino de fuente interna o autónoma se admite desde antaño la celebración de un pacto de elección de derecho aplicable.

Así, durante la vigencia del Código Civil de Vélez Sarsfield, tanto la doctrina como la jurisprudencia nacional aceptaban de manera pacífica el ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes, tanto en su vertiente conflictual como material, a fin de pactar el derecho aplicable a un contrato internacional.

Dicha aceptación se debía a una construcción doctrinal y jurisprudencial.

La doctrina y la jurisprudencia eran contestes en sostener que el artículo 1197 del Código Civil derogado no resultaba una norma aplicable a cuestiones de DIPr. La aceptación de la autonomía de la voluntad de las partes se derivaba, entonces, de distintas posturas interpretativas.

Una primera posición se basaba en la aplicación del artículo 19 de la Constitución Nacional<sup>1</sup>, que establece que las personas pueden hacer todo aquello que no esté prohibido.

Otra opinión hacía referencia a la posibilidad que establece el artículo 1º del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación de pactar la jurisdicción internacional competente en cuestiones de índole patrimonial, encontrándose, entonces, también permitido pactar el derecho aplicable al contrato.

---

(1) Constitución Nacional. "Artículo 19. 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. *Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe*" (el resaltado nos pertenece).

También se argumentaba que desde antaño el Estado argentino efectúa pactos de jurisdicción y derecho extranjeros en sus contratos internacionales, por lo que las partes podrían hacer lo mismo.

Una última postura, se refería a la amplia recepción de la autonomía de la voluntad de las partes en materia de contratación internacional llevada a cabo por la Convención de Viena de 1980 sobre los contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, entonces, ¿por qué no receptor la autonomía en la contratación internacional en aquellos casos en que la fuente aplicable al mismo fuera el Código Civil derogado?<sup>2</sup>

Dichos inconvenientes a fin de justificar el ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes en la determinación del derecho aplicable a un contrato internacional, han tocado a su fin con la entrada en vigor del Código Civil y Comercial, que, en su artículo 2651, establece los requisitos y límites al mismo.

## **2. El ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes en la determinación del derecho aplicable a los contratos internacionales. Autonomía material y conflictual**

### **2.1. Autonomía de la voluntad material**

Se traduce en la confección que realizan las partes de aquellas cláusulas que establecen mecanismos en relación a sus obligaciones. Las mismas pueden resultar de una redacción original de las mismas; que sean tomadas de distintas legislaciones existentes; o del *soft law*<sup>3</sup>, incorporándolas como una cláusula contractual más.

No puede desplazar el orden público internacional ni a las normas de policía del foro ni de terceros Estados que guarden relación con el caso.

### **2.2. Autonomía de la voluntad conflictual**

Es aquella por la cual las partes eligen el derecho aplicable; dicha selección se hace determinando la aplicación de algún derecho nacional preexistente.

No puede desplazar al orden público internacional, ni a las normas de policía del juez, ni a las normas de policía del derecho aplicable.

### **2.3. El ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes y su regulación en el Código Civil y Comercial. Requisitos. Límites**

El ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes supone que el contrato tenga un elemento extranjero real.

---

(2) Esta última postura era sostenida por Alicia M. Perugini.

(3) Por ejemplo, principios, leyes modelo, guías legislativas.

Por otro lado, como se verá a continuación, el Código Civil y Comercial recepta de manera amplia y clara la posibilidad de ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes, tanto en su vertiente material como conflictual.

El artículo 2651 del Código Civil y Comercial determina las condiciones y límites aplicables al ejercicio de la autonomía de la voluntad en materia de contratación internacional, estableciéndose como principio general que la validez intrínseca, la naturaleza, efectos, derechos y obligaciones de los contratos internacionales se rigen por el derecho elegido por las partes.

Dicha elección puede resultar expresa o implícita -de manera cierta y evidente de los términos del contrato o de las circunstancias del caso-.

Asimismo, la norma bajo análisis permite que las partes elijan el derecho aplicable a la totalidad del contrato internacional o sólo a una parte de él, admitiéndose el *dépeçage*<sup>4</sup> por acuerdo de partes o convencional.

El artículo 2651 del Código Civil y Comercial, otorga a las partes la posibilidad de elegir cualquier derecho como aplicable al contrato, ya que la norma no exige la existencia de una conexión razonable entre el caso y el derecho elegido.

A fin de evitar que se frustre el pacto de derecho aplicable, si se eligiera como aplicable un derecho no vinculado a la situación jurídica multinacional, habría que estudiar si el mismo admite ser aplicado en aquellos supuestos que no guarde relación con el caso jusprivatista internacional.

Las reglas de ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes que establece el artículo son las siguientes.

#### a) Momento de ejercicio

En cualquier momento se puede convenir que el contrato se rija por una ley distinta de la que lo regía, ya sea por una elección anterior o por aplicación de otras disposiciones del Código Civil y Comercial. Esa modificación no puede afectar la validez del contrato original ni los derechos de terceros.

#### b) Autonomía de la voluntad conflictual. Exclusión del reenvío

Elegida la aplicación de un derecho nacional, se debe interpretar elegido el derecho interno de ese país con exclusión de sus normas indirectas, excepto pacto

---

(4) *Dépeçage. Int. priv.* Posibilidad de que gozan las partes de un contrato, así como jueces y árbitros, de someter aspectos económicamente independientes de un contrato internacional a leyes distintas. Diccionario Panhispánico del Español Jurídico (<https://dpej.rae.es/lema/d%C3%A9pe%C3%A7age>).



en contrario<sup>5</sup>. Ello es así a fin de evitar la frustración del pacto y la aplicación del derecho seleccionado por las partes.

### c) Autonomía de la voluntad material

La norma bajo estudio autoriza a las partes a establecer de común acuerdo el contenido material del contrato y a crear disposiciones que desplacen las normas coactivas -orden público interno- del derecho elegido.

### d) Usos y costumbres

Los usos y prácticas comerciales generalmente aceptados, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, resultan aplicables cuando las partes los han incorporado al contrato.

El presente inciso regula la posibilidad de pactar usos y costumbres, siguiendo, en dicho sentido, las líneas directrices establecidas en el artículo 9 de la Convención de Viena de 1980 sobre los contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías y el artículo 10 de la CIDIP IV de Contratos<sup>6</sup>.

### e) Orden público internacional y normas internacionalmente imperativas o de policía<sup>7</sup>

---

(5) En el mismo sentido se manifiesta el artículo 2596 del Código Civil y Comercial.

Artículo 2596 Código Civil y Comercial de la Nación. Reenvío. Cuando un derecho extranjero resulta aplicable a una relación jurídica también es aplicable el derecho internacional privado de ese país. Si el derecho extranjero aplicable reenvía al derecho argentino resultan aplicables las normas del derecho interno argentino. *Cuando, en una relación jurídica, las partes eligen el derecho de un determinado país, se entiende elegido el derecho interno de ese Estado, excepto referencia expresa en contrario* (el resaltado nos pertenece).

(6) Convención de Viena de 1980 sobre los contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. Artículo 9. 1) *Las partes quedarán obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas.* 2) *Salvo pacto en contrario, se considerará que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que, en el comercio internacional, sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate.* Artículo 10 CIDIP IV de Contratos. *Además de lo dispuesto en los artículos anteriores, se aplicarán, cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto.*

(7) Las normas internacionalmente imperativas y el orden público internacional tienen una regulación específica en la parte general de DIPr. del Código Civil y Comercial, en los artículos 2599 y 2600 respectivamente. El artículo 2651 del Código Civil y Comercial se encuentra alineado con lo establecido en las mencionadas normas. Artículo 2600 Código Civil y Comercial. Orden público. *Las disposiciones de derecho extranjero aplicables deben ser excluidas cuando conducen a soluciones incompatibles con los principios fundamentales de orden público que inspiran el ordenamiento jurídico argentino.* Artículo 2599

El inciso e) del artículo 2651 del Código Civil y Comercial, establece que los principios de orden público y las normas internacionalmente imperativas del derecho argentino se aplican a la relación jurídica, cualquiera sea la ley que rija el contrato.

También se establece la aplicación de las normas imperativas del Estado que presente un vínculo económico preponderante con el caso.

Este último punto también se encuentra regulado en el artículo 2599 del Código Civil y Comercial, en cuanto establece la aplicación de las normas de policía del derecho extranjero declarado aplicable o de un tercer Estado con el que el caso presente vínculos estrechos y manifiestamente preponderantes con el caso.

#### f) Fraude a la ley

El inciso f) de la norma que nos encontramos analizando sostiene que los contratos hechos en la República Argentina para violar normas internacionalmente imperativas de una nación extranjera de necesaria aplicación al caso no tienen efecto alguno

#### g) Elección de foro

La elección de un determinado foro nacional no supone la elección del derecho aplicable de ese país.

Por último, el artículo 2651 del Código Civil y Comercial excluye de su ámbito de aplicación a los contratos de consumo internacionales.

### **3. El caso. Autos *Pan American Energy LLC (Sucursal Argentina) c. Metrogas S.A. (Chile)*<sup>8</sup>**

Se trataba de un recurso de nulidad contra un laudo arbitral.

El arbitraje, administrado por la Cámara de Comercio Internacional -CCI- se había llevado a cabo en la ciudad de Buenos Aires.

---

*Código Civil y Comercial. Normas internacionalmente imperativas. Las normas internacionalmente imperativas o de aplicación inmediata del derecho argentino se imponen por sobre el ejercicio de la autonomía de la voluntad y excluyen la aplicación del derecho extranjero elegido por las normas de conflicto o por las partes. Cuando resulta aplicable un derecho extranjero también son aplicables sus disposiciones internacionalmente imperativas, y cuando intereses legítimos lo exigen pueden reconocerse los efectos de disposiciones internacionalmente imperativas de terceros Estados que presentan vínculos estrechos y manifiestamente preponderantes con el caso.*

(8) CNCom., sala D, *Pan American Energy LLC (Sucursal Argentina) c. Metrogas S.A. (Chile)*, diciembre 12-2017. Una versión digital de la sentencia puede obtenerse en <https://fallos.diprargentina.com/2017/12/pan-american-energy-llc-sucursal.html> Última fecha de consulta: 5 de abril de 2024.

Uno de los motivos por los cuales Pan American Energy había interpuesto el recurso de nulidad contra el laudo, era, según los fundamentos esgrimidos por la misma, que el árbitro no había aplicado el derecho argentino pactado por las partes y que, además, había hecho aplicación de un instituto no receptado, según la parte, por el derecho argentino *-pactum de non petendo-*.

Por último, afirmó que el laudo fue contrario al ordenamiento jurídico, pues se fundó en un derecho ajeno al local. Este último punto fue descartado unánimemente por los jueces de Cámara, dado que considerar el mismo hubiera implicado violar el acuerdo de renuncia de apelación celebrado entre las partes<sup>9</sup>.

Resulta indiscutible entonces que este arbitraje, que además tuvo su sede en la ciudad de Buenos Aires, debía aplicar tanto en el análisis como en la solución, el derecho argentino y, frente a la derogación del Código Civil durante el desarrollo del proceso arbitral, las partes especificaron que la modificación del ordenamiento principal que rige el derecho común no incidía en este caso, pues seguirían siendo aplicables aquí las normas del Código Civil derogado, en la redacción vigente al 31 de julio de 2015.

De manera previa al dictado del laudo respectivo, el árbitro interviniente solicitó a las partes que se manifestaran expresamente sobre que interpretaban ellas por derecho argentino, ya que el pacto de elección de derecho -llevado a cabo mediante autonomía conflictual- había sido suscripto con anterioridad a la entrada en vigor del Código Civil y Comercial.

En dicho sentido, tanto Pan American Energy como Metrogas, estaban de acuerdo en que el derecho argentino pactado como aplicable al caso era el Código Civil de Vélez Sarsfield y no el Código Civil y Comercial.

La Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial resolvió el recurso de nulidad en un fallo dividido<sup>10</sup>.

El primer voto correspondió al Dr. Garibotto, quien, en minoría, admitió el recurso de nulidad interpuesto por Pan American Energy Sucursal Argentina.

---

(9) La renuncia al recurso de apelación se encuentra autorizada por el artículo 760 del Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Nación. Artículo 760 del Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Nación. *Si los recursos hubieren sido renunciados, se denegarán sin sustanciación alguna. La renuncia de los recursos no obstará, sin embargo, a la admisibilidad del de aclaratoria y de nulidad, fundado en falta esencial del procedimiento, en haber fallado los árbitros fuera del plazo, o sobre puntos no comprometidos. En este último caso, la nulidad será parcial si el pronunciamiento fuere divisible. Este recurso se resolverá sin sustanciación alguna, con la sola vista del expediente.*

(10) Existen otros temas de análisis que pueden abordarse en torno al fallo, como por ejemplo el análisis de las cuestiones de orden público pese a haberse renunciado la posibilidad de interponer un recurso de apelación, la validez de dicha renuncia, el pacto de jurisdicción. Nosotros hemos elegido examinar la cuestión relativa a la interpretación y aplicación del derecho elegido por las partes haciendo uso de la autonomía de la voluntad conflictual.

En dicho sentido, el magistrado sostuvo que “luego de leído cuidadosamente el laudo en cuestión llego a la conclusión, ciertamente opuesta a la opinión vertida por la señora fiscal general en el dictamen de fs. 636/645, que *el impetrado recurso de nulidad debe estimarse por no haber aplicado el árbitro el derecho elegido por los contendientes*”<sup>11</sup>.

A continuación, desarrolla los fundamentos legales en que basa dicha afirmación.

El Juez de Alzada arguyó que el artículo 11 del Acuerdo de Reasignación oportunamente suscripto por las partes en conflicto reza que “*(e)l presente acuerdo se regirá y será interpretado de conformidad con la legislación de la República Argentina*” y así quedó plasmado en el laudo, en el que se aclaró que, por petición de las partes, ninguna incidencia tendría el Código Civil y Comercial, sino que se aplicarían las normas contenidas en el Código Civil de Vélez Sarsfield<sup>12</sup>.

Dice que de manera expresa el numeral 9 del laudo sostiene que “*(a) petición arbitral, las partes, por sendos escritos de 30 de noviembre de 2015, confirman que el Código Civil y Comercial de la Nación, aprobado por Ley 26.994, promulgado según Decreto 1795/2014, que entró en vigor el 1 de agosto de 2015, no tiene incidencia alguna en este caso, ni han de advertirse normas en él que deban ser aplicadas a este proceso en reemplazo de las normas del Código Civil de la Nación vigente hasta el 31 de julio de 2015*”<sup>13</sup>.

Sostuvo el magistrado que el árbitro interviniente analizó el régimen general y el especial de la renuncia recurriendo al Código Civil y Comercial y no al Código Civil de Vélez Sarsfield. A fin de fundamentar dicha postura, adujo que alcanzaba con revisar el contenido del numeral 226 del laudo, en el que el árbitro basó la opinión que allí expresó en el texto, que transcribió, del artículo 946 del Código Civil y Comercial (aunque sólo dijo Código Civil) y en la doctrina que citó, referida a ese cuerpo legal; asimismo, en el numeral 228, el árbitro habría acudido a la norma del 724 del Código Civil y Comercial (esta vez así individualizado) que transcribió.

Continuando con su razonamiento, el juez sostuvo que el árbitro, si bien inicialmente examinó el caso a la luz del derecho argentino, no sólo no aplicó aquél voluntariamente elegido por las partes al que habían sujetado la solución de sus posibles diferencias, sino que, además, apoyó la decisión en una figura ajena a nuestro derecho. Es por ello que, atento tratarse de un arbitraje de derecho, debe respetarse el ordenamiento jurídico, “*pues la fundamentación de la decisión debe ser una derivación razonada de la normativa aplicable al caso*”<sup>14</sup>.

En definitiva, en base a los argumentos recientemente analizados, el Dr. Garibotto propuso hacer lugar al recurso de nulidad del laudo arbitral.

---

(11) La letra cursiva fue utilizada por el Dr. Garibotto en su voto.

(12) La letra cursiva fue utilizada por el Dr. Garibotto en su voto.

(13) La letra cursiva fue utilizada por el Dr. Garibotto en su voto.

(14) La letra cursiva fue utilizada por el Dr. Garibotto en su voto.

El segundo y tercer voto de la sentencia conforman la mayoría que permitió resolver el caso planteado en el sentido de rechazar el recurso de nulidad del laudo.

A diferencia del voto del Dr. Garibotto, los Dres. Vassallo y Heredia efectuaron una interpretación teleológica o finalista del laudo arbitral, teniendo en cuenta los fundamentos utilizados por el árbitro interviniente y no tan solo la letra del laudo.

El segundo voto correspondió al Dr. Vassallo.

Dentro de los argumentos esgrimidos por el magistrado, cabe destacar que el mismo sostiene que, además de los motivos permitidos por la legislación procesal, parecería agregarse hoy otra aparente causal de impugnación del laudo, cual es que el mismo sea contrario al ordenamiento jurídico (artículo 1656 del Código Civil y Comercial). Dicha tesis había sido utilizada por Pan American Energy al impugnar el fallo arbitral.

Sin embargo, el Dr. Vassallo llegó a la conclusión que dicha norma sólo resulta de aplicación a los arbitrajes domésticos y no a los internacionales.

Sostiene que el derecho aplicable es el argentino y que, a petición del árbitro interviniente, ambas partes confirmaron que la aplicación del Código civil y Comercial “(...) no tiene incidencia alguna en este caso, ni han de advertirse normas en él que deban ser aplicadas a este proceso en reemplazo de las normas del Código Civil de la Nación vigente hasta el 31 de julio de 2015”.

El magistrado, de manera coincidente con su predecesor en el voto, advirtió que el árbitro en su laudo utilizó el artículo 946 del Código Civil y Comercial<sup>15</sup> y que citó doctrina referida al mismo. Asimismo, indicó que posteriormente citó una norma del Código Civil y Comercial, esta vez identificándola como perteneciente a dicho ordenamiento jurídico.

Ante dichos supuestos incumplimientos por parte del árbitro interviniente, el Dr. Vasallo sostuvo que “(s)in embargo esta objetiva desatención al derecho pactado, no aparece relevante para justificar por sí sola la nulidad del laudo”<sup>16</sup>.

Analicemos las implicancias y el significado de la frase recientemente transcripta.

El magistrado, lúcidamente, sostiene que no cualquier vicio amerita el dictado de la nulidad de un laudo, que el defecto invocado debe resultar trascendente y que no debe tratarse de una cuestión irrelevante que hubiera sido inocua al resultado.

Una vez sentada dicha premisa, comienza a analizar la aplicación del derecho pactado por las partes.

---

(15) Artículo 946 Código Civil y Comercial. La aceptación de la renuncia por el beneficiario causa la extinción del derecho.

(16) La itálica nos pertenece.

De un simple repaso de los principios del derecho civil, el artículo 946 del Código Civil y Comercial sólo incorpora a la norma una premisa que ya había sido considerada por la doctrina y que resultaba receptada por el Código Civil derogado.

En dicho sentido, la redacción actual de la norma no reconoce conceptos distintos a los vigentes con el anterior ordenamiento. Sólo define, congruente con el artículo 875 del Código Civil derogado y el artículo 947 del Código Civil y Comercial, que la obligación se extingue cuando la renuncia es aceptada por su beneficiario.

Otro tanto sucede con la invocación que el laudo realiza del artículo 724 del Código Civil y Comercial en lo referente a la definición de obligación.

Según el magistrado, la disquisición llevada a cabo por el árbitro luego de citar el artículo 724 del Código Civil y Comercial, no responde, entonces, a una novedad legislativa sino, como máximo, a una diferente redacción para explicitar principios ya clásicos.

En virtud de ello, las incorrectas citas legales que realizó el árbitro de un Código expresamente excluido del análisis como punto del compromiso, no aparecen relevantes para justificar la nulidad del laudo.

A continuación, realizó un análisis de la aplicación por parte del árbitro del instituto del *pactum de non petendo*.

Metrogas, a diferencia de Pan American Energy, sostuvo que la doctrina y la jurisprudencia argentinas ya habían utilizado el mencionado instituto para explicar algunas situaciones o relaciones jurídicas.

En el mismo sentido, el Juez Vassallo demostró en su voto que el instituto ha sido invocado por la doctrina para sostener, por ejemplo, que la participación de una persona en un acuerdo preventivo extrajudicial implica un *pacto de non petendo* de la quiebra o por la jurisprudencia en relación a un cheque postdatado, “(...) que la recepción de cheques ‘a fecha futura’ configura el modo documentalmente simplificado de pactar una convención de las llamadas ‘de non petendo’; esto es y simplemente, un pacto accesorio de diferimiento de la exigibilidad (...)”.

En base a la opinión sustentada por Metrogas, el árbitro concluyó que las partes habían tomado posición sobre la calificación de la renuncia como *pactum*, lo cual lo habilitaba para analizar los alcances de la renuncia introduciendo la figura del *pactum*.

El árbitro, luego de reconocer que el *pactum de non petendo* no ha sido receptada normativamente por la legislación argentina, sostuvo que tal convención “(...) no deja de ser un pacto válido en virtud de la autonomía de la voluntad (...)”<sup>17</sup>. Sin decirlo expresamente, esta afirmación parecería tener sustento en la regla establecida en el artículo 1197 en el Código Civil derogado.

---

(17) La itálica nos pertenece.

En el mismo sentido, el árbitro destaca que el mencionado instituto aun sin estar regulado de manera específica, ha sido invocado en distintas oportunidades por la doctrina nacional. De ello parece derivar que es posible su utilización para resolver el caso, aun cuando se reconozca que no ha sido incorporado normativamente al derecho argentino. De este modo, al calificar la renuncia como un acuerdo de voluntades, las características de la misma serían similares a la del *pactum de non petendo*.

En base a los argumentos expresados, el magistrado interviniente sostuvo que el *pactum de non petendo* ha sido aplicado conceptualmente por la doctrina y jurisprudencia argentina, aún sin que el instituto resultara regulado por el derecho argentino. Por lo tanto, el mismo no puede considerarse extraño para el mencionado ordenamiento normativo.

Como corolario de lo expuesto, el Juez Vassallo concluyó que los principios y efectos del *pactum de non petendo* han sido aplicados en la interpretación de diversos actos jurídicos, lo cual permite hacerlo en el laudo cuya nulidad se solicita, sin que ello implique un apartamiento de la legislación elegida por las partes y que el nuevo ordenamiento jurídico no constituía una modificación conceptual de los principios rectores del Código Civil derogado.

A continuación, el magistrado votante sostuvo que “(...) si a pesar de ello pudiera existir alguna vacilación respecto de la solución del caso, debe optarse por la validez del laudo conforme el principio de favor arbitri hoy además receptado normativamente por el artículo 1656 CCCN (...)”.

El Dr. Heredia fue el último magistrado interviniente. El mismo suma argumentos a los ya vertidos por el Dr. Vassallo, conformando de esa manera el voto en mayoría.

“(a) Sabido es que, bajo el Reglamento de Arbitraje de la CCI, versión año 2012 (que es la aplicable al caso; fs. 576), es dado a “(...) Las partes (...) acordar libremente las normas del derecho a ser aplicada por el tribunal de arbitraje a los méritos de la disputa (...)” (art. 21).

“Tal posibilidad, que también es aceptada por la Ley Modelo CNUDMI (art. 28) y que importa un principio esencial en el derecho del comercio internacional (conf. Rivera, J., Arbitraje Comercial – internacional y doméstico, Buenos Aires, 2007, p. 507), implica validar en el marco del arbitraje la aplicación de la autonomía de la voluntad en orden a la elección por los contratantes del derecho apto para la resolución de la controversia (autonomía conflictual), bajo la idea de que nadie se encuentra mejor posicionado que las partes para determinar el sistema jurídico que les rige (conf. Moreno Rodríguez, José, en la obra Nuevo Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI 2010, anotado y comentado, dirigido por Pilar Perales Viscasillas e Ignacio Torterola, Legis, Buenos Aires, 2011, p. 359 y sus citas)”.

El juez de Cámara resuelve, juntamente con la opinión ya vertida por los restantes magistrados, que el conflicto fuera decidido por un único árbitro y que el mismo debía aplicar el derecho argentino, entendiéndose por tal el Código Civil velezano y no el Código Civil y Comercial.

Es decir, que las partes acordaron de manera específica un *pactum de lege utenda*. En dicho sentido, la “(...) elección hecha por los contendientes debe ser entendida en un sentido amplio, es decir, como referente a la ley sustancial e igualmente a la doctrina y jurisprudencia interpretativa de ella (...)”.

En su argumentación, el Dr. Heredia sostuvo que si bien el árbitro refirió adecuadamente la ley elegida por las partes para resolver el conflicto, al abordar lo atinente a la definición del objeto o alcance de la renuncia, fundó su decisión no sólo en citas del Código Civil derogado y su doctrina interpretativa, sino también en la mención de preceptos del Código Civil y Comercial, así como en la de autores que han comentado este último cuerpo legal.

El magistrado votante sostuvo que el árbitro debe respetar el pacto de derecho aplicable llevado a cabo por las partes, so pena que el laudo pueda ser anulado o rechazado al intentar su reconocimiento o ejecución.

*“Por ello, debe entenderse que, como principio, constituye una violación al mandato arbitral, que conlleva a la anulación del laudo, cuando no se respeta la elección hecha por los litigantes del derecho aplicable al mérito de la controversia. Particularmente, ello es así cuando se aplica una ley nacional diversa de la seleccionada por las partes; cuando se hace referencia a un derecho nacional en presencia de un acuerdo para la aplicación de reglas jurídicas transnacionales; o cuando se hace aplicación de reglas transnacionales en violación al acuerdo de parte que previeron la aplicación de una ley estatal (...)”.*

En el presente caso, las partes han cristalizado el derecho elegido, descartando, de ese modo, la aplicación de modificaciones legislativas posteriores. De este modo las mismas quedan a resguardo de la evolución legislativa y obtienen seguridad jurídica.

Sumado a ello, *“el respeto por la elección del derecho estatal aplicable que hubieran hecho las partes deja de tener el límite del orden público internacional o interno, teniendo los jueces facultad para ejercer un control de validez bajo esa óptica (...)”.*

Siguiendo con su argumentación, citó jurisprudencia extranjera que sostiene que no es anulable un laudo *“(...) que ha hecho referencia a normas de un diverso ordenamiento nacional, bajo el presupuesto de que ellas habían inspirado las disposiciones que sí eran aplicables (conf. Cour d’Appel de Paris, Chambre 1<sup>a</sup>, 10/3/1988, “Crocodile Tourist Project Co. c/ Aubert ès qual et autres”, Revue de l’arbitrage, 1989, p. 269, con nota de Fouchard, citado por Benedettelli, Massimo V., Consolo, Claudio y Radicati di Brozolo, Luca G., ob. cit., p. 997, X, 7)”.*

Desde su punto de vista, el presente caso podría asimilarse *mutatis mutandi* al supuesto mencionado en el fallo reseñado en el párrafo precedente.

Desde su punto de vista, y aunque no es disimulable que el árbitro actuante utilizó una misma sigla para referirse ambiguamente a ambos códigos -“CCA”-, ni que citó el artículo 946 del Código Civil y Comercial como precepto perteneciente al Código Civil derogado, *“tales yerros no alcanzan para colegir que en su decisión hu-*



*quiera absolutamente desconocido el específico plexo normativo al cual las partes decidieron someter su disputa, ni menos para sostener que la mención de artículos del Código Civil y Comercial Nación hubiera significado fundar el laudo en una normativa incompatible o contraria a la especialmente llamada para resolver la cuestión, lo cual permite concluir, en definitiva, que la misión arbitral no ha sido ejercida con trasgresión al acuerdo de las partes sobre los preceptos del derecho a ser aplicados a los méritos de la disputa”.*

Al referirse al *pactum de non petendo* sostiene que la afirmación atinente a que el Código Civil velezano no lo admitía resulta insostenible. En dicho sentido, entre las obligaciones de no hacer de fuente convencional se ubica el *pactum de non petendo*.

Sumado a todo lo expuesto, tampoco puede aceptarse la crítica que se ensaya en el recurso de nulidad sobre la base de sostener que el árbitro habría fundado su decisión en el derecho positivo suizo pero sin citarlo, o bien en obras de autores españoles o italianos que refieren a la figura del *pactum de non petendo*.

En primer término, porque si bien el árbitro no hizo referencia a la norma de derecho helvético que regularía el *pactum de non petendo*, lo cierto es que esta referencia de derecho comparado la hizo a guisa de mera ilustración y aclarando que no se pretendía con ello sugerir analogía alguna con aptitud decisoria del caso, por lo que ello no puede ser tomado como elemento demostrativo de la presencia de una falta esencial del procedimiento.

Luego, porque el laudo no se invalida cuando, sin omitir el derecho estatal elegido por las partes, funda su decisión citando de manera concurrente otras disposiciones nacionales o elementos de juicio del derecho comparado no incompatibles o contrarios. Y, al respecto, la mención efectuada por el laudo de autores españoles e italianos no puede juzgarse de ningún modo incompatible o contraria con la configuración que del *pactum de non petendo* puede hacerse a la luz del régimen de las obligaciones de no hacer resultante del Código Civil derogado.

Sostiene Pan American Energy “que hubo exceso del árbitro en la aplicación del principio *iura novit curia* pues: I) admitió una excepción no esgrimida ni autorizada por la ley; y II) de acuerdo al art. 2653 del Código Civil y Comercial de la Nación, no es posible al juez disponer de la aplicación del derecho del Estado con el cual la relación jurídica presente vínculos más estrechos, si las partes han elegido el derecho para el caso. Nada de esto es, sin embargo, es argumentalmente aceptable. En efecto, en cuanto a lo primero es imperioso observar que el árbitro no admitió ninguna excepción, sino que dijo que el *pactum de non petendo* ofrecía la posibilidad de oponerlo como medio de defensa en reclamos litigiosos diferentes al presente, lo que es distinto (fs. 619 vta., punto n° 259). De su parte, en orden a lo segundo, lo dispuesto por el art. 2653 del Código Unificado de 2015 carece de relación directa e inmediata con el sub lite pues esa norma se refiere a los supuestos en que no se ha sometido el contrato a un derecho elegido por las partes (conf. Uzal, M., *Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, 2016, ps. 521/522, n° 10; Lorenzetti, R., *Código Civil y Comercial de la Nación, comentado*, Santa Fe-Buenos Aires, 2015, t. XI, ps. 645/646; Alterini, J., *Código Civil y Comercial Comentado – Tratado Exegético*, Buenos Aires, 2015, t. XI, p. 1000), hi-

*pótesis que no es la aquí examinada en la que, por el contrario, las partes hicieron ejercicio de la autonomía conflictual, la que fue respetada por el laudo según fuera ya concluido”.*

Por último, de este modo, siguiendo los lineamientos del artículo 2653 del Código Civil y Comercial se desechó la aplicación del mismo a los casos en que las partes hubieran recurrido a la autonomía de la voluntad a fin de pactar el derecho aplicable al caso jusprivatista con elementos extranjeros.

Tal como se desprende de los argumentos de los votos analizados precedentemente, se rechazó, por mayoría, el planteo de nulidad de laudo impetrado por Pan American Energy, estableciéndose que el derecho argentino seleccionado por las partes como aplicable al caso jusprivatista internacional había sido bien aplicado por el árbitro interviniente al momento de dictar el laudo.

#### **4. A modo de colofón**

Como podemos observar con claridad, los votos de los magistrados intervinientes analizaron desde distintas perspectivas el pacto de elección de derecho aplicable llevado a cabo por las partes.

Tal como se desprende del fallo analizado, el Juez Garibotto realizó una interpretación de la aplicación del derecho elegido por las partes realizada en el laudo de tipo literal, mientras que los restantes magistrados, Dres. Vassallo y Heredia, llevaron a cabo una interpretación de tipo teleológico o finalista.

En dicho sentido, se analizó si las referencias al ordenamiento jurídico llevadas a cabo por el árbitro implicaban apartarse del derecho elegido por las partes mediante el recurso a la autonomía conflictual.

El voto de mayoría colijó que el *pactum de non petendo* había encontrado recepción doctrinaria y jurisprudencial, aún durante la vigencia del Código Civil velezano.

Los magistrados que conformaron el voto de mayoría, consideraron que, aunque el árbitro hubiera hecho referencia al Código Civil y Comercial, existen principios sustancialmente equivalentes en ambos ordenamientos jurídicos, por lo que la aplicación del nuevo ordenamiento normativo no implicaba una desviación en la aplicación del derecho elegido por las partes.

De este modo, deben considerarse incluidos en el pacto de derecho aplicable tópicos como, por ejemplo, la doctrina, la jurisprudencia y los principios generales del derecho de la legislación elegida.

Asimismo, se descartó la aplicación del artículo 2653 del Código Civil y Comercial en el caso, atento que las partes recurrieron a la autonomía de la voluntad conflictual para determinar el derecho aplicable al caso jusprivatista internacional.

Nosotros nos encontramos de acuerdo con la interpretación de tipo teleológico y con el contenido y alcance del pacto de derecho aplicable llevada a cabo por la postura sustentada en el voto de la mayoría.

**Tribunal:** Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal, (CNCom.), Sala D

**Fecha:** 19 de diciembre de 2017

**Asunto:** “Pan American Energy LLC (Sucursal Argentina) c. Metrogas S.A. (Chile)”

**Magistrados:** G. G. Vassallo - J. R. Garibotto (en disidencia) - P. D. Heredia

En Buenos Aires, a los 19 días del mes de diciembre de dos mil diecisiete, se reúnen los Señores Jueces de Sala D de la excelentísima Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal, con el autorizante, para dictar sentencia en la causa “PAN AMERICAN ENERGY LLC (Sucursal Argentina) c/ METROGAS S.A. (Chile) s/ORGANISMOS EXTERNOS”, registro n° 7893/2016/CA1, procedente de la Agencia Arbitral (Ginebra), en los cuales, como consecuencia del sorteo practicado de acuerdo con lo previsto por el art. 268 del Código Procesal, resultó que debían votar en el siguiente orden, Doctores: Garibotto, Vassallo y Heredia.

Estudiados los autos, la Cámara planteó la siguiente cuestión a resolver: ¿Procede declarar la nulidad del laudo arbitral de fs. 576/627?

A la cuestión propuesta, el Señor Juez de Cámara, Doctor Garibotto dijo:

### **I. Los antecedentes del caso y el diferendo sujeto al arbitraje 19616/CA/ASM.**

Metrogas S.A. (Chile), Pan American Energy LLC (Sucursal Argentina), Total Austral S.A. y Wintershall Energía S.A. se vincularon por tres contratos: el primero de compraventa de gas anudado los días 9 y 10 de abril de 1997; el segundo es un denominado Acuerdo de Reasignación, fechado el 4 de junio de 2007; y el restante lo constituye un acuerdo para la entrega de volúmenes autorizados a exportar reasignados, suscripto, también, en igual fecha.

i. Fue Metrogas S.A. (Chile) quien instó un procedimiento arbitral que ante la Cámara de Comercio Internacional tramita bajo el n° 19465/CA en el que, en apretadísima síntesis, pidió se condene a Total Austral S.A., a Wintershall Energía S.A. y a Pan American Energy LLC (Sucursal Argentina), a indemnizarle de los daños y perjuicios que derivaron para ella, por causa del acusado incumplimiento de esos contratos que atribuyó a las demandadas (cfr. fs. 11/92).

Y por cuanto Pan American Energy LLC (Sucursal Argentina) consideró que la promoción de ese arbitraje constituyó, por parte de su instante, una “*patente violación a las obligaciones que (Metrogas S.A. [Chile]) había asumido en el acuerdo de reasignación, en tanto en éste habían acordado: (a) que Metrogas renunciaba a promover o continuar un reclamo judicial o arbitral con base en las medidas adoptadas por la autoridad argentina y (b) un pacto de confidencialidad*” (sic, recurso; capítulo IV.A, fs. 403, 4° párrafo), también ella promovió el arbitraje que ahora ocupa a esta Sala, al que se le asignó el n° 19616/CA.

ii. Lo que Pan American Energy LLC (Sucursal Argentina) solicitó del tribunal arbitral fue: (i) se declare “*que todas las controversias entre PAE (la promotora del arbitraje, se comprende) y Metrogas en relación con el Acuerdo 2007, el Contrato 1997 y demás contratos vinculados deben ser resueltas de conformidad con el Acuerdo 2007*”; (ii) “*que Metrogas estaba obligado a mantener la confidencialidad del Acuerdo 2007 e incumplió dicha obligación reservando nuestros derechos a reclamar daños y perjuicios*”; (iii) “*que Metrogas incumplió las renunciaciones pactadas en el*

*Acuerdo 2007 al demandar a PAE en el arbitraje CCI No. 19465/CA”; y por todo ello pidió (iv) “se ordene a Metrogas que pague o reembolse a PAE todos los costos, costas, honorarios y demás gastos del presente arbitraje” (v. el laudo arbitral, específicamente fs. 625, punto 7.1.).*

## II. El laudo arbitral

La copia del laudo arbitral dictado el 18 de abril del año 2016 en el caso n° 19616/CA aparece glosada en fs. 576/627.

i. A esa copia aludo, pues el original del fallo arbitral que debió hallarse incorporado a estos autos en algún momento se extravió, tal y como lo advirtió la Sra. Fiscal General ante esta Alzada (en fs. 572/575).

Fue por esto que la recurrente Pan American Energy LLC (Sucursal Argentina) con el escrito de fs. 629/630 acompañó la susodicha copia, que hizo certificar por un escribano, de la cual, por petición de la Sra. Fiscal General se confirió traslado a Metrogas S.A. (Chile).

Todo parece indicar, dado el tenor con que fue concebida la pieza de fs. 428, que la omisión de incorporación del laudo arbitral al expediente debe atribuirse al señor árbitro ante quien el recurso fue articulado y solicitado su remisión, sin más trámite, a esta Excm. Cámara de Apelaciones de conformidad con lo dispuesto por el art. 760, *in fine*, del Código Procesal (v. fs. 427 vta.: d).

Así pues, atendiendo a que Metrogas S.A. (Chile) respecto de la mencionada reproducción señaló que “*pareciera ser copia fiel del (laudo) recibido*” por ella en su oportunidad, aunque mencionó no poder manifestarse en cuanto a la temporaneidad o extemporaneidad de su agregación (fs. 634), en mi opinión debemos considerar suplida por Pan American Energy LLC (Sucursal Argentina) aquella omisión y, por ende, dotar de validez instrumental a la copia del laudo arbitral en cuestión.

ii. Laudo arbitral este, en el que el árbitro único Jean-Marie Vulliemin resolvió 1°: desestimar los “*petita*” de Pan American Energy LLC (Sucursal Argentina) que puntualmente transcribió (son aquéllos que referí en el capítulo ii. del Considerando I.); 2°: condenó a Pan American Energy LLC (Sucursal Argentina) a pagar a Metrogas S.A. (Chile) los gastos y costes del arbitraje en la suma total de U\$S 502.721,50; y 3°: desestimó y rechazó “*todas y cuantas otras demandas de las partes*” (v. específicamente fs. 626 vta./627).

## III. El recurso, las articulaciones posteriores formuladas por la nulidicente, y su respuesta

i. Esa decisión, que según adujo Pan American Energy LLC (Sucursal Argentina) consideró que Metrogas S.A. (Chile) no había violentado la confidencialidad pactada en el Acuerdo de Reasignación e ignorado el carácter extintivo de la renuncia en él acordada fue tachada de nula por aquélla, e invocación mediante de lo dispuesto por los arts. 760 y ctes. del Código Procesal y art. 1656 del Código Civil y Comercial y, además, por haber sido dictada por un árbitro que había sido recusado por haber prejuzgado, la recurrió (fs. 401/427).

ii. Luego de recurrido el laudo arbitral dos cosas hizo saber a esta Sala Pan American Energy LLC (Sucursal Argentina), que tildó de “*circunstancias sobrevenientes, con incidencia sobre la nulidad impetrada*”.

Por la primera puso en conocimiento la renuncia del árbitro Jean-Marie Vulliemin a su carácter de presidente del tribunal arbitral en el “Arbitraje Metrogas” n° 19465/CA (fs. 482/484), y por la segunda dio noticias del apartamiento, por aceptación de la recusación

impetrada contra los co-árbitros Jorge Sescún Melo y Gilberto Giusti en ese mismo proceso arbitral, decisión que fue adoptada por la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (fs. 503/505).

En muy apretada síntesis, lo que Pan American Energy LLC (Sucursal Argentina) sostuvo en ambas oportunidades fue que el árbitro recusado no pudo defender exitosamente su actuación ante la entidad administradora del arbitraje y por esto optó por renunciar, y que la admisión de los planteos recusatorios dirigidos contra los aludidos coárbitros por las demandadas –argumentos a los que adhirió Pan American Energy LLC (Sucursal Argentina)- por defender sin reservas y hacer suya la actuación desplegada por el árbitro Vulliemin, viene a ratificar que el laudo en crisis fue dictado por quien desconoció el derecho argentino e ignoró el ordenamiento jurídico aplicable a la solución del diferendo.

iii. Ambas articulaciones fueron respondidas por Metrogas S.A. (Chile) en el capítulo VI.7. de la pieza en la que contestó el recurso de nulidad deducido por su oponente (fs. 540/564).

Tengo presente cuanto sobre estos extremos fue dicho por esa parte.

#### **IV. Los alcances y limitaciones con que cuadra examinar el recurso de nulidad de los laudos “de derecho”**

Tanto Pan American Energy LLC (Sucursal Argentina) cuanto Metrogas S.A. (Chile) acordaron en el “Contrato 1997” que *“El laudo de los árbitros sobre la cuestión objeto de controversia será definitiva e inapelable”* (fs. 593, nro. 5).

i. La renuncia a la apelación, admitida por el ordenamiento ritual (art. 760) no involucra a algún derecho constitucionalmente amparado, sino a un derecho de base legal; esto es, la posibilidad de revisión por una instancia superior (cfr. González Quiroga, en *“Las normas imperativas y el orden público en el arbitraje privado internacional”*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2001, pág. 356, nro. 353).

A lo dicho se añade que el principio de la doble instancia carece de jerarquía constitucional en juicios civiles: en tal sentido, siempre ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación que, en materia civil, la garantía constitucional de la defensa en juicio no requiere la doble instancia judicial (Fallos 171:366; 182:383; 186:337;187:79; 191:228; 192:162; 203:315; 211:1534; 212:105; 214:413;215:156; 216:604; 217:205; 218:208; 220:543; 221:40; 222:509; 241:195; 243:296; 245:200; 246:357; 247:419; 249:543; 250:12; 251:72;253:15; 320:1847; 320:2145; 322:2488; 322:3241; 322:2357); así, por otra parte, lo enseña la doctrina (v. por todos, Alsina, en *“Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial”*, Buenos Aires, 1965, tº 2, pág. 694) y lo ha decidido este Tribunal (v., entre otros, *“Mobil Argentina S.A. c/ Gasnor S.A.”*, 8.8.07; *íd.*, *“Sociedad de Inversiones Inmobiliarias Del Puerto S.A. c/ Constructora Iberoamericana S.A.”*, 7.2.11; *íd.*, *“Devoreal S.A. s/ quiebra c/ Moreno, Alfredo”*, 1.11.16).

ii. No obstante ello el Código Procesal, que otorga al laudo arbitral una entidad equiparable a la sentencia judicial a los fines de su ejecución (art. 499) y además dispone la colaboración estatal en punto a la adopción de medidas compulsorias mediante la intervención de los Tribunales de Justicia a los que se impone *“...prestar auxilio de su jurisdicción para la más rápida y eficaz sustanciación del proceso arbitral”* (art. 753), preserva tanto el recurso de aclaratoria cuanto el de nulidad.

Todo esto coordina con la naturaleza jurisdiccional que la Corte Suprema Federal le concede al arbitraje, que ha dicho que “...*aún cuando el arbitraje sea un procedimiento de solución de controversias de origen contractual, es jurisdiccional por su función y por la especial eficacia que el Derecho otorga a sus efectos, por lo que las tareas que realizan los árbitros no guardan relación con las ejercidas por los abogados y procuradores que defienden los intereses individuales de las partes*” (Fallos 332:1100).

iii. Claro está, entonces, que no obstante que las partes sometieron sus controversias a la denominada “*justicia privada*” y expresaron su intención de evitar que el órgano judicial actúe como tribunal examinador del laudo arbitral, sí es procedente su revisión por medio de los recursos de aclaratoria y nulidad, este último fundado en falta esencial del procedimiento, en haber fallado los árbitros fuera de plazo o sobre puntos no comprometidos (art. 760 del ritual; art. 1656 del Código Civil y Comercial) o que el laudo contuviere en su parte dispositiva decisiones incompatibles entre sí (art. 761 del mismo cuerpo legal), o cuando la decisión ha vulnerado el orden público, cuestión esta última a la que me referiré en el apartado v.

De lo cual se sigue que la apertura de la vía judicial es conceptualmente restringida, pues a diferencia de la apelación, el recurso de nulidad no habilita a las partes a requerir la revisión del laudo en punto al objeto sustancial de juzgamiento; por el contrario, en estos casos el tribunal debe limitarse a controlar el efectivo cumplimiento de los recaudos formales que la legislación ha considerado indispensables para una buena administración de justicia (esta Sala, “*Total Austral S.A. c/ Saiz, Francisco*”, 12.7.02; *id.*, “*Sociedad de Inversiones Inmobiliarias del Puerto S.A. c/ Constructora Iberoamericana S.A.*”, 7.2.11; *id.*, “*PE Acquisitions LLC c/ Envases del Pacífico S.A.*”, 12.7.13; v. Rivera, en “*Recursos contra laudos arbitrales*”, publ. en J.A. 2007-I-1268).

Pues como lo señaló el señor juez Heredia en la causa “*PE Acquisitions LLC c/ Envases del Pacífico S.A.*” recién mencionada, la falta esencial de procedimiento “*se refiere a la invalidación de un laudo arbitral fundada en la existencia de vicios de orden formal que pudiesen haber afectado las garantías de regularidad del contradictorio (cuya) admisibilidad se halla subordinada a la presencia de los requisitos procesales necesarios para impetrar una nulidad, a saber, existencia de defecto formal o ineficacia del acto -que en el caso debe ser esencial, con afectación de la defensa en juicio-, el interés jurídico en la declaración y actuación no convalidada*”.

En términos llanos, las causales que la ley prevé para la procedencia del recurso de nulidad exigen, respecto de la aludida falta esencial del procedimiento, que el vicio invocado sea relevante, que afecte claramente el derecho de defensa, que exista un interés jurídico en su declaración y que se trate de una actuación no consentida, pero no autorizan al tribunal de justicia a avanzar sobre un juicio acerca del fondo de la controversia sometida al arbitraje (CNCom Sala C, “*Edf International S.A. c/ Endesa Internacional-España*”, 9.12.09). Porque como lo enseña el recordado maestro Jaime L. Anaya (en “*Control judicial del arbitraje*”, publ. en L.L. 2004-B-312) “*...debe ponerse especial cuidado en no incurrir en la judicialización del arbitraje más allá de los límites demarcados por la legislación, para evitar que el control conduzca a la desnaturalización del arbitraje privándolo de sus más preciosos beneficios*”.

De todo lo cual se deriva que la impugnación del laudo por vía del recurso de nulidad no habilita una revisión en cuanto al fondo de lo decidido sino que, como dije, el examen se limita al control del efectivo cumplimiento de los recaudos considerados indispensables para su validez (esta Sala, “*PE Acquisitions LLC c/ Envases del Pacífico S.A.*”, 7.6.12 tantas

veces citada; también CNCom, Sala A, “KCK Tissue S.A. c/ Citibank N.A”, 5.8.04; íd., Sala C, “Calles, Ricardo y otros c/General Motors Corporation”, 3.6.03).

iv. Al respecto, destacase que para resolver la nulidad de un laudo carecen de eficacia los argumentos enderezados a demostrar su injusticia (cuestión esta que es propia del recurso de apelación que, en el caso, fue renunciado, según arriba dije), por cuanto el objeto procesal de la jurisdicción estatal es completamente diferente del que acarrea la apelación.

Los jueces ordinarios sólo tienen la facultad de revisar la decisión arbitral en cuanto a su justicia cuando se recurre de ella mediante apelación, que abre la instancia judicial con amplitud para ello. Pero cuando la apelación ha sido excluida y se somete a decisión de los jueces estatales la cuestión relativa a la validez de laudo, no pueden entrar a considerar el modo en que la controversia ha sido resuelta.

Pretender, entonces, a través del recurso o acción de nulidad la revisión del fondo del asunto resuelto por los árbitros, significaría abrir una instancia de alzada no prevista para obtener un pronunciamiento contrario a los principios que rigen la materia, poniendo en cabeza de los jueces una facultad jurisdiccional de la que carecen (conf. Caivano, en “Arbitraje”, Buenos Aires, 1993, págs. 260/262 y jurisprudencia allí referida).

v. Sin perjuicio de lo anterior (bien lo señaló el señor juez Vassallo en su voto vertido en la tantas veces mencionada causa “Sociedad de Inversiones Inmobiliarias Del Puerto S.A. c/ Constructora Iberoamericana S.A.”) la Corte Federal, en el caso “José Cartellone Construcciones Civiles S.A. c/ Hidroeléctrica Norpatagónica S.A. o Hidronor S.A.” sentenciado el 1.6.04 (Fallos 327:1881), parece haber superado aquellos límites.

Dijo en esa causa el más Alto Tribunal de la Nación que “... *no puede lícitamente interpretarse que la renuncia a apelar una decisión arbitral se extienda a supuestos en que los términos del laudo que se dicte contraríen el orden público, pues no es lógico prever, al formular una renuncia con ese contenido, que los árbitros adoptaran una decisión que incurra en aquel vicio. Cabe recordar al respecto que la apreciación de los hechos y la aplicación regular del derecho son funciones de los árbitros y, en consecuencia, el laudo que se dicte será inapelable en esas condiciones pero, en cambio, su decisión podrá impugnarse judicialmente cuando sea inconstitucional, ilegal o irrazonable*”.

Pues bien.

Más allá de que reconocidos autores han criticado esa solución (v. entre otros, Méndez, en “Impugnación judicial de laudos arbitrales. El caso ‘Cartellone’. Un lamentable retroceso.” Publ. en J.A. 2005-I-1312; Estoup, en “La universalización del orden público interno en el arbitraje internacional ¿una defensa legítima?”, publ. en L.L. 2004-F-930; Montaldo, en “El fallo ‘Cartellone’: las implicancias económicas de una decisión inconveniente”, publ. en L.L. 2004-F-1025; Bonfanti, en “Interrogantes y límites de la interpretación jurídica”, publ. en J.A. 2004-IV-78; Zapiola Pérez, en “Aproximación a modo de crítica del fallo José Cartellone Construcciones Civiles S.A. c/ Hidroeléctrica Norpatagónica S.A. o Hidronor S.A.”, publ. en Decita - Derecho del Comercio Internacional: temas y actualidades”, Buenos Aires, 2005, vol. 3, págs. 470 y sig.), sí a mi juicio esa doctrina es aplicable cuando los árbitros omiten controlar el cumplimiento de condiciones que están contenidas en normas de orden público que, en mi criterio, deben ser respetadas bajo pena de nulidad.

Así lo juzgó la Sala C de esta Alzada mercantil que en ese entonces integraba, en el caso “Algavi S.A. c/ Esso S.R.L.” el 4.7.13, con cita de un precedente de la Sala A dictado *in re*: “Otto Garde y Cía. S.A. c/ Multiespacios San Isidro S.A.”, sentenciado el 11.11.08.

vi. Es, sobre las bases expuestas, que examinaré la cuestión traída a consideración de este tribunal.

## V. La solución

Los antecedentes del caso, la razón de la promoción de este proceso arbitral n° 19.616/CA, y lo que Pan American Energy LLC (Sucursal Argentina) solicitó del tribunal arbitral, han sido reseñados en el Considerando I.

De todas maneras conviene recordar que lo que la ahora nulidicente adujo en la extensa memoria de fs. 401/427 es que el laudo desconoció el carácter extintivo de la renuncia pactada en el Acuerdo de Reasignación datado el 4 de junio de 2007 sobre cuya base Metrogas S.A. (Chile), violentando el pacto de confidencialidad plasmado en el mismo convenio, había promovido el llamado "*Arbitraje Metrogas*" n° 19465/CA; y explicó que por ello dedujo este proceso arbitral que, según lo afirmó, debió decidirse según la legislación argentina.

Y por cuanto el fallo arbitral le disconformó, lo recurrió de nulidad: afirmó que el árbitro ignoró por completo el derecho argentino, que fundó la solución que adoptó en una figura no regulada en la legislación nacional, y que "*fue incapaz de individualizar en qué sistema legal positivo esa figura funciona como fue impetrada en el Laudo*" (desde fs. 404 vta. al pie, apartados [i] y [ii]).

Sostuvo, entonces, (i) que el laudo incurre en faltas esenciales por no haber aplicado el derecho elegido por las partes; (ii) que se aparta de los puntos del compromiso; y (iii) que es arbitrario por sorpresivo, por carecer de fundamento normativo y haber sido dictado por quien dijo ignorar el derecho aplicable, por no haber atendido en su integridad las cláusulas contractuales estipuladas por las partes y cuanto ellas alegaron y haberle impuesto las costas.

Es esa, en muy apretada síntesis, la médula del recurso, bien que tengo presente cuanto sobre esos y otros extremos invocó la recurrente y respondió la apelada.

i. Por lo pronto diré que no es invocable como causal invalidante del laudo arbitral la susodicha "*arbitrariedad*", por no ser tal cuestión propia del marco cognoscitivo del recurso de nulidad sino del de apelación que, varias veces lo dije, en el caso fue renunciado (esta Sala, "*Miranda, Ricardo Hugo c/ Líneas del Norte S.A.*", 20.11.14).

En efecto.

No se encuentra previsto que por la vía de la arbitrariedad pueda atacarse un laudo arbitral, porque tal hacer excedería las facultades de indagación que, como señalé, quedan limitadas a la comprobación de la existencia de las causales taxativamente previstas en la ley que pudieren afectar la validez del laudo y, de compartirse lo juzgado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la adecuación de lo decidido al orden público. Pues, de lo contrario, de admitirse una amplia discusión, quedaría desorbitado el régimen arbitral (este tribunal, en el precedente recién citado, en "*Decathlon España S.A. c/ Bertone, Luis*", 25.10.06, y en "*PE Acquisitions LLC c/ Envases del Pacífico S.A.*", 12.7.13; también CNCom, Sala A, "*KCK Tissue S.A. c/ Citibank N.A.*", 5.8.04; Sala B, "*Pluris Energy Group Inc. (Islas Vírgenes Británicas) c/ San Enrique Petrolera S.A.*", 21.4.14; Sala C, "*Cortesfilms Argentina S.A. c/ Seb Argentina S.A.*", 21.10.01; íd., "*Calles, Ricardo y otros c/ General Motors Corporation*", 3.6.03).



Remito, entonces, a los lectores de esta ponencia a cuanto expresé en el Considerando IV.

ii. Sin embargo, luego de leído cuidadosamente el laudo en cuestión llego a la conclusión, ciertamente opuesta a la opinión vertida por la señora fiscal general en el dictamen de fs. 636/645, que el impetrado recurso de nulidad debe estimarse por no haber aplicado el árbitro el derecho elegido por los contendientes.

Explicaré los motivos de esta adelantada opinión.

(i) Lleva razón Pan American Energy LLC (Sucursal Argentina) en cuanto a que ambas partes acordaron que el árbitro habría de fallar con apego a la legislación argentina.

Tal lo pactado en el art. 11 del Acuerdo de Reasignación (que reza “*El presente acuerdo se regirá y será interpretado de conformidad con la legislación de la República Argentina*”) y así quedó plasmado en el laudo, en el que se aclaró que, por petición de las partes, ninguna incidencia tendría el Código Civil y Comercial ahora vigente sino que se aplicarían las normas contenidas en el Código Civil sancionado por la ley 340 (capítulo 4° “*Ley aplicable*”, numerales 8 y 9, fs. 580 vta.).

Expresamente fue señalado en el numeral 9 (lo destaco por considerarlo dirimente) que “*A petición arbitral, las partes, por sendos escritos de 30 de noviembre de 2015, confirman que el Código Civil y Comercial de la Nación, aprobado por Ley 26.994, promulgado según Decreto 1795/2014, que entró en vigor el 1 de agosto de 2015, no tiene incidencia alguna en este caso, ni han de advertirse normas en él que deban ser aplicadas a este proceso en reemplazo de las normas del Código Civil de la Nación vigente hasta el 31 de julio de 2015*”.

(ii) Fue así que luego de desestimada por la Corte Internacional de Arbitraje la recusación que la ahora nulidicente, basada en su supuesto prejuizgamiento, había planteado respecto del árbitro único Jean-Marie Vuilliemin (capítulo 5.7., numerales 63 a 72, desde fs. 586), y de zanjadas otras cuestiones que no es necesario mencionar (concernientes a los “*Antecedentes del caso*” -capítulo 6, desde fs. 589vta.- donde analizó el contenido de los contratos que vincularon a las partes; y a lo actuado en “*El procedimiento arbitral CCI 19465*” -capítulo 6.2., desde fs. 598 vta.-), el árbitro aludió a la cuestión propuesta a arbitraje, con mención de los petitorios formulados por cada una de las partes (capítulo 7, desde fs. 605) y a continuación analizó el asunto sometido a su jurisdicción.

(iii) Encaró el árbitro esa tarea en el capítulo 8 (fs. 607).

Citó el contenido del art. 4.1. del aludido Acuerdo de Reasignación referido “*a la renuncia expresa e irrevocable por parte de METROGAS del derecho a iniciar o continuar cualquier reclamo, acción judicial y/o arbitral contra PAS y/o PAE y/o sus afiliadas y subsidiarias y/o contra el Gobierno de la República Argentina...*” (así subrayado en el original; capítulo 8.3.3., numeral 208, fs. 611 vta.), luego, en el capítulo 8.3.4. se refirió a la “*Metodología del análisis*” (numerales 209 y 210, fs. 611 vta.); y en aquél 8.3.5. reseñó el “*Origen del reclamo*” (numerales 211 a 216, fs. 612 y vta.).

Fue por esto que consideró que “*Se tiene por tanto que analizar el régimen general de la renuncia, y, en un segundo tiempo, el régimen propio de dicha renuncia en función de su objeto...*” (capítulo 8.3.6., numeral 219, fs. 612 vta.).

(iv) Comenzó el árbitro esa tarea aludiendo a la postura asumida por Pan American Energy LLC (Sucursal Argentina) que parcialmente citó, en la que esta parte invocó la nor-

ma del art. 868 del Código Civil (capítulo 8.3.6.1., numeral 220 y nota 125; misma foja), y después formuló reseña del contenido del debate que sobre esa cuestión habíase realizado (numerales 222 y 223, fs. 613 y vta.).

Hecho esto, entendió planteada la siguiente alternativa: “*la renuncia a la acción es extintiva del derecho, o causa una obligación de no hacer, tesis explícitamente sostenida por la Demandante*” (numeral 224, fs. 613 vta.); y señaló que en el primer caso se trataría “*de un acto dispositivo que agota sus efectos directos en la esfera del acreedor, siendo la renuncia a la acción su efecto esencial*”, mientras que en el segundo se trataría “*de un acto constitutivo de una obligación (...) susceptible de incumplimiento, siendo éste sancionado por las correspondientes acciones, i.e. la reintegración en el estado anterior al incumplimiento y/o daños y perjuicios*” (numeral 225, misma foja).

(v) Empero, a la hora de pronunciarse sobre ese trascendental asunto, en el capítulo 8.3.6.1. referido a “*El régimen general de la renuncia*” (fs. 612 vta.), y en el siguiente 8.3.6.2. titulado “*El régimen especial de la renuncia*” (fs. 614), el árbitro claramente se apartó del derecho elegido por las partes (v. otra vez el numeral 9 que transcribí en el apartado (i) del subcapítulo ii. de este Considerando V.) y lo analizó sustentado en normas contenidas en el Código Civil y Comercial (no del Código Civil ley 340) y en la doctrina nacional y extranjera que citó.

Para formar convicción acerca de esto, alcanza con revisar el contenido del numeral 226 (fs. 613 vta.), en el que el árbitro basó la opinión que allí expresó en el texto, que transcribió, del art. 946 del Código hoy vigente (aunque sólo lo mencionó como “*Código Civil*”) y en la doctrina que citó, referida a ese cuerpo legal de fondo: indudable es esto último pues, entre otra, hizo referencia a la obra de Gagliardo, titulada “*Tratado de Obligaciones según el Código Civil y Comercial*”, y al “*Código Civil y Comercial de la Nación, comentado*” de Rivera y Medina, referido a los alcances de lo dispuesto por el art. 944 de ese cuerpo normativo (v. la nota 140 al pie de la foja 613 vta.; y la nota 141, al pie de la foja siguiente, respectivamente).

Y también en el numeral 228 (fs. 614), el árbitro acudió a la norma del 724 del Código Civil y Comercial (esta vez así individualizado) que transcribió.

(vi) Basado el árbitro en esas normas y en aquella doctrina extrajo la conclusión que plasmó en el numeral 233 (fs. 615), y desde allí analizó las posiciones de las partes relativas a la aplicación al caso del principio *iuria novit curia* y al *pactum de non petendo* y estructuró el resto del laudo (numerales 234 hasta 251, desde fs. 615) cuyo resultado ya he mencionado.

**iii.** Queda de tal modo suficientemente demostrado que el árbitro, si bien principió su labor por examinar el caso a la luz del derecho argentino, no sólo no aplicó aquél voluntariamente elegido por las partes al que habían sujetado la solución del diferendo sino que, además, apoyó la decisión en una figura ajena a nuestro Derecho.

A la luz de lo dispuesto por el inc. 3° del art. 740 del Código Procesal y por último párrafo del art. 1656 del Código Civil y Comercial poco más considero necesario señalar, porque demostrado está, a mi juicio con suficiencia, que el laudo se apartó del compromiso (CSJN, Fallos 290:458 “*Yacimientos Petrolíferos Fiscales c. Sargo Argentina S.A.*”).

Huelga destacar que se trata de un arbitraje “*de derecho*” en el que debe respetarse el ordenamiento jurídico, “*pues la fundamentación de la decisión debe ser una derivación razonada de la normativa aplicable al caso*” (cfr. Lorenzetti, en “*Código Civil y Comercial de la Nación, comentado*”, Buenos Aires, 2015, t°. VIII, pág. 143, nro. III.1.).

## VI. La conclusión

Propongo, entonces, al Acuerdo que estamos celebrado estimar el recurso introducido por Pan American Energy LLC (Sucursal Argentina) y, por consecuencia, declarar la nulidad del laudo arbitral emitido en la causa individualizada con el n° 19616/CA. Con costas de Alzada a Metrogas S.A. (Chile) en tanto vencida en el recurso.

Así voto.

El señor Juez Gerardo G. Vassallo dijo:

I. El señor Juez Garibotto, a quien tocó pronunciarse en primer término, describió correctamente los antecedentes del caso.

También hizo una breve y adecuada reseña de la jurisprudencia y doctrina en punto a los límites de la intervención judicial frente a la impugnación de un laudo arbitral.

De todos modos me parece útil resaltar, como lo hice en el voto que desarrollé en la causa “Sociedad de Inversiones Inmobiliarias del Puerto S.A.”, y quizás reiterando algunos de los conceptos de la ponencia inicial, que el código procesal “...le otorga al laudo una entidad equiparable a la de la sentencia judicial a los fines de su ejecución (art. 499), amén que dispone colaboración estatal en punto a medidas compulsorias mediante la intervención de la Justicia a la que se le impone ‘...prestar auxilio de su jurisdicción para la más rápida y eficaz sustanciación del proceso arbitral’ (art. 753 C. proc; Anaya, Jaime L., *Control judicial del arbitraje*, LL 2004-B, 312)”.

“Todo ello entronca con la naturaleza jurisdiccional que nuestro Alto Tribunal le ha concedido al arbitraje al sostener que ‘...aun cuando el arbitraje sea un procedimiento de solución de controversias de origen contractual, es jurisdiccional por su función y por la especial eficacia que el derecho otorga a sus efectos, por lo que las tareas que realizan los árbitros no guardan relación con las ejercidas con los abogados y procuradores que defienden los intereses individuales de las partes’ (CSJN, 31.5.1999, “J.C. Roca c/Consultora S.A.”, Fallos 322:1100)”.

“Como principio, todo laudo arbitral es recurrible cuando es dictado por árbitros de derecho, aunque esta facultad puede renunciarse o limitarse (art. 760 código procesal; Caivano R., *Arbitraje*, páginas 253/254, Ed, Ad-Hoc, 1993). Sin embargo es habitual que la cláusula compromisoria incluya una expresa renuncia de las partes a recurrir el laudo que sea dictado por el Tribunal Arbitral.

“Como se verá el Reglamento de Arbitraje de la CCI presume tal renuncia (art. 28) cuando aquéllas deciden resolver sus eventuales y futuras controversias con base en tal reglamento. Es que el sometimiento voluntario a derivar la solución de las eventuales controversias a árbitros permite presumir, por lógica, no sólo el deseo de ser juzgados por ellos sino, además, un compromiso de acatar lo que éstos decidan. (Caivano R., *El control judicial en el arbitraje*. Apuntes para una futura reforma de la legislación argentina, LL 2008-D, 1274).

“Parecería connatural con la decisión de los contratantes de recurrir a un Tribunal Arbitral su intención de obtener un pronunciamiento rápido y en una única instancia, a efectos de no perjudicar el negocio en común o, en su caso, darle finiquito en forma ágil y definitiva. Empero, esa renuncia contractual que es convalidada por nuestra legislación, no

importa cercenar, aún con los límites y la excepcionalidad que se referirán más abajo, todo tipo de intervención del Poder Judicial.

“Como dijo la Sala en la causa ‘Mobil Argentina’...” en ponencia del Dr. Heredia que ya ha citado el primer votante, ‘...la administración privada de justicia que implica el arbitraje no es ajena a cierto control judicial, el cual no es susceptible de ser suprimido totalmente, en razón de una exigencia que surge de objetivos constitucionalmente asumidos como el de ‘promover la justicia’ y también de las garantías de la defensa en juicio y de la propiedad y de la ejecutoriedad equivalente a la de una sentencia judicial que el Estado dispensa -cumplidos ciertos recaudos- a los laudos arbitrales. A todo evento, la mayor o menor amplitud del control judicial depende de la misma voluntad que dio origen al arbitraje: de máxima extensión, si las partes cuentan con el recurso de apelación por no haber renunciado a él o limitado a ciertos ámbitos eminentemente formales en el supuesto de que los contratantes hayan renunciado a aquella apelación y sólo dispongan del recurso de nulidad del laudo arbitral (CSJN, 17/11/94, C. 950. XXIV. “Color S.A. c/Max Factor Sucursal Argentina s/ laudo arbitral s/pedido de nulidad del laudo”, Fallos 317:1527, voto del juez Boggiano)’.

“En el caso,...” (en referencia a aquél que conoció la Sala y cuyo voto propio transcribo parcialmente) “...como fuera referido, la cláusula compromisoria incluida por las partes en el contrato que las vinculó, estipuló expresamente la inapelabilidad del laudo, importando ello la renuncia por las partes al recurso de apelación previsto por la legislación procesal para el supuesto en que la resolución de la contienda no se hubiese delegado en un Tribunal Arbitral”.

“Tal pacto fue congruente con lo dispuesto por el artículo 28, ap. 6, del Reglamento de Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio, a cuyas reglas se sometieron los aquí litigantes, que, en lo pertinente, establece que ‘... Todo Laudo es obligatorio para las partes. Al someter su controversia a arbitraje según el Reglamento, las partes se obligan a cumplir sin demora cualquier Laudo que se dicte y se considerará que han renunciado a cualesquiera vías de recurso a las que puedan renunciar válidamente...’”.

“A partir de esta premisa, amén de la finalidad que las partes buscaron al derivar sus conflictos a la llamada ‘justicia privada’, debe entenderse la intervención judicial con criterio restrictivo. Es que los contratantes, al renunciar a un derecho propio como es el de ocurrir a la Justicia estadual, han expresado claramente su intención de evitar que el órgano judicial actúe como tribunal revisor del laudo arbitral, privilegiando así no sólo la economía procesal sino además, casi como consecuencia de lo primero, la agilidad comercial que resultará de la rápida solución de los conflictos que pudieren aparecer en el curso de la ejecución del contrato. Pero estos valiosos fines, no pueden extenderse al punto de amparar un laudo claramente inválido.

“Así, nuestra legislación limita la facultad de las partes a renunciar a la vía recursiva ante el Poder Judicial, a la revisión de la regularidad del laudo”.

“El ya referido artículo 760 del código procesal preserva dos caminos para habilitar la intervención de los tribunales de justicia: la aclaratoria y el recurso de nulidad, este último fundado en falta esencial del procedimiento, en haber fallado los árbitros fuera de plazo o sobre puntos no comprometidos. El artículo 761 agrega, como causal de nulidad, el laudo que contuviere en su parte dispositiva decisiones incompatibles entre sí”.

“Esta apertura de la vía judicial es, conceptualmente, restringida pues a diferencia de la apelación, el recurso de nulidad no habilita a las partes a requerir la revisión del laudo en punto al objeto sustancial de juzgamiento”.

“En este caso el juez deberá limitarse a controlar el efectivo cumplimiento de los recaudos formales que la legislación ha considerado indispensables para una buena administración de justicia (Rivera J., *Recursos contra laudos arbitrales*, JA 2007-I-1268; Caivano R., *El control judicial en el arbitraje...* ya citado). De no respetarse estos límites, el instituto del arbitraje perdería buena parte de las cualidades que le han otorgado utilidad y sentido”.

“En este contexto, las causales que la ley prevé para la procedencia del recurso de nulidad exigen, en particular en lo que hace a la falta esencial del procedimiento, que el vicio invocado sea relevante, afecte claramente el derecho de defensa, que exista un interés jurídico en su declaración y que se trate de una actuación no convalidada” (CNCom Sala D, 12.7.2002, “Total Austral S.A. c/Saiz Francisco”, JA 2003-II-77).

“Pero en modo alguno autorizan al tribunal de justicia a avanzar sobre un juicio sobre el fondo de las controversias sobre las que ha versado el arbitraje” (esta Sala, 7.2.2011, “Sociedad de Inversiones Inmobiliarias del Puerto c/ Constructora Iberoamericana S.A. s/ queja”).

En el caso en estudio, no existe disenso sobre la regularidad de la oportuna renuncia a recurrir el fallo en punto a su contenido sustancial. Amén de ello tal limitación fue dejada en claro en el mismo laudo (fs. 593, pto. 5).

En este escenario, Pan American Energy LLC encaró la vía que nuestra legislación deja vigente y en esa línea requirió la nulidad del laudo, en los términos del artículo 760 del código procesal, al entender que el mismo reconoce evidentes vicios que afectan esencialmente el procedimiento amén de apartarse de los puntos de compromiso, en tanto no aplicó el derecho que fue determinado de consuno por ambas partes.

Amén de lo imputado, la hoy recurrente también objetó el laudo por entenderlo arbitrario, cuestionamiento que como fue antes reseñado, se encuentra vedado a la revisión judicial. No ignoro que la Corte Suprema de Justicia de la Nación en un particular precedente trató excepcionalmente algún aspecto sustantivo (“José Cartellone Construcciones Civiles S.A.”).

Pero entiendo que tal precedente, amén de la resistencia que ha tenido a nivel doctrinario, constituye un caso de excepción que sólo puede ser seguido en situaciones particulares que aquí no se advierten.

En el mentado precedente la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo, en punto a los alcances de la renuncia a recurrir el laudo que “...no puede lícitamente interpretarse que la renuncia a apelar una decisión arbitral se extienda a supuestos en que los términos del laudo que se dicte contraríen el orden público, pues no es lógico prever, al formular una renuncia con ese contenido que los árbitros adoptarán una decisión que incurra en aquel vicio”.

Y en el mismo considerando continuó, “Cabe recordar al respecto que la apreciación de los hechos y la aplicación regular del derecho son funciones de los árbitros y en consecuencia, el laudo que dicten será inapelable en esas condiciones, pero en cambio, su decisión podrá impugnarse judicialmente cuando sea inconstitucional, ilegal o irrazonable (Fallos 292:223)” (“José Cartellone Construcciones Civiles S.A. c/ Hidroeléctrica Norpatagónica S.A. o Hidronor S.A.”, del 1.6.2004; Fallos 327:1881).

De hecho también parecería agregarse hoy otra aparente causal de impugnación del laudo, cual es que el mismo sea contrario al ordenamiento jurídico (arts. 1656 Código Civil y Comercial).

Y, como se verá de seguido, Pan American Energy LLC también impugnó el fallo arbitral con tal argumento.

Para considerar integralmente el ataque que se trae a juzgamiento de la Sala, es menester describir sucintamente la relación de negocios que derivó en la intervención arbitral para, de seguido, definir los límites del recurso.

**II.** Las partes aquí en contienda concertaron en su tiempo (1997) diversos contratos de compraventa de gas natural mediante los cuales Total Austral S.A., Bidas Austral S.A. y Deminex Argentina vendieron a Metrogas S.A. (Chile) aquel fluido, proveniente del área de “Agua Pichana”, provincia del Neuquén.

Mediante cláusula adicional de mayo de 2000 Bidas Austral S.A. transfirió todos sus derechos y obligaciones respecto de los contratos en cuestión a Pan American Energy LLC (sucursal Argentina). En igual cláusula Deminex Argentina declaró haber modificado su denominación por la de Wintershall Energy S.A.

Por diversas medidas regulatorias adoptadas en junio del 2004 por el gobierno argentino, las vendedoras se vieron imposibilitadas de proveer el gas en los volúmenes contratados. Frente a los reclamos de Metrogas S.A. adujeron no ser responsables de su objetivo incumplimiento pues el mismo derivaba de cuestiones de fuerza mayor.

Ya en el año 2007 las partes en conflicto acordaron diversas soluciones para dirimir el conflicto vigente. En lo que aquí interesa, Pan American Energy (PAE), Pan American Sur (PAS) y Distribuidora de Gas de Montevideo S.A. (DGM) suscribieron un acuerdo de “Reasignación Transitoria de Volúmenes de Gas de Exportación”. De su lado, con base en lo antes pactado, PAE y DGM acuerdan enmendar el convenio y reducir los volúmenes pactados para su reasignación a Metrogas. De su lado, esta última pactó con DGM brindarle alguna compensación por haber aceptado derivarle cantidades de gas que le venían atribuidas.

Dicho “Convenio de Reasignación...” contenía dos cláusulas de renuncia (artículo 4) y de confidencialidad (art. 6) que constituyen el objeto del laudo que ahora se ataca de nulo.

En lo que aquí interesa, el artículo 4.1 reza “La entrada en vigencia del presente Acuerdo de Reasignación, implica la renuncia expresa e irrevocable por parte de METROGAS del derecho a iniciar o continuar cualquier reclamo, acción judicial y/o arbitral contra PAS y/o PAE y/o sus afiliadas y subsidiarias y/o contra el Gobierno de la República Argentina, únicamente y exclusivamente en la medida que dichos reclamos, acciones judiciales y/o arbitrales estuvieren originados o relacionados con algún evento de fuerza mayor declarado o que pudiera declarar PAE en el futuro para excusarse del incumplimiento de sus obligaciones de entrega conforme el Contrato METROGAS y/o al contrato cuya celebración entre METROGAS y PAE se prevé en el artículo 5 (ii) del presente Acuerdo de Reasignación, siempre que el incumplimiento del cual PAE pretendiera excusarse estuviera motivado en Medidas Regulatorias vigentes a la fecha del presente Acuerdo de Reasignación...”. De seguido la estipulación define “Medidas Regulatorias” a los efectos de lo aquí pactado.

En las cláusulas 4.2, 4.3 y 4.4 se establecen otras renunciaciones, bien que en relación a otros de los actores del acuerdo (fs. 596v/597).

En cuanto al pacto de confidencialidad, quedó concertado que “Las Partes mantendrán la confidencialidad del presente Acuerdo de Reasignación en todo momento. La difusión o propagación de información tendrá lugar solo en la medida necesaria para avanzar con la reasignación objeto del presente. Ningún comunicado de prensa será efectuado si el previo consentimiento por escrito de las Partes. Se exceptúa del presente deber de confidencialidad a todas aquellas presentaciones ante organismos públicos o privados necesarias para la implementación y puesta en práctica de la reasignación acordada” (fs. 597).

Frente a la demanda arbitral deducida por Metrogas en mayo de 2013 (CCI 19465), con causa en pretensos incumplimientos a los contratos de compraventa del año 2007, Pan American Energy LLC entendió que era impertinente su promoción, y promovió el 19 de julio de 2013 una solicitud de arbitraje con las siguientes pretensiones:

“PAE pide que el Tribunal Arbitral dicte uno o más laudos que (1) declaren que todas las controversias entre PAE y Metrogas en relación con el Acuerdo 2007, el Contrato 1997 y los demás contratos vinculados deben ser resueltas de conformidad con el Acuerdo 2007; (2) declaren que Metrogas estaba obligado a mantener la confidencialidad del Acuerdo 2007 e incumplió dicha obligación reservando nuestros derechos a reclamar daños y perjuicios; (3) declaren que Metrogas incumplió las renunciaciones pactadas en el Acuerdo 2007 al demandar a PAE en el arbitraje CCI N° 19465/CA; (4) ordene a Metrogas que pague o rembolsé a PAE todos los costos, costas, honorarios y demás gastos del presente arbitraje” (fs. 605; la numeración de cada ítem no está en el original).

Resulta relevante destacar aquí que quedó incontrovertido, amén de resultar del artículo 11 del Acuerdo 2007, que esta contienda sería juzgada conforme la legislación de la República Argentina.

Y por coincidencia de las partes, frente a un requerimiento del árbitro en tal sentido, quedó establecido que no sería de aplicación al caso el Código Civil y Comercial de la Nación que entró en vigor el 1 de agosto de 2015, lo cual dejó como la normativa del caso el Código Civil de la Nación y, en su caso, el Código de Comercio, ambos vigentes hasta la fecha antes señalada (fs. 580v).

**III.** Concluida la descripción anterior, ingresaremos en la identificación de las razones expuestas para perseguir la nulidad del laudo y, luego, procederemos al análisis del ataque.

PAE pretende invalidar la decisión arbitral imputando al mismo diversos vicios que, en su postura, justificarían la solución que persigue.

La requirente sostuvo que el laudo incurrió en faltas esenciales en el procedimiento, amén que se apartó de los puntos de compromiso. Ambas imputaciones fueron sostenidas en igual defecto: no aplicar el derecho argentino tal como fuera determinado al inicio del proceso.

También atacó al laudo por entenderlo arbitrario, conclusión que sostuvo al afirmar que el mismo carecía de fundamento normativo, que había sido dictado por un árbitro que desconocía el derecho argentino y que, por último, incurrió en prejuzgamiento. A su vez

por haber soslayado, en el parecer del nulidicente, cierta cláusula contractual que en su opinión hubiera dado sustento a la posición contraria a la que fue adoptada por el árbitro.

Por último afirmó que el laudo fue contrario al ordenamiento jurídico, pues se fundó en un derecho ajeno al local, amén que se apoyó en meras conjeturas al descartar la violación de la confidencialidad.

Ha sido dicho más arriba que la nulidad de un laudo, que es aquello que concretamente ha pedido PAE, sólo puede fundarse en alguna falta esencial del procedimiento, en fallar fuera de los plazos acordados, o sobre puntos no comprometidos (art. 760 código procesal). También podrá ser atacada la decisión si en su parte resolutive contiene disposiciones incompatibles entre sí (arts. 761 código procesal).

Como queda evidenciado del contenido de estas normas, el legislador ha excluido de los motivos de impugnación, todo ataque referido a cuestiones sustanciales; esto es a los fundamentos que abonaron la decisión de los árbitros.

Como bien lo señala Rojas, la diferencia entre invalidación e impugnación queda desdibujada en el ámbito del recurso de apelación pues este involucra al de nulidad.

Empero tal particularidad no se reitera en el ámbito del arbitraje, donde el recurso de nulidad es una figura autónoma que tiene caracteres propios que permiten su clara distinción con el recurso que contempla la parte general de código procesal (Rojas J., *Revisión de los laudos arbitrales en el Código Civil y Comercial*, LL 2016-B, 706; CNCom Sala F, 21.5.2015, “Ricardo López y Otros c/ Gemabiotech S.A. s/Organismos estatales”).

Por vía del recurso de nulidad en el universo del arbitraje, queda resguardada la garantía constitucional de la defensa en juicio lo cual preserva al debido proceso legal.

Esta autonomía que presenta aquí el recurso de nulidad, vuelve útil volver a diferenciar la invalidez de la impugnación, pues aquí resulta imprescindible diferenciar aquellos errores que usualmente identificamos como *in iudicando*, es decir de juzgamiento en principio extraños al recurso de nulidad (en tanto hermanados al de apelación), y que el código procesal permite a las partes disponer de él, de aquellos otros que se denominan *in procedendo*, pues tienen que ver con los vicios en la construcción del laudo en sí mismo, que serían los abarcados por este específico recurso.

A su vez, tal limitación responde a la finalidad buscada por las partes al tiempo de optar por la jurisdicción no estatal.

Es evidente que lo perseguido fue la celeridad buscada al concertar la vía arbitral, tanto más cuando también han renunciado al recurso de apelación.

En este escenario, admitir una revisión judicial amplia de todo laudo, llevaría a un resultado no querido cual es que el tribunal que definiría la contienda sería siempre el estatal y no el elegido por las partes (Rivera, J., *Recursos contra laudos arbitrales*, JA 2007-I-1268).

Como ya ha sido dicho, no existe controversia en punto a que la vía recursiva ordinaria ha sido renunciada por ambas partes tal como lo autoriza expresamente el artículo 760 del código de rito.

Y tal estipulación llevaría a descartar todo análisis sustancial del laudo, reduciendo el estudio de este Tribunal de Justicia estatal, a cuestiones que hacen a la construcción del laudo.



Esta conclusión inicial no importa ignorar la doctrina que emana del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re* “José Cartellone Construcciones Civiles S.A...”, ya citado.

Sin embargo, más allá de las críticas que la doctrina ha realizado y posición sobre el particular, lo cierto es que al desarrollar el ataque de arbitrariedad PAE reitera como argumentación algunos cuestionamientos que también incorpora en abordajes esencialmente procesales, como ser haber ignorado el derecho pactado, carecer de fundamento normativo alguno, ser dictado por un árbitro que desconocía el derecho argentino, que había incurrido en prejuzgamiento y había sido recusado.

Y el estudio de estas imputaciones no requiere la aplicación de una doctrina que debe ser calificada de excepcional (Rojas J., *Vías de impugnación del laudo arbitral*, ED 210:836), sino que bien pueden ser conocidas en el ámbito que autoriza el artículo 760 del código de rito.

No olvido que PAE también sostuvo que el árbitro no tuvo en cuenta cierta cláusula que podría haber justificado una solución diversa. Sin embargo esta impugnación claramente se endereza a cuestionar aspectos que hacen al juzgamiento y que indubitablemente son ajenas al recurso de nulidad.

Así, más allá de mi opinión personal sobre ese particular, es claro que tal ataque es inaudible para la Sala en los límites del recurso planteado.

Con estas premisas, cabe ingresar en el estudio puntual del recurso.

**IV.** Como he adelantado, la nulidad pretendida se apoya fundamentalmente en imputar al árbitro haber aplicado una normativa ajena a la que había sido acordada a efectos de dirimir este conflicto.

Así lo advirtió en el punto (ii) y (iii) bajo el capítulo que señala faltas esenciales en el procedimiento (fs. 401v); como luego en párrafos (i) y (ii) referidos al imputado apartamiento de los puntos de compromiso (fs. 402); aun cuando ataca el laudo por arbitrariedad indica tal vicio en el punto (ii) (fs. 402); por último, aun cuando cuestionó la decisión por ser contraria “al orden jurídico”, fundó sustancialmente ello en esta omisión de haber aplicado el derecho pactado (i) (fs. 402v).

Como expresamente lo identifica el laudo en sus puntos iniciales, la ley que rige el caso y debe ser aplicada para dirimir el conflicto es la vigente en la República Argentina.

A su vez, y por petición arbitral, las partes coincidieron (el laudo dice “confirmaron”) que el Código Civil y Comercial de la Nación aprobado por ley 26.994 y vigente en nuestro país desde el 1 de agosto de 2015 “...no tiene incidencia alguna en este caso, ni han de advertirse normas en él que deban ser aplicadas a este proceso en reemplazo de las normas del Código Civil de la Nación vigente hasta el 31 de julio de 2015” (fs. 580v; punto 4 “Ley Aplicable”).

Resulta indiscutible entonces que este arbitraje, que además tiene sede en la ciudad de Buenos Aires, debía aplicar tanto en el análisis como en la solución, el derecho argentino y, frente a la derogación del Código Civil durante el desarrollo de este proceso arbitral, las partes especificaron que la modificación del ordenamiento principal que rige el derecho común no incidía en este caso, pues seguiría siendo aplicable aquí las normas del Código de Vélez, en la redacción vigente al 31 de julio de 2015.

Estas claras premisas parecen haber sido objetivamente violadas por el árbitro actuante.

Como puede advertirse del desarrollo del conflicto y de la materia dirimida por el laudo, la decisión perseguida por PAE al instar este arbitraje fue, en primer lugar, obtener una declaración del árbitro en punto a que todas las controversias que pudieren plantearse entre aquella y Metrogas respecto del convenio de reasignación de 2007, el contrato de 1997 y otros vinculados, debían ser resueltos de conformidad con lo estipulado en el ya referido Acuerdo de 2007.

A partir de esta premisa, era reclamado por PAE que también se declare que Metrogas, al incoar el arbitraje CCI 19465/CA había incumplido tanto su deber de confidencialidad como soslayado las renunciaciones allí pactadas (fs. 605, pto 7.1.1.).

Parecería, desde mi óptica, que el objetivo principal de PAE era neutralizar por esta vía el precedente arbitraje promovido por Metrogas. Y por ello, también en mi parecer, la cuestión principal en este debate era el alcance que debía otorgarse a las renunciaciones pactadas en el punto 4.1 del Acuerdo de 2007.

En este cometido, el árbitro requirió a las partes diversas explicaciones sobre régimen jurídico de la renuncia en el derecho argentino y particularmente en lo que hace a su objeto (fs. 588v, pto. 93, tercer párrafo). Las más extensas han sido brindadas con anterioridad, como lo indica el árbitro, mientras que en materia de “objeto de la renuncia”, las partes parecen haber coincidido en no ser necesaria mayor explicación por tratarse de un modo de extinción de las obligaciones, tal como lo establece el Código Civil. En este momento, la demandada formuló alguna consideración sobre el “*pactum de non petendo*”, lo cual analizaré más adelante (fs. 589, ptos. 96 y 98).

Pero en los tramos iniciales del análisis de los alcances de la renuncia, el árbitro sorpresivamente se apoya en lo establecido por “...el art. 946 del Código Civil...” que transcribe (*La aceptación de la renuncia por el beneficiario causa extinción de la misma*) para concluir que “la renuncia se caracteriza por su eficacia inmediata, bastándole a la otra parte invocarla para que despliegue todos sus efectos materiales” (fs. 613v, pto. 226).

Sin embargo a poco que se coteje tal texto con el mismo artículo del Código Civil, se advertirá que el transcripto se corresponde con el del Código Civil y Comercial de la Nación. Constatación que se vuelve evidente cuando se repara que el árbitro al citar doctrina referida [a] tal disposición legal se remite a la incorporada a un Código Civil y Comercial Comentado (fs. 614, cita n° 141).

Pocos párrafos después, el árbitro vuelve a citar un artículo del nuevo ordenamiento, esta vez identificando bien su origen (CCCN724; fs. 614, pto. 228).

A diferencia del Código Civil, el Código Civil y Comercial trae una definición de obligación que el árbitro transcribe “*La obligación es una relación jurídica en virtud de la cual el acreedor tiene el derecho a exigir del deudor una prestación destinada a satisfacer un interés lícito y, ante el incumplimiento, a obtener forzosamente la satisfacción de tal interés*”.

Sin embargo esta objetiva desatención al derecho pactado, no aparece relevante para justificar por sí sola la nulidad del laudo.

Como he dicho al remitirme a un fallo de esta Sala, “...las causales que la ley prevé para la procedencia del recurso de nulidad exigen, en particular en lo que hace a la falta esencial

del procedimiento, que el vicio invocado sea relevante, afecte claramente el derecho de defensa, que exista un interés jurídico en su declaración y que se trate de una actuación no convalidada (CNCom Sala D, 12.7.2002, “Total Austral S.A. c/Saiz Francisco”, JA 2003-II-77).

No cualquier vicio justifica tan grave consecuencia. Como principio la nulidad de un laudo requiere, congruente con la regla genérica en la materia, que el defecto invocado sea trascendente. Que no se trate de una cuestión irrelevante que hubiera sido inocua al resultado.

Como puede advertirse de un simple repaso de los principios del derecho civil, el artículo 946 del actual Código Civil y Comercial sólo incorpora a la norma una premisa que ya había sido considerado por la doctrina y que resultaba del anterior ordenamiento.

El artículo 875 del Código Civil establecía, al igual que hoy lo hace el artículo 947 del CCN, que “...la renuncia puede ser retractada mientras no hubiere sido aceptada por la persona a cuyo favor se hace...”, aclarando luego que ello dejando a salvo los derechos adquiridos por terceros con causa en la renuncia.

Esta disposición llevó a alguna doctrina a sostener que hasta la aceptación de la renuncia “...no había extinción de la deuda por ausencia de ese elemento perfeccionante de la virtualidad extintiva de la renuncia que es la aceptación del deudor (Llambías J., *Tratado de Derecho Civil – Obligaciones* – T. III, página 127, n° 1857, Lexis Nexis 2006, actualizado por Patricio Raffo Benegas).

La actual redacción no reconoce conceptos distintos a los ya vigentes con el anterior ordenamiento. Sólo define, congruente con el 875 CV y 947 CCCN, que la obligación se extingue cuando la renuncia es aceptada por su beneficiario.

Otro tanto sucede con la invocación que el laudo realiza del artículo 724 CCCN.

A diferencia del Código anterior el actual define el concepto de obligación. Debe recordarse que en la nota al artículo 495CC, Vélez Sarsfield entendió inconveniente que un “Código de leyes” contenga definiciones, salvo algunas excepciones que allí también mencionó.

Según lo marca la doctrina, el CCCN incorpora a la definición de obligación la posibilidad de ejecución forzada de la prestación. Un elemento coactivo que pusieron de resalto autores alemanes al distinguir entre el débito cual deber que recae sobre el deudor, y el derecho del acreedor de recurrir a los medios que el derecho le proporciona frente al incumplimiento de aquel (Lorenzetti, R., *Código Civil y Comercial de la Nación – Comentario*, T. V, página 12).

Sin embargo este elemento coactivo también fue previsto por el anterior Código, entre otras disposiciones, cuando diferenció entre obligaciones naturales y civiles, definiendo a estas últimas por el derecho ínsito en ellas para permitir al acreedor exigir su cumplimiento (art. 515CV).

Pero esencialmente el derecho del *accipiens* a reclamar el cumplimiento forzado de la prestación constituye uno de los efectos de la obligación, que el código anterior receptaba en el artículo 505, inc. 1.

En este punto la doctrina anterior también resaltaba este efecto como “...la primera prerrogativa del acreedor, interesado en que el reconocimiento de su derecho se traduzca en la efectiva concreción de la prestación esperada” (Llambías, J.J., *obra citada – Obligaciones*, T. I, página 75).

De allí entonces que la disquisición que formula el árbitro luego de citar el ya referido artículo 724 CCCN (“...deber de prestación y derecho a crédito...” por una parte y “en una acción” por la otra), no responde a una novedad legislativa sino, como máximo, a una diferente redacción para explicitar principios ya clásicos.

Va de suyo que, como resulta de los principios reseñados al comenzar este voto, lo dicho no hace mérito sobre la corrección o adecuación jurídica del razonamiento que el árbitro realiza a partir de las normas que cita. Como ya precisé, como principio el recurso de nulidad sólo debe meritarse la presencia de vicios *in procedendo*, sin ingresar en la pertinencia de la solución de fondo.

Y conforme estos límites, las incorrectas citas legales que realizó de un Código expresamente excluido del análisis como punto del compromiso, no aparecen relevantes para justificar, como ya adelanté, la nulidad del laudo.

V. Otro de los ataques de PAE a la decisión arbitral atinente al derecho utilizado fincó en que el señor Jean Marie Vulliemin habría aplicado en sustento de su solución un instituto no regulado por el derecho argentino, el *pactum de non petendo*.

A. El laudo dedica algunas de sus páginas finales a considerar este instituto que fue introducido por el mismo árbitro en uno de los requerimientos que realizó a las partes en conflicto (fs. 617).

En la comunicación que realizó el 15 de noviembre de 2015 hizo en el punto b cierta pregunta referida a si merecía el objeto de la renuncia alguna calificación particular en el derecho argentino.

Y, de seguido requirió, “...en guisa de mera ilustración, y sin con ello sugerir analogía alguna: por ejemplo y serme familiar, en derecho suizo se podría pensar en el *pactum de non petendo*” (pto. 2 (i) 1. b).

Agregó que conforme las explicaciones que le brindaron las partes respecto del principio del *iura novit curia*, se consideraba habilitado para realizar las preguntas que anteceden.

PAE explicó que no era menester formular explicación alguna sobre el objeto de la renuncia pues en nuestro derecho esta constituye un modo de extinción de las obligaciones. Por ello ratificaron que no hicieron mayores consideraciones sobre el objeto de la renuncia.

Nada dijeron sobre el *pactum de non petendo*.

Metrogas coincidió en que “el objeto de la renuncia... no merece una calificación particular en el derecho argentino”. Pero a diferencia de su contrario expresó que el *pactum de non petendo* “...no ha sido regulado por el derecho argentino”. No obstante aclaró que tanto la doctrina como la jurisprudencia lo han utilizado para explicar algunas relaciones o situaciones jurídicas.

De lo dicho el árbitro dedujo las siguientes conclusiones: **a)** para la demandante “... no habría lugar a precisar el régimen del *pactum de non petendo* toda vez que su objeto, el derecho de acción, es un elemento de la obligación, la cual por la renuncia, vendría íntegramente extinguida con sus accesorios”; **b)** mientras que la demandada, luego de decir que la

renuncia 'no merece' alguna calificación particular por su objeto, admitió el *pactum* como una figura analizada por la doctrina y jurisprudencia (fs. 617 v: n° 243, 244).

De esta segunda opinión derivó que el "no merecer" no importa excluir la referida cláusula del juzgamiento del árbitro, a quien corresponderá decidir su aplicación al caso. Y de ello concluyó que las partes habían tomado posición sobre la calificación de la renuncia como *pactum*, lo cual lo habilitaba para analizar los alcances de la renuncia "introduciendo la figura del *pactum*" (fs. 617v/ 618, n° 244, 245).

A partir de allí identificó como meollo del conflicto identificar si la renuncia importaba una obligación de no hacer pues en caso afirmativo prosperará la demanda mientras si la conclusión es la contraria, la pretensión será rechazada (fs. 618: n° 247). En este escenario, sostuvo que la renuncia tenía como "...mero objeto el derecho a reclamar ante tribunales, o sea el derecho a la acción...", lo cual revelaba las características "...de lo que se denomina *pactum de non petendo* ('el *pactum*')" (fs. 618: n° 248).

Lo dicho parecería abonar la postura de la nulidicente, pues el árbitro calificó a la renuncia como un *pactum de non petendo*, figura que la propia demandada reconoció como no regulada en el derecho argentino.

Sin embargo encuentro razones suficientes, en algún caso coincidente con lo dictaminado por la señora Fiscal de Cámara, para adoptar otra solución.

Siguiendo el desarrollo argumental del laudo, en el párrafo siguiente el árbitro, luego de reconocer que la figura del *pactum de non petendo* no ha sido receptada normativamente por la legislación argentina, sostuvo que tal convención "...no deja de ser un pacto válido en virtud de la autonomía de la voluntad...". Sin decirlo, esta última afirmación parecería sustentarse en la regla establecida en el artículo 1197 del código civil.

Y para abonar su postura, destaca que aún sin estar regulado explícitamente ha sido invocado, bien que en distintos supuestos fácticos, por la doctrina argentina. De ello parece derivar, nuevamente sin decirlo expresamente, que es posible su utilización para dirimir el caso, aun cuando se reconozca que no ha sido incorporado normativamente al derecho local.

A partir de allí entiende que la renuncia pactada en el punto 4.1 del acuerdo de 2007 puede ser equiparada a la mentada figura jurídica y, con tal premisa, analiza el caso bajo tal prisma.

Si bien la postura del árbitro parecería tambalearse en una estrecha línea que roza la falta esencial de procedimiento (al utilizar sustancialmente una figura no regulada en el derecho argentino), el mismo ha intentado superar esta omisión calificando la renuncia como un mero acuerdo de voluntades que, en sustancia, se asemeja en sus características al *pactum de non petendo*.

*Formaliter* el árbitro ha justificado la utilización de la figura, cuanto menos analógicamente, lo cual no sólo brinda un fundamento sino que aleja, bien que por una delgada línea, la infracción que invoca la nulidicente.

Va de suyo que, como también lo refiere la señora Fiscal de Cámara, lo dicho no importa coincidir con el razonamiento del árbitro y los fundamentos que brindó en derecho para incorporar el *pactum de non petendo* como herramienta jurídica útil para dirimir la contienda que fuera puesta a su conocimiento.

Como ya fue señalado al iniciar este voto y abonado por doctrina y jurisprudencia tanto citados por mí como por la señora Fiscal, en condiciones normales o, como principio general, está vedado al Tribunal de Justicia estatal ingresar en aspectos sustantivos que claramente excedan del catálogo de vicios previsto por los artículos 760 y 761.

De todos modos, lo que se dirá de seguido, reafirmará a mi juicio la solución que ya se infiere.

**B.** En el ámbito del derecho romano, de donde proviene la figura del *pactum de non petendo*, se puede diferenciar la convención del pacto. La primera fue definida por el Digesto como "...una palabra general, que se refiere a todo aquello en que consiente los que tratan entre sí un negocio a causa de un contrato o transacción...". Dicho de otro modo puede considerarse una declaración de voluntad común que puede estar presente en un contrato, en un acto jurídico o en un simple acuerdo (Mojer M., *Los contratos, las convenciones y los pactos en el derecho romano*, LL Online AR/DOC/723/2008). Mientras que el referido autor considera al pacto como un acuerdo realizado en relación a un contrato.

Diferenció los pactos incorporados al mismo tiempo de la celebración del contrato que dan lugar a acción (p. ej. *pacto de pignore vendendo*); de otros que son incorporados con posterioridad que dan lugar a excepción, como sería el *pactum de non petendo*. Como ejemplo refiere al pacto de aplazamiento de un pago que encuadra en esta última calificación.

Así fue definido el *pactum de non petendo* aquel en que el acreedor promete al deudor no exigirle el pago de la obligación. Así tal pacto no extingue la acción sino que provee al deudor la base para oponer una excepción (Bonfante P., *Instituzioni di Diritto Romano*, págs. 135 y 414; Navarro Zamorano R, de Lara Rafael y de Zafra, José, *Curso Completo Elemental de Derecho Romano*, págs. 102/103 y 396).

Tal figura del derecho romano, que constituye un antecedente fundacional de nuestro sistema jurídico, ha sido utilizada por la doctrina y jurisprudencia nacional para explicar diversas situaciones.

Así se ha dicho que quien participa en un acuerdo preventivo extrajudicial acepta implícitamente un pacto de *non petendo* de la quiebra (Heredia P., *Tratado Exegético de Derecho Concursal*, T. 2, página 562; Junyent Bas, F., *En torno a la admisión del APE: Resolución de Apertura y Régimen de Mayorías*, Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas 31.10.2008).

Adolfo Rouillon, al comentar el artículo 84 de la ley 24.522 califica como *pactum de non petendo* a la renuncia temporal del acreedor a pedir la quiebra de su deudor, "...la que podría ser invocada exitosamente por el presunto fallido, si estuviese pendiente el plazo convenido..." (Rouillon, A., *Código de Comercio, Comentado y Anotado*, T. IV-B, p. 57).

También ha sido dicho por alguna doctrina que con anterioridad a la ley 24.522 no se preveía con la homologación del acuerdo efecto novatorio alguno, ni la remisión de deuda, "...sino que a través de un simple *pactum de non petendo* el acreedor perdía su acción al cobro mas no su derecho" (Silva J., *La novación de las obligaciones concursales*, 30.9.2015, Revista Argentina de Derecho Concursal, N° 11, Septiembre 2015).

En un fallo de esta Sala, bien que con otra composición, el Dr. Edgardo Alberti sostuvo, en relación a un cheque postdatado, "...que la recepción de cheques 'a fecha futura' configura el modo documentalmente simplificado de pactar una convención de las llamadas 'de non

petendo'; esto es y simplemente, un pacto accesorio de diferimiento de la exigibilidad..." (CNCom Sala D, 09/12/1986, "Productos Arlys, S. R. L. c. Productos Teddy", LL 1987-B, 260). En el mismo sentido se pronunció Rouillon al afirmar que "El libramiento de un cheque postdatado obedece a un acuerdo entre el acreedor y el deudor, conocido como *pactum de non petendo*, por el cual el acreedor que recibe el cheque acepta diferir la presentación del título al cobro hasta que llegue la fecha indicada en él" (Rouillon A., *obra citada*, T. V, página 491; en igual sentido CNCom Sala A, 26.10.1987, "Cazarre, F. c/ Cirugía Norte S.R.L. y otros", LL 1988-C, 500; CNCom Sala C, 8.3.1984, "Salustio, J. c/ Banco de Catamarca, Sucursal Buenos Aires", LL 1984-C, 205; CApelCiv y Com Santa Fé, Sala I, 12.9.1979, "Vigetti, J. c/ Correas, Carlos A.", LL online AR/JUR/6874/1979; C. ApelCiv y Com Santa Fe, Sala I, 23.8.1978, "Escudero C. c/ Lehmann, A." LLonline AR/JUR/4187/1978; CApelCiv y Com Villa María, 26.3.1992, "Crenna S.A., Santiago c/ Andrada, H. y otro", LL online AR/JUR/653/1992).

Los ejemplos citados son sólo una muestra de la aplicación conceptual, en casos diversos, de los principios y efectos que tanto los antecedentes románicos como profusa doctrina ha asignado al *pactum de non petendo*.

Ello sin que en momento alguno esta figura hubiera recibido recepción normativa.

De allí que, bien con un criterio amplio, no es posible sostener que tal institución sea ajena al derecho argentino, aun cuando no se traduzca en disposición legal alguna.

Sus principios y efectos, como he dicho y demostrado, han sido aplicados en la interpretación de diversos actos jurídicos, lo cual habilita también a hacerlo en el laudo en examen sin que pueda predicarse un apartamiento a la legislación pactada.

C. Si bien lo dicho bastaría para rechazar la invalidación del laudo por el motivo en análisis, cabe agregar otro fundamento que complementa lo hasta aquí dicho.

Según lo he advertido a lo largo de este voto, el laudo incurrió en un objetivo apartamiento de la legislación pactada cuando citó dos artículos del vedado Código Civil y Comercial de la Nación.

Sin embargo tal yerro fue soslayado en el caso, por entenderlo irrelevante a los fines de la solución adoptada y, particularmente, en tanto este nuevo articulado, en lo que aquí interesa, no constituía una modificación conceptual con los principios que regían el anterior ordenamiento.

En punto al *pactum de non petendo* también ha sido que no era menester su inserción normativa para considerarlo dentro de nuestro sistema jurídico, en tanto ha sido aplicado en múltiples ocasiones para definir conceptualmente y analizar los efectos de diversos negocios o actos jurídicos que tienen recepción legal.

Pero si a pesar de ello pudiera existir alguna vacilación respecto de la solución del caso, debe optarse por la validez del laudo conforme el principio de *favor arbitri* hoy además receptado normativamente por el artículo 1656 CCCN, (Lorenzetti R., *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, T. VIII, página 146; íd. Torales, Graciela K., *Contrato de Arbitraje, Apuntes sobre el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, T. I, cita IJ-XCIII-0; Rapallini, Liliana E., *Arbitraje internacional y toma de medidas cautelares*, Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión - Número 3 - 2014, cita IJ-CVIII-759; Torterola, I., *Cláusulas escalonadas en el arbitraje de inversión*, Tratado de Derecho Arbitral, T. I, cita IJ CCX-775).

Lo expuesto confirma, sin más, el rechazo de la nulidad planteada en los términos analizados.

**VI.** Como fue dicho en los capítulos iniciales de este voto, PAE postuló la nulidad del laudo atribuyendo al mismo diversos vicios.

**A.** Al describir resumidamente los motivos de este ataque (fs. 401v/402), la recurrente los sustentó en sus puntos A (“El Laudo incurre en faltas esenciales del procedimiento”) y B (“El Laudo se aparta de los puntos de compromiso”), en la presunta infracción del árbitro de apartarse del derecho pactado (legislación argentina y en particular el Código Civil).

Por los fundamentos que he desarrollado en los puntos anteriores, tal impugnación debe ser desechada.

**B.** Pero también la recurrente alegó en estos dos puntos iniciales que el laudo carecía de todo fundamento; agregado luego en el punto B que fue dictado por un árbitro que ignoraba el derecho argentino; que no consideró elementos esenciales de la causa; que incurrió en prejuzgamiento; y que había sido recusado, sin que la entidad administradora del proceso arbitral comunicara a las partes los motivos que la llevaron a rechazar tal laudo.

Las cuestiones planteadas son claramente ajenas al ámbito de conocimiento del recurso de nulidad.

Como he dicho, este debe enfocarse en los vicios de procedimiento y no en aquellos que hacen al juzgamiento. No es materia de esta impugnación (en rigor de esta pretendida invalidación del laudo), ingresar en el estudio de los fundamentos jurídicos que desarrolló el árbitro para decidir como lo hizo.

Por ello no es pertinente que la Sala analice si el árbitro se apoyó en fundamentos suficientes para llegar a la decisión que aquí se cuestiona. Ni siquiera si omitió toda argumentación, como lo invoca la nulidicente, lo cual como ya se ha visto no es el caso de autos.

No corresponde aquí que la Sala se expida sobre la adecuación jurídica del discurso realizado por el juez convencional al laudar. Es que, como bien lo destacó la señora Fiscal de Cámara, no son audibles en este recurso argumentos que serían mayormente compatibles con una apelación.

Aquí son analizados básicamente, si el laudo incurrió en alguno de los vicios que han sido enunciados por los artículos 760 y 761 del código de rito; de allí que ni siquiera interese la opinión del juez estatal sobre los fundamentos jurídicos del árbitro pues tal estudio ha sido legalmente vedado en el territorio recursivo en el que aquí nos movemos.

**C.** Tampoco es audible el tardío cuestionamiento que PAE hace al árbitro relativo a su presunto desconocimiento del derecho argentino.

Va de suyo que de así haber ocurrido, ello debió ser materia de un planteo específico ante la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.

Sin embargo entiendo evidente que la actual afirmación de PAE responde a su opinión y ulterior ataque al laudo, que en lo sustancial, refleja su disenso sobre la actuación del árbitro, materia que como dije, es ajena al recurso en estudio.



D. Que el árbitro hubiere prejuzgado, como también se le imputa, tampoco parece materia de este pedido de nulidad.

En principio el estudio de tal imputación requeriría de un análisis jurídico de lo dicho con antelación y su ulterior cotejo con lo decidido en el laudo, lo cual también exorbita el actual conocimiento de la Sala.

Pero como bien lo reconoce PAE, tal prejuzgamiento fue materia de una anterior recusación que fue rechazada por la entidad administradora del arbitraje.

Y el cuestionamiento realizado a esta entidad por no haber comunicado, presuntamente, los fundamentos de aquel rechazo, son claramente ajenas a esta revisión.

Menos aún es cuestión atendible en este recurso el velado ataque que PAE realiza a la decisión que rechazó el prejuzgamiento (fs. 424v). Las decisiones procesales de aquella entidad no son proponibles en esta sede, tanto más cuando se ataca una decisión distinta y ulterior como es el laudo.

E. En el punto C de su descripción inicial, la recurrente sostuvo que el laudo incurrió en el vicio de arbitrariedad.

La lectura de la enunciación de su argumentación (fs. 402) refleja claramente que reitera los mismos fundamentos que justificaron los dos ataques anteriores.

Frente a ello es aplicable lo ya dicho lo cual lleva a su desestimación sin más.

F. Por último objetó la decisión por ser contraria al ordenamiento jurídico.

Como es reconocido en su inicial descripción (fs. 402v), en este capítulo PAE reitera argumentos que ya fueron planteados en los anteriores ítems.

Así, como sucedió en la impugnación anterior, los fundamentos ya desarrollados por el suscripto llevan a desechar, sin mayores consideraciones, los reiterados ataques.

Tal conclusión queda ratificada al analizar los argumentos que luego desarrolla la recurrente extensamente en el capítulo que inicia en fs. 414v.

La pretendida nulidad es sustentada en un cuestionamiento estrictamente jurídico de los fundamentos que desarrolló el árbitro al dictar el laudo. Ámbito en el cual, como he dicho reiteradamente, es ajeno al recurso de nulidad.

La última parte del artículo 1656 de CCCN prohíbe que en el contrato de arbitraje las partes renuncien al derecho a impugnar el laudo por ser contrario al ordenamiento jurídico.

Este particular condimento que incorpora esta novísima legislación, que como principio debe ser aplicado al arbitraje local, ha recibido variadas críticas en tanto podría ser interpretado como que autoriza por vía inversa, el ataque sustancial a un lado. Es que juzgar si un fallo arbitral es contrario a nuestro ordenamiento jurídico exigiría un estudio integral del laudo, que excedería largamente de su faz procedimental.

Y tal actividad, como ya se ha dicho al referir los principios generales del arbitraje, sería contradictoria con la tésis misma del arbitraje que persigue por vía convencional, la intervención de jueces no estatales para evitar, precisamente, la intervención del Poder Judicial como institución pública.

Pero sin ingresar en este aspecto, que nos llevaría a un terreno que hoy todavía aparece pantanoso, es posible desechar este ataque.

Amén que, como adelanté, esta norma no sería aplicable a un arbitraje internacional como el que nos reúne, los argumentos desarrollados en este capítulo por el nulidicente transitan por un cuestionamiento específico a los fundamentos vertidos por el árbitro en su laudo, pero en momento alguno evidencian que aquellos sean claramente contrarios a nuestro ordenamiento jurídico.

Ya he dicho, al tratar estos puntos específicamente, que el árbitro aplicó elementos normativos que si bien hacían pie en el nuevo Código Civil y Comercial, derivaban en sus principios, de similares normas ya existentes en el derogado Código Civil.

En cuanto a *pactum de non petendo*, también se aclaró que tal figura del derecho romano no era totalmente ajena a nuestro derecho, en tanto era un antecedente que no sólo había sido utilizada por la doctrina y la jurisprudencia para interpretar diversos institutos, sino que también era viable hacerlo, aun cuando ella no hubiera sido incorporada a nuestro derecho positivo, frente a convenciones privadas, como la aquí en estudio.

Así lo hizo el árbitro Jean Marie Vulliemin, lo cual descarta la imputación aquí analizada como vicio nulificante. Conclusión que está apoyada en la presencia formal de normas jurídicas específicas compatibles con nuestro ordenamiento, pero que para nada ingresan en el análisis sustancial de la fundamentación del laudo.

G. Solo cabe agregar que el ataque aquí enderezado a la decisión de rechazar la pretensa violación del deber de confidencialidad también excede el ámbito de conocimiento de este recurso pues se basa en la improcedencia de los fundamentos que aplicó el árbitro al laudar, lo cual como ya he dicho y refrenda el dictamen fiscal, no puede ser considerado en esta instancia de revisión judicial.

H. Por último, también cabe desechar el cuestionamiento realizado por PAE a lo decidido en el laudo sobre costas bajo la tacha de arbitrariedad.

Los argumentos que fundan tal impugnación también transitan por cuestiones sustantivas que, como he dicho reiteradamente, son ajenas a este recurso.

VII. Lo hasta aquí expuesto, a lo que cabe agregar los fundamentos del dictamen fiscal, justifican a mi juicio el rechazo del recurso de nulidad en estudio.

De todos modos, y como solución que reconozco excepcional, propondré a la Sala distribuir las costas de este recurso en el orden causado.

Si bien he desechado los argumentos del nulidicente para admitir el recurso, es objetivamente cierto aunque sustancialmente irrelevante, que el árbitro citó específicas normas del Código Civil y Comercial de la Nación al fundar el laudo; ordenamiento claramente excluido del marco de este arbitraje.

Frente a este particular escenario, resulta entendible la conducta de PAE al pretender la nulidad del laudo, en tanto se creyó con derecho a hacerlo fundado en el dato objetivo citado.

**VIII.** Por lo hasta aquí expuesto propongo al Acuerdo, en disidencia con la solución brindada por mi apreciado colega el Dr. Garibotto, desestimar el recurso de nulidad planteado por PAE.

Congruente con lo postulado, y en conocimiento del enjundioso voto del Dr. Heredia, quien tuvo la gentileza de adelantarme en el marco de este Acuerdo, adhiero *in totum* a sus mayores fundamentos.

Costas por su orden.

Así voto.

El juez Heredia dijo:

1º) Los antecedentes del caso se encuentran suficientemente reseñados en los dos votos precedentes, por lo que omitiré una nueva reseña de ellos.

En cuanto a su solución, coincido con la propiciada por el juez Vassallo y, en tal sentido, adhiero *in genere* a su ponencia.

Sin perjuicio de ello, en lo que sigue abundaré en fundamentos propios con igual orientación que los formulados por el indicado y apreciado colega.

Ello es así, valga observarlo, con la inicial aclaración de que acepto como correcto lo expresado por la nulidicente a fs. 425vta./426 vta., en cuanto a que su interés en la suerte del recurso articulado estriba en los efectos que el laudo copiado a fs. 576/627 podría tener respecto del diferente proceso arbitral que refiere, aunque descartando la idea de prejuzgamiento del árbitro que aduce (capítulo J *in fine*, fs. 426 vta.).

2º) Pan American Energy LLC (sucursal Argentina) propicia la declaración de nulidad del laudo referido, ante todo, bajo la causal de “falta esencial de procedimiento”, la que es presentada por la recurrente con un triple enfoque: a) haberse apartado el árbitro “...del derecho elegido por las partes...” para resolver el conflicto (fs. 404 vta./408 vta., punto B.I); b) haber invocado la decisión arbitral una figura jurídica ajena al ordenamiento argentino como es, según se interpreta en el recurso, el *pactum de non petendo* (fs. 408 vta./409, punto B.II); y c) mostrar el laudo carencia de fundamentos (fs. 409/411, punto B.III).

Ninguno de los tres enfoques referidos encuadra dócilmente en la causal de “falta esencial de procedimiento” prevista en el art. 760 del Código Procesal que, como lo ha resuelto esta Sala, se refiere en rigor a la invalidación de un laudo arbitral fundada en la existencia de vicios de orden formal que pudiesen haber afectado las garantías de regularidad del contradictorio, y cuya admisibilidad se halla subordinada a la presencia de los requisitos procesales necesarios para impetrar una nulidad, a saber, existencia de defecto formal o ineficacia del acto -que en el caso debe ser esencial, con afectación de la defensa en juicio-, el interés jurídico en la declaración y actuación no convalidada (conf. CNCom. Sala D, 12/7/02, “Total Austral SA c/ Saiz, Francisco Santiago s/ recurso de nulidad”, JA 2003-II, p. 79, con nota de Bianchi, R., *La nulidad del laudo arbitral por falta esencial del procedimiento*; íd. Sala D, 25/10/2006, “Decathlon España S.A. c/ Bertone, Luis y otros/ proceso arbitral”; íd. Sala

D, 11/6/2007, “Mobil Argentina S.A. c/Gasnor S.A. s/ laudo arbitral s/ queja”; íd. Sala D, 12/7/2013, “PE Acquisitions LLC c/ Envases del Pacífico S.A.”).

Con todo, en atención a las particularidades del caso, a la necesidad de brindar un voto fundado que permita alcanzar una mayoría para dictar sentencia (art. 271 del Código Procesal) y a fin de dar la más amplia respuesta jurisdiccional, examinaré lo atinente a esta parte del recurso de nulidad como sigue.

(a) Sabido es que, bajo el Reglamento de Arbitraje de la CCI, versión año 2012 (que es la aplicable al caso; fs. 576), es dado a “...Las partes...acordar libremente las normas del derecho a ser aplicada por el tribunal de arbitraje a los méritos de la disputa...” (art. 21).

Tal posibilidad, que también es aceptada por la Ley Modelo CNUDMI (art. 28) y que importa un principio esencial en el derecho del comercio internacional (conf. Rivera, J., *Arbitraje Comercial – internacional y doméstico*, Buenos Aires, 2007, p. 507), implica validar en el marco del arbitraje la aplicación de la autonomía de la voluntad en orden a la elección por los contratantes del derecho apto para la resolución de la controversia (autonomía conflictual), bajo la idea de que nadie se encuentra mejor posicionado que las partes para determinar el sistema jurídico que les rige (conf. Moreno Rodríguez, José, en la obra *Nuevo Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI 2010, anotado y comentado*, dirigido por Pilar Perales Viscasillas e Ignacio Torterola, Legis, Buenos Aires, 2011, p. 359 y sus citas).

En el caso, como lo han destacado mis colegas de Sala en sus respectivos votos, las partes acordaron que el conflicto debía ser dirimido por el árbitro único mediante la aplicación del derecho argentino, particularmente el Código Civil de 1869 (ley 340 y modificatorias), con exclusión de las normas del Código Civil y Comercial de la Nación (ley 26.994).

Es decir, las partes acordaron expresamente un *pactum de lege utenda*.

Naturalmente, tal elección hecha por los contendientes debe ser entendida en un sentido amplio, es decir, como referente a la ley sustancial e igualmente a la doctrina y jurisprudencia interpretativa de ella (conf. Racine, Jean-Baptiste, *Droit de l'arbitrage*, Thémis Droit –PUF, París, 2016, p. 478, n° 749), y aún a los usos y costumbres correspondientes, si los hubiera (conf. Benedettelli, Massimo V., Consolo, Claudio y Radicati di Brozolo, Luca G., *Commentario breve al Diritto del l'Arbitrato Nazionale ed Internazionale*, CEDAM, Padova, 2010, ps. 840/841, IV, 1).

Pues bien, la lectura del laudo copiado a fs. 576/627 evidencia, como también lo observaron los jueces Garibotto y Vassallo, que si bien el árbitro refirió adecuadamente la ley elegida por las partes para resolver el conflicto (fs. 580, punto 4), al abordar lo atinente a la definición del objeto o alcance de la renuncia contenida en el art. 4.1. del Acuerdo de 2007 fundó su decisión no sólo en citas del Código Civil de 1869 y su doctrina interpretativa, sino también en la mención de preceptos del Código Civil y Comercial de la Nación de 2015, así como en la de autores que han comentado este último cuerpo legal (fs. 614).

Si la concurrente cita del Código Unificado de 2015 determina o no un motivo para invalidar el laudo, es tema que ha encontrado una respuesta discrepante en los votos de mis colegas de Sala, por lo que corresponde al suscripto terciar en la cuestión para alcanzar la mayoría prevista por el art. 271 del Código Procesal.

Como lo adelanté, juzgo -en el particular caso de autos- que no está justificada la invalidación del laudo por el motivo indicado.

Así lo pienso, por lo siguiente.

(b) El tribunal arbitral por lo general no tiene que verificar que la elección que realizan las partes en cuanto al derecho aplicable esté bien fundamentada o tenga una conexión particular con el asunto en disputa. Solamente le corresponde respetarla (conf. Derains, Yves y Schwartz, Eric A., *Una guía al reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional*, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2011, p. 356).

En efecto, el árbitro debe respetar la elección de las partes bajo pena de exponer su sentencia a una anulación o a un rechazo en vía de reconocimiento o exequátur (conf. Seraglini, Christophe y Ortscheidt, Jérôme, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Montchrestien-Lextenso Éditions, París, 2013, p. 800, n° 880).

Por ello, debe entenderse que, como principio, constituye una violación al mandato arbitral, que conlleva a la anulación del laudo, cuando no se respeta la elección hecha por los litigantes del derecho aplicable al mérito de la controversia. Particularmente, ello es así cuando se aplica una ley nacional diversa de la seleccionada por las partes; cuando se hace referencia a un derecho nacional en presencia de un acuerdo para la aplicación de reglas jurídicas transnacionales; o cuando se hace aplicación de reglas transnacionales en violación al acuerdo de parte que previeron la aplicación de una ley estatal (conf. Benedettelli, Massimo V., Consolo, Claudio y Radicati di Brozolo, Luca G., ob. cit., p. 997, X, 7).

(c) En algunas jurisdicciones lo expuesto en el parágrafo anterior se aplica de un modo rígido.

En tal sentido, la justicia de Egipto ha anulado laudos por no haber aplicado el derecho acordado por las partes, tal como lo requieren las leyes de ese país (conf. *In the matter of the arbitration of certain controversies between Chromalloy Aeroservices and the Arab Republic of Egypt*, 939, F. Supp. 907, D.D.C., 1996, citado por Derains, Yves y Schwartz, Eric A., ob. cit., p. 356, nota n° 101).

En el mismo sentido, bien que con relación a la ley ritual y no a la sustantiva, una corte de apelaciones turca rehusó el reconocimiento y ejecución de un laudo suizo con base en que la ley procesal acordada por las partes no había sido aplicada (conf. Court of Appeals, 15th. Legal Division, 1/2/1996, "Osuskunta Metex Andelslag", citado en la *Guía del ICCA para la interpretación de la Convención de Nueva York de 1958 - Un manual para jueces*, International Council for Commercial Arbitration, 2013, p. 104, nota n° 41).

(d) Por cierto, la adopción del criterio rígido antes referido se aprecia como apropiado en casos en que, como ha ocurrido en la especie, las partes han "cristalizado" el derecho seleccionado, descartando la aplicación de modificaciones legislativas posteriores. Cuando así obran, lo que las partes buscan es preservarse contra la evolución legislativa futura. La seguridad jurídica es así total (conf. Racine, Jean-Baptiste, ob. cit., p. 479, n° 752).

Pero, bien entendido, ni siquiera en tal particular hipótesis, el respeto por la elección del derecho estatal aplicable que hubieran hecho las partes deja de tener el límite del orden público internacional o interno, teniendo los jueces facultad para ejercer un control de validez bajo esa óptica (conf. Seraglini, Christophe y Ortscheidt, Jérôme, ob. cit., loc. cit.; Racine, Jean-Baptiste, ob. cit., p. 480, n° 752 y su cita en nota n° 7 de la sentencia CCI n° 6496 de 1991).

(e) Pero el apuntado control rígido, que en algunas jurisdicciones no tiene igual envergadura (conf. Kühn, *Express and implied choice of the substantive law in the practice of international*

*arbitration*, ICCA Congress Series n° 7, Kluwer, 1996, ps. 380 y 388/389, citado por Derains, Yves y Schwartz, Eric A., ob. cit., p. 356, nota n° 101), sólo fundamenta, a mi modo de ver, incluso si las partes han “cristalizado” el derecho seleccionado para definir el mérito de la contienda, la anulación de laudos que omitan total y absolutamente la aplicación de este último, pero no necesariamente la de aquellos que habiéndolo aplicado, también hallaron concurrente fundamento en otras disposiciones nacionales o aun en elementos de juicio de derecho comparado no incompatibles o contrarios.

Desde tal perspectiva, por ejemplo, se ha entendido que no es anulable el laudo que ha hecho referencia a normas de un diverso ordenamiento nacional, bajo el presupuesto de que ellas habían inspirado las disposiciones que sí eran aplicables (conf. Cour d'Appel de Paris, Chambre 1ª, 10/3/1988, “Crocodile Tourist Project Co. c/ Aubert ès qual et autres”, *Revue de l'arbitrage*, 1989, p. 269, con nota de Fouchard, citado por Benedettelli, Massimo V., Consolo, Claudio y Radicati di Brozolo, Luca G., ob. cit., p. 997, X, 7).

(f) El presente caso evidencia una situación que bien puede quedar aprehendida *mutatis mutandi* en la precedente hipótesis.

En efecto, para determinar -entre las alternativas interpretativas explicitadas por el árbitro- cuál era el alcance jurídico de lo pactado en el art. 4.1. del Acuerdo de 2007 (fs. 613 vta., punto n°224), citó el laudo preceptos del Código Civil de 1869 atinentes al régimen de la obligaciones de no hacer (arts. 633 y 634, mencionados en fs. 613 vta., nota n° 139), y complementariamente los arts. 724 y 946 del Código Civil y Comercial de la Nación para expresar: a) con relación al primero, un concepto que está presente en el art. 505 del Código Civil de 1869 (no citado por el árbitro), cual es que ante el incumplimiento el acreedor puede obtener forzosamente la satisfacción de su interés (fs. 614, punto n° 228), y b) con relación al segundo, un concepto que está expresamente aprehendido en la última oración del art. 868 del Código Civil de 1869 (tampoco citado por el laudo), cual es que aceptada la renuncia la obligación se extingue (fs. 613 vta., punto n° 226). Todo ello con referencias de doctrina anterior y posterior a la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación del año 2015 (ley 26.994).

Así las cosas, y aunque no es disimulable que el árbitro actuante utilizó una misma sigla para referirse ambiguamente a ambos códigos (“CCA”, según puede leerse en la nota n° 139 de fs. 623 vta.), ni que citó el art. 946 del Código Unificado de 2015 como precepto perteneciente al Código Civil de 1869 (fs. 613 vta., punto n° 226), tales yerros no alcanzan para colegir que en su decisión hubiera absolutamente desconocido el específico plexo normativo al cual las partes decidieron someter su disputa, ni menos para sostener que la mención de artículos del Código Civil y Comercial de la Nación hubiera significado fundar el laudo en una normativa incompatible o contraria a la especialmente llamada para resolver la cuestión, lo cual permite concluir, en definitiva, que la misión arbitral no ha sido ejercida con trasgresión al acuerdo de las partes sobre los preceptos del derecho a ser aplicados a los méritos de la disputa.

Por ello, la invalidación del laudo bajo el primer enfoque abordado por el recurso, no puede prosperar.

(g) Tampoco puede prosperar bajo el segundo enfoque.

Ello es así, pues la afirmación de que el Código Civil de 1869 no admitía la figura del *pactum de non petendo* resulta insostenible.

Por el contrario, entre las obligaciones de no hacer de fuente convencional se ubica el pacto de no pedir el pago, es decir, el *pactum de non petendo*, tal como lo ejemplifica la más autorizada doctrina nacional al explicar, precisamente, el régimen de ese tipo de obligaciones (conf. Busso, E., *Código Civil Anotado*, Buenos Aires, 1951, t. IV, p. 351, n° 100); régimen que, valga observarlo, fue específicamente tenido en cuenta por el impugnado laudo con cita incluso, como se dijo, de los arts. 633 y 634 del Código de 1869 (fs. 613vta., puntos n° 224 y 225, texto y nota n° 139).

De tal suerte, no puede ser admitida la afirmación de la recurrente según la cual el laudo no se basó en el derecho sustantivo nacional para justificar la figura del *pactum de non petendo*.

Por cierto, en afín pero distinto orden de ideas, tampoco puede ser aceptada la crítica que se ensaya en el recurso de nulidad sobre la base de sostener que el árbitro habría fundado su decisión en el derecho positivo suizo pero sin citarlo, o bien en obras de autores españoles o italianos que refieren a la figura del *pactum de non petendo* (fs. 409).

Lo primero: porque si bien el árbitro no hizo referencia a la norma de derecho helvético que regularía el *pactum de non petendo*, lo cierto es que esta referencia de derecho comparado la hizo a guisa de mera ilustración y aclarando que no se pretendía con ello sugerir analogía alguna con aptitud decisoria del caso (fs. 617, punto n° 240), por lo que, no puede tomarse ello como elemento demostrativo de la presencia de una falta esencial del procedimiento.

Lo segundo: porque como sostuve más arriba, el laudo no se invalida cuando, sin omitir el derecho estatal elegido por las partes, adopta decisión citando concurrentemente otras disposiciones nacionales o aun elementos de juicio del derecho comparado no incompatibles o contrarios. Y, al respecto, la mención efectuada por el laudo de autores españoles e italianos (fs. 618 y vta., punto n° 250, nota 174) no puede juzgarse de ningún modo incompatible o contraria con la configuración que del *pactum de non petendo* puede hacerse a la luz del régimen de las obligaciones de no hacer resultante del Código Civil de 1869. Es que tanto en el derecho español como en el italiano, la configuración del *pactum de non petendo* no se aleja de la propia de un “pacto de no pedir el pago” aceptada por la doctrina nacional ya citada (Busso) y ello desde la misma perspectiva jurídica. Así, en España se entiende que el objeto del *pactum de non petendo* es, coincidentemente, el de no ejercer el derecho de crédito o reclamar la deuda, estableciéndose por él una obligación negativa o de no hacer (conf. Díez Picazo, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Editorial Civitas, Madrid, 1996, vol. II [las relaciones obligatorias], p. 249, n° 18; Beltrán de Heredia y Castaño, José, *El cumplimiento de las obligaciones*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956, p. 268); y otro tanto ocurre en Italia, cuya doctrina explica que el contenido de ese negocio es, justamente, el de una obligación negativa (conf. Messineo, F., *Manual de derecho civil y comercial*, Buenos Aires, 1955, t. IV, p. 220, n° 10), tendiente a privar definitivamente o solo temporariamente al acreedor del poder de actuar contra el deudor o más específicamente de actuar sobre todos o sobre algunos de sus bienes (conf. Carresi, Franco, *Il contratto*, en la obra “Trattato di Diritto Civile e Commerciale”, dirigida por A. Cicu y F. Messineo, Giuffrè Editore, 1987, vol. XXI, t. 1, p. 7).

En suma, como se anticipó, tampoco la nulidad puede ser declarada bajo el segundo enfoque que el recurso relaciona a la causal de “falta esencial en el procedimiento”.

(h) El tercer y último enfoque puesto por la recurrente en la órbita de la indicada causal invalidante se refiere a una invocada carencia de fundamentos del laudo.

Al respecto, sostiene Pan American Energy LLC (sucursal Argentina), lo siguiente: a) que el laudo se basó en conjeturas, fundadas a su vez en suposiciones, para sostener que resultaba "...inverosímil que Winterschall y Total desconocieran la existencia del acuerdo individual entre PAE y Metrogas..."; y b) que carece de sustento legal y representa una equivocación afirmar, como lo hizo el laudo, que la renuncia contenida en el art. 4.1. del Acuerdo de 2007 "...sólo daría derecho a un medio de defensa..." (fs. 409 vta.). A criterio de la recurrente, ambos aspectos determinan la ausencia de debida motivación del laudo, lo cual es una exigencia constitucional y legal (fs. 410/411).

A mi modo de ver, empero, nada de lo expuesto puede ser aceptado.

El árbitro actuante no se basó ni en conjeturas ni en suposiciones para sostener el conocimiento indicado sino que, por el contrario, fundamentó su conclusión en el análisis de las relaciones entre los sujetos involucrados -que presentaban incluso situaciones de representación y autorizaciones- y de los documentos contractuales en juego -Acuerdo de Reasignación y Acuerdo de 2007- en cuanto uno reproducía el clausulado del otro (fs. 622, puntos n° 271 y 272).

Y si por hipótesis en dicho análisis efectuado por el árbitro o en su conclusión existiese un *error in iudicando*, cabe recordar que el recurso de nulidad contra el laudo no está previsto para atacar un vicio de ese tipo, el que sólo podría repararse por la vía de la apelación (CNCom. Sala C, 21/12/01, "Cortefilms Argentina SA c/ Seb Argentina SA s/ queja), sin que tampoco pueda pretenderse elípticamente una revisión judicial de un laudo adverso mediante un recurso de nulidad -que limita al juez a resolver acerca de la existencia de las causales taxativamente establecidas susceptibles de afectar la validez de aquél- pues, en ese caso, quedaría desnaturalizado el instituto del arbitraje privándolo de uno de sus más preciosos beneficios (conf. CSJN, 17/11/94, C. 950. XXIV. "Color S.A. c/ Max Factor Sucursal Argentina s/ laudo arbitral s/ pedido de nulidad del laudo", Fallos 317:1527).

No otra cosa corresponde decir, de su lado, en punto a haber considerado el laudo que la renuncia contenida en el art. 4.1. del Acuerdo de 2007 da lugar a un medio de defensa, esto es, una excepción. Pretender descalificar ese aserto significa, ni más ni menos, que incursionar en la indagación de la existencia de un error del tipo antes referido, lo que es improcedente. A todo evento, calificada esa renuncia como un *pactum de non petendo* (calificación sobre cuya corrección este voto no incursiona), debe entenderse que su utilidad práctica reside, precisamente, en que el deudor pueda resistir reclamos del acreedor oponiéndolo como excepción (véase en este preciso sentido: Messineo, F., ob. cit., t. IV, p. 220, n° 10).

3º) El laudo copiado a fs. 576/627 también es impugnado por Pan American Energy LLC (sucursal Argentina) bajo la causal de haber fallado el árbitro "...sobre puntos no comprometidos..." (art. 760 del Código Procesal; fs. 411 y ss., Cap. C).

Cabe recordar que la causal de nulidad determinada por la incursión del laudo en puntos no comprometidos, se refiere a un pronunciamiento *extra petita*, para cuya calificación como tal es menester una indagación acerca de la correspondencia entre los puntos comprometidos expresamente (o aun tácitamente, si pueden implicarse de los sometidos expresamente) y la decisión final del arbitraje (esta Sala D, 11/6/2007, "Mobil Argentina S.A. c/ Gasnor S.A. s/ laudo arbitral s/ queja"; Fenochietto, C. y Arazi, R., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, comentado y concordado*, Buenos Aires, 1987, t. 3, p. 546).



En este orden de ideas, el recurso de nulidad alude a la presencia de un laudo dictado con apartamiento de lo fijado en el Acta de Misión (fs. 411).

Conocida es la importancia del Acta de Misión como delimitadora del alcance del mandato dado al tribunal arbitral a fin de contribuir a garantizar que el laudo que se emita no resulte finalmente ni *ultra* ni *infra petita* (conf. . Derains, Yves y Schwartz, Eric A., ob. cit., p. 370; Viaña de la Puente, Javier, *Inside the ICC – Arbitraje Comercial en la Cámara de Comercio Internacional*, Gomylex, Bilbao, 2013, p. 136 y ss.).

Sin embargo, en el *sub examine* la recurrente no explicita concreta y claramente cuáles son los puntos fallados por el laudo en exceso de lo determinado en la invocada Acta de Misión.

Antes bien, lejos de lo anterior, lo que la recurrente hace en esta parte de su recurso es: a) insistir en la idea de que el árbitro no aplicó el Código Civil de 1869; y b) reiterar que indebidamente el laudo trajo a colación la figura del *pactum de non petendo*, aclarando que de esa manera se frustró las expectativas de las partes y el hecho de que ellas se habían expresado en el sentido de no considerar la renuncia contenida en art. 4.1 del Acuerdo de 2007 como un *pactum* de ese naturaleza, extremo que, consiguientemente, hacía jugar lo dispuesto por el art. 218, inc. 4º, del Código de Comercio, así como la necesidad de respetar lo que "...entendieron o pudieron entender..." del acuerdo según lo prescripto por el art. 1198 del Código Civil de 1869 (fs. 411vta./414 vta.).

Obviamente, las precedentes alegaciones no conciernen técnicamente a supuestos encuadrables en la causal de nulidad del laudo por haber incursionado en puntos no comprometidos que, se insiste, apunta a la denuncia de un laudo que hace lugar a una demanda no cubierta por el acuerdo compromisorio.

Pese a ello, si acaso así no se lo entendiera, corresponde todavía señalar lo siguiente:

(a) La alegación de que el árbitro no aplicó el Código Civil de 1869 ya ha sido rechazada por este voto, por lo que simplemente cabe remitir a lo puesto en tal sentido.

(b) También ha sido rechazada por esta ponencia la alegación de ser el *pactum de non petendo* una figura jurídica ajena a las reglas contenidas en ese cuerpo legal. Por el contrario, como se dijo, su fundamento está en el régimen de las obligaciones de no hacer al que explícitamente se refirió el laudo con cita del código de 1869.

(c) En fin, la calificación que las partes eventualmente hubieran hecho acerca de los alcances jurídicos de la renuncia contenida en el art. 4.1 del Acuerdo de 2007, no obligaba al árbitro, toda vez que, a la luz del derecho por ellas elegido, era su función interpretar los instrumentos contractuales de la contienda, sin que, consiguientemente, pueda constituirse en una causal de nulidad del laudo la aplicación de los principios relativos a esa interpretación contractual según resultasen del derecho aplicable a la controversia (conf. Benedettelli, Massimo V., Consolo, Claudio y Radicati di Brozolo, Luca G., ob. cit. p. 993, IX, 11). Desde tal perspectiva, la cita de los arts. 218, inc. 4º, del Código de Comercio y art. 1198 del Código Civil que formula el recurso, no aporta fundamento dirimente de entidad.

En suma, tampoco se aprecia que la impugnación pueda prosperar a la luz de los referidos motivos.

4º) Con cita del art. 1656 del Código Civil y Comercial de la Nación, sostiene la recurrente que el laudo debe ser anulado por "...contrario al ordenamiento jurídico..." (fs. 414 vta., cap. D).

Para fundar la alegada contradicción con el ordenamiento jurídico la recurrente Pan American Energy LLC (sucursal Argentina) reitera, una vez más, conocidos y ya descartados argumentos: omisión de ponderación del Código Civil de 1869; inexistencia del *pactum de non petendo* en el derecho argentino; inapropiada cita de autores españoles e italianos; etc. (fs. 415).

Pero a continuación de lo anterior, como aspecto diferenciado, postula que la alegada contradicción con el ordenamiento jurídico argentino está dada por el hecho de haber interpretado el laudo que una renuncia como la contenida en el art. 4.1 del Acuerdo de 2007 no tiene efecto extintivo de la obligación, tal como lo declara el art. 868 del código de 1869 (fs. 416), habiendo el árbitro efectuado, además, una distinción artificiosa entre el derecho a la acción y la obligación de no hacer (fs. 416 vta./417 y vta.).

Sobre esta parte del recurso de anulación, juzgo adecuado señalar lo siguiente:

(a) Lo dispuesto por el art. 1656 del Código Civil y Comercial de la Nación no brinda fundamento atendible al planteo en términos de procedibilidad.

Haciendo abstracción de que el ámbito de aplicación del citado art. 1656 es el de los laudos dictados en arbitrajes domésticos (conf. Salgado, J., *Impugnación en el arbitraje en el sistema del Código Civil y Comercial*, RCCyC, año II, n° 5, junio 2016, ps. 25/26, cap. II) y no el de arbitrajes internacionales como el presente (conf. Lorenzetti, R., *Código Civil y Comercial de la Nación, comentado*, Santa Fe-Buenos Aires, 2015, t. VIII, p. 117), lo cierto es que esta alzada mercantil ya se ha pronunciado -con criterio que cabe compartir- en el sentido que lo dispuesto en la parte final de dicho precepto en cuanto prohíbe renunciar a la impugnación del laudo definitivo que fuera contrario al ordenamiento jurídico, se refiere al recurso de nulidad, pero no al de apelación, el cual puede lícitamente renunciarse (conf. CNCom. Sala E, 22/12/2015, "Olam Argentina S.A. c/ Cubero, Alberto Martín y otro s/ recurso de queja", LL del 10/5/2016, con nota aprobatoria de Sandler Obregón, V., *La impugnación de los laudos arbitrales*). De donde se sigue, por lógica implicancia, que la contradicción a la que alude ese precepto es la relacionada a las limitadas materias que pueden ser examinadas en el marco de un recurso de nulidad según resulta de la ley procesal, pero no a las mucho más amplias que admitirían revisión mediante una apelación (en este sentido: Sagrario, R., *Las causales de anulación del laudo arbitral son las establecidas taxativamente en la ley procesal*, LL 27/10/2017; Sandler Obregón, V., ob. cit., loc. cit.; Salgado, J., ob. cit., loc. cit.; Rothenberg, M., *La revisión judicial de los laudos arbitrales según el Código Civil y Comercial. Su adecuada interpretación*, RCCyC, año II, n° 5, junio 2016, p. 27, espec. p. 31; Méndez, H. y Méndez, A., *Recursos en el arbitraje a tenor del nuevo Código*, LL del 28/12/2015; Rivera, J., *Orden público en el arbitraje comercial*, LL 2015-F, p. 1095).

Y, puesto que en la especie, el planteo ahora examinado remite a aspectos ajenos al propio del recurso de nulidad es que, como fue dicho, el citado art. 1656 no propone sustento válido alguno en términos de procedibilidad.

(b) A todo evento, para dar, una vez más, una amplia respuesta jurisdiccional, me permitiré señalar que la interpretación sostenida por el laudo en el sentido de que el *pactum de non petendo* reflejado en el art. 4.1 del Acuerdo de 2007 importó solamente una renuncia "... al derecho de acción..." (fs. 614, punto n° 229), representa una interpretación posible tal como lo demuestra la existencia de autores que así lo entienden (conf. Bianca, Massimo C., Patti, Guido y Patti, Salvatore, *Lessico di Diritto Civile*, Giuffrè Editore, Milano, 2001, p. 543, donde expresamente dicen que el referido *pactum* determina una "...mera rinunzia all'azione...").

Y aunque a esta última interpretación se pudiera oponer -como lo hace la recurrente al afirmar que no hay disociación posible entre acción y obligación- aquella otra que indica que, en realidad, la renuncia a la acción es inadmisibles (conf. Liebman, E., *Manual de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, 1980, p. 398, n° 257) y que cuando se renuncia a todas las acciones, tal como ocurre con la susodicha cláusula 4.1 (fs. 596 vta.), a lo que se "...renuncia es al derecho material objetivo, a la obligación correlativa de su sujeto pasivo, porque la acción como derecho abstracto no es renunciabile..." (conf. Devis Echandía, H., *Compendio de Derecho Procesal Civil -Parte General*, Editorial Temis, Bogotá, 1963, p. 106, n° 89), lo cierto y jurídicamente relevante es que, aun así, la adoptada por el laudo examinado seguiría siendo una interpretación posible y, por tanto, fundante de un laudo no necesariamente contrario al ordenamiento jurídico. Ello sea dicho, desde ya, dejando a salvo el suscripto su opinión personal sobre el tema, cuya exposición sólo sería posible en el marco de un recurso de apelación.

En suma: siendo obvio que no corresponde a esta alzada mercantil sustituir el criterio interpretativo propiciado por el árbitro, tampoco desde este ángulo se advierte causal de nulidad viable, correspondiendo recordar, otra vez, que no es propio del recurso examinado la revisión de eventuales errores *in iudicando*.

5°) Sostiene la recurrente en otro lugar de su queja que el laudo es "...manifestamente arbitrario..." y que el examen de ello está habilitado por jurisprudencia que cita, particularmente por el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re* "Cartellone", así como por la doctrina sobre arbitrariedad de sentencia acuñada por el Alto Tribunal. Al respecto, afirma que la arbitrariedad se constata porque el laudo: I) no aplicó el derecho argentino; II) citó autores extranjeros para explicar una figura desconocida en el derecho argentino; III) se excedió al expedirse sobre puntos no comprometidos; IV) omitió considerar las declaraciones testimoniales de los expertos jurídicos que obran en autos, a pesar de haberlas mencionado; V) ignoró prueba conducente aportada por su parte; VI) se dictó en términos tan arbitrarios que ha quedado ratificada la causa que en su momento condujo a la recusación del árbitro (fs. 417 vta./419 vta., cap. E).

Como es sabido, la Corte Federal ha dicho en el precedente "Cartellone" (Fallos 327:1881) que la renuncia a apelar una decisión arbitral no puede lícitamente interpretarse se extienda a supuestos en que los términos del laudo contraríen el orden público, o si fuese inconstitucional, ilegal o irrazonable (considerando 14).

Ahora bien, más allá de la opinión, generalmente adversa, que la doctrina ha elevado contra el citado precedente del Alto Tribunal por razones que no cabe aquí examinar (conf. Caivano, R., *El arbitraje y el poder judicial en la visión de la CSJN*, en la obra "Máximos Precedentes - Derecho Comercial" [dirigida por Heredia, P. y coordinada por Arecha, M.], Buenos Aires, 2015, t. IV, p. 633, espec. p. 652 y ss.; véase asimismo la cita de autores -copiada por el juez Garibotto en su voto- que la Sala efectuó en la ya citada causa "Mobil Argentina S.A. c/ Gasnor S.A. s/ laudo arbitral s/ queja"), lo importante y concreto es que en el *sub lite* no alega Pan American Energy LLC (sucursal Argentina) que el laudo hubiera violado el orden público. Antes bien, sólo reitera afirmaciones ya consideradas y postula otras que, en rigor, conllevan a un examen del mérito de lo resuelto, lo que expresamente ha reprobado el Alto Tribunal en su más reciente jurisprudencia como algo posible en el marco del recurso de nulidad si se renunció al de apelación (CSJN, 5/9/2017, "Ricardo Agustín López, Marcelo Gustavo Daelli, Juan Manuel Flo Díaz, Jorge Zorzópulos c/Gemabiotech S.A. s/ organismos externos").

En este punto, cabe insistir, a riesgo de ser reiterativo, en que si bien la ley prevé la impugnación del laudo por vía del recurso de nulidad, este no habilita a las partes a solicitar una revisión de aquel en cuanto al fondo de lo decidido (conf. CNCom. Sala C, 3/6/03, “Calles, Ricardo y otros c/ General Motors Corporation s/ queja”; íd. Sala A, 5/8/04, “KCK Tissue S.A. c/ Citibank NA s/ queja”); y que para resolver la nulidad de un laudo, carecen de eficacia los argumentos enderezados a demostrar su injusticia, por cuanto el objeto procesal de la jurisdicción judicial es completamente diferente del que acarrea la apelación. Los jueces ordinarios sólo tienen la facultad de revisar la decisión arbitral en cuanto a su justicia, cuando se recurre de ella mediante el recurso de apelación, que abre la instancia judicial con amplitud precisamente para ello. Pero cuando se le somete exclusivamente la cuestión relativa a la validez, no puede entrar a considerar el modo en que las controversias han sido resueltas. Pretender, a través del recurso o acción de nulidad, la revisión del fondo del asunto resuelto por los árbitros, significaría abrir una instancia de alzada no prevista, para obtener un pronunciamiento contrario a los principios que rigen la materia, poniendo en cabeza de los jueces una facultad jurisdiccional de la que carecen (Caivano, R., *Arbitraje*, Buenos Aires, 1993, ps. 260/262 y jurisprudencia allí referida).

A todo evento, las reiteradas afirmaciones de que el laudo no aplicó el derecho argentino, citó autores extranjeros para explicar una figura desconocida en la legislación patria y que se excedió al expedirse sobre puntos no comprometidos, ya han sido consideradas por este voto para descartar que fundamenten adecuadamente la nulidad reclamada.

De su lado, no cambia el enfoque la postulación referente a que el laudo, a pesar de mencionarlas, omitió considerar las declaraciones de expertos jurídicos rendidas en la causa e ignoró prueba conducente aportada por su parte. Esto es así, en efecto, porque ninguna necesaria arbitrariedad se desprende del hecho de que el laudo hubiese dado preferencia a determinado elemento probatorio, en desmedro de otros (CSJN, doctrina de Fallos 248:68; 251:17; 253:496; etc.); ni ninguna arbitrariedad se desprendería del hecho de que el árbitro no hubiera ponderado una por una todas las pruebas agregadas a la causa, pues no estaba obligado a ello, sino solo a examinar los elementos de juicio que estimaba suficientes para la solución del asunto (CSJN, doctrina de Fallos 251:244, entre muchos otros). Este modo de apreciar el plexo probatorio (que es, en última instancia, lo cuestionado por la recurrente) no da cuenta de ninguna causal de invalidación del laudo. De admitirse lo contrario, toda hipotética atribución de defecto de fundamentación en el laudo arbitral con base en la expresión de disenso sobre la evaluación probatoria practicada, bastaría para hacer intrínsecamente objetable todo laudo bajo la especie del recurso de nulidad, lo que es manifiestamente inadmisibles (conf. CNCom. Sala D, 12/7/02, “Total Austral SA c/ Saiz, Francisco Santiago s/ recurso de nulidad”; íd. Sala E, 7/11/03, “PMA S.A. c/ Ciffoni, Ricardo; Donati, Silvia y Dupre, Graciana”). A todo lo cual cabe agregar, por si subsistiera alguna duda, que tampoco representa una violación a la misión arbitral la errónea ponderación de la prueba, ya que la cuestión entronca con un juzgamiento sobre el mérito del laudo (conf. Benedettelli, Massimo V., Consolo, Claudio y Radicati di Brozolo, Luca G., ob. cit. p. 998, X, 8), lo cual, como se ha repetidamente dicho, es ajeno al ámbito del recurso de nulidad.

En fin, la vinculación que el recurso hace entre el resultado del laudo y la recusación que otrora hiciera del árbitro, no tiene más valor que el de una apreciación subjetiva *ex post* carente de solidez en función de cuanto se ha expuesto. Ello sea dicho, claro está, sin perjuicio de lo que asimismo se expondrá en el considerando 8° (c).

6º) Bajo el ropaje nuevamente de la arbitrariedad aduce Pan American Energy LLC (sucursal Argentina) que el laudo desconoció los efectos de la cláusula arbitral pactada en el Acuerdo de Reasignación. Concretamente, sostiene que la nulidad reclamada es procedente porque el árbitro debió resolver la controversia no sobre la base de una actuación fundada en la cláusula arbitral del acuerdo de 1997, sino con apoyo en la cláusula arbitral del acuerdo de 2007.

Así expuesta, la aserción se endereza a demostrar que la cláusula arbitral del acuerdo de 1997 no era “aplicable” a la controversia resuelta.

Con ese alcance, a mi modo de ver, el problema no engarza en una cuestión de arbitrariedad como lo propone la recurrente, sino más bien de imputada ausencia de competencia del árbitro con sustento endicha cláusula del acuerdo de 1997, materia esta última que, valga señalarlo, puede ser discutida en el marco del recurso de nulidad porque la participación de la recurrente en el arbitraje no puede ser entendida como renuncia a cuestionar la competencia arbitral ante el tribunal estatal (conf. Derains, Yves y Schwartz, Eric A., ob. cit., p. 555, nota n° 14 y su cita del precedente de la Corte de Apelaciones de EE.UU., Circuito 5º, 2003, “Bridas S.A.P.I.C. et al. c/ Government of Turkmenistan and State Concern Turkmenneft”, 345 F. 3d. 347) y porque la situación importa denunciar una falta esencial de procedimiento atacable por dicha vía (conf. Rivera, J., *Arbitraje Comercial*, cit. p. 423).

Empero, aunque la admisibilidad formal del planteo (visto del modo indicado) es indudable, su improcedencia sustancial no lo es menos.

Al respecto, fue claro el árbitro en afirmar que, a su juicio, existía entre el acuerdo de 2007 y el de 1997 “...una estrecha conexión...” pues “...el primero queda condicionado por la firma del segundo...” en tanto “...el segundo hacer referencia, incorporándolas, a estipulaciones del contrato de 1997, entre ellas, notablemente, a la cláusula arbitral...” (fs. 610 vta., punto 200, “a”). Asimismo, para interpretar la voluntad de las partes, el árbitro observó que el mismo esquema estaba presente en el Acuerdo de Reasignación de WIAR, el de Entrega de Volúmenes y el Acuerdo Marco con Total (fs. 610 vta., punto 200, “b” y “c”).

La recurrente intenta demostrar que esa conexidad e interrelación no existía ni estuvo en la voluntad de las partes, y que la reproducción de un texto contractual por el otro no implicó en ningún caso mantener la vigencia del reproducido (fs. 420). Sin embargo, semejante disociación no es racionalmente aceptable, toda vez que no se entiende cómo no se mantendría vigente el texto anterior si se lo incorpora al nuevo. Lo natural es, por el contrario, interpretar que esa reproducción implicó “...que la voluntad real de las partes no fue que su cláusula arbitral venga a sustituir aquella del contrato de 1997...”, tal como lo sostuvo el árbitro (fs. 610 vta., punto 200, “f”).

Y, desde tal perspectiva, bien puede afirmarse que se está en presencia de un supuesto asimilable al de una cláusula arbitral “*per relationem*” o por referencia (conf. Benedettelli, Massimo V., Consolo, Claudio y Radicati di Brozolo, Luca G., ob. cit., p. 604, XIV, 1; Seraglini, Christophe y Ortscheidt, Jérôme, ob. cit., ps. 578/579, n° 660; Racine, Jean-Baptiste, ob. cit., p. 196 y ss., n° 255 y ss.; Rivera, J., *Arbitraje Comercial*, cit., ps. 131/133), por lo que la actuación del árbitro con base en la del acuerdo de 1997 no es constitutiva de ninguna falta esencial de procedimiento, máxime ponderando que lo atinente a la competencia de aquél fue objeto de examen en el laudo parcial del 1/4/2014, cuyas conclusiones no son puestas en tela de juicio por el recurso de nulidad que se examina, pese a que el laudo final explícitamente se

fundó en ellas (sobre el contenido del referido laudo parcial véase fs. 601/605, puntos n° 175/176; y en cuanto a su relación con el laudo final, véase fs. 607 y vta., puntos n° 186/188).

7°) Bajo la calificación de “laudo sorpresivo” intenta también Pan American Energy LLC (sucursal Argentina) la anulación que pretende.

Vuelve la recurrente a insistir aquí en que la decisión arbitral no aplicó el derecho argentino y se valió equivocadamente de la figura del *pactum de non petendo* (fs. 420 y vta., cap. G). Sobre ello, nada corresponde agregar a lo ya dicho en el sentido de que tales argumentos no sustentan nulidad alguna.

Independientemente de lo anterior, a la luz de igual calificación, sostiene la recurrente que hubo exceso del árbitro en la aplicación del principio *iura novit curia* pues: I) admitió una excepción no esgrimida ni autorizada por la ley; y II) de acuerdo al art. 2653 del Código Civil y Comercial de la Nación, no es posible al juez disponer de la aplicación del derecho del Estado con el cual la relación jurídica presente vínculos más estrechos, si las partes han elegido el derecho para el caso. Nada de esto es, sin embargo, es argumentalmente aceptable. En efecto, en cuanto a lo primero es imperioso observar que el árbitro no admitió ninguna excepción, sino que dijo que el *pactum de non petendo* ofrecía la posibilidad de oponerlo como medio de defensa en reclamos litigiosos diferentes al presente, lo que es distinto (fs. 619 vta., punto n° 259). De su parte, en orden a lo segundo, lo dispuesto por el art. 2653 del Código Unificado de 2015 carece de relación directa e inmediata con el *sub lite* pues esa norma se refiere a los supuestos en que no se ha sometido el contrato a un derecho elegido por las partes (conf. Uzal, M., *Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, 2016, ps. 521/522, n° 10; Lorenzetti, R., *Código Civil y Comercial de la Nación, comentado*, Santa Fe-Buenos Aires, 2015, t. XI, ps. 645/646; Alterini, J., *Código Civil y Comercial Comentado - Tratado Exegético*, Buenos Aires, 2015, t. XI, p. 1000), hipótesis que no es la aquí examinada en la que, por el contrario, las partes hicieron ejercicio de la autonomía conflictual, la que fue respetada por el laudo según fuera ya concluido.

8°) Recurriendo ambiguamente a los conceptos de “arbitrariedad” y “falta esencial del procedimiento” (fs. 421 vta., cap. H), sostiene Pan American Energy LLC (sucursal Argentina) que: I) se la ha privado de una prueba esencial; II) el laudo fue dictado por un árbitro que ha prejuzgado; y III) se la ha privado de ponderar el fundamento del rechazo de la recusación que planteara respecto del árbitro, violándose el art. 3° del Código Civil y Comercial de la Nación.

Veamos.

(a) Apunta la recurrente que oportunamente invocó como “hecho nuevo” prueba que califica como “esencial” y que el rechazo de dicho planteo le impidió tener una oportunidad razonable de presentar su caso en los términos del art. 22 (4) del Reglamento de Arbitraje CCI, cuyo texto es el siguiente: “...*En todos los casos, el tribunal arbitral deberá actuar justa e imparcialmente y asegurarse de que cada parte tenga la oportunidad suficiente para exponer su caso...*” (fs. 422 y vta.).

La lectura del laudo evidencia que la recurrente solicitó incorporar el aludido “hecho nuevo” el día 14/5/2015 y que, de allí en más, fueron presentados por ella misma y por su adversaria una serie de escritos donde discutieron sobre su admisibilidad, llegándose finalmente a la orden procesal n° 8 que lo desestimó el 7/7/2015. También surge del laudo, que tal rechazo mereció un pedido de reconsideración por la ahora recurrente que, previa

sustanciación, también fue rechazado –orden procesal n° 9 el día 14/7/2015- (fs. 584/586, puntos n° 43 a 61).

Lo precedentemente expuesto evidencia que Pan American Energy LLC (sucursal Argentina) tuvo oportunidad “suficiente” de ser oída, por lo que no se aprecia “falta esencial del procedimiento” y menos “arbitrariedad”. Conviene recordar, al respecto, que lo dispuesto por el art. 22 (4) del citado reglamento de arbitraje sólo abre cauce a que cada parte deba tener una oportunidad “suficiente” y no “toda” oportunidad suficiente para presentar su caso (conf. Derains, Yves y Schwartz, Eric A., ob. cit, p. 344). En la especie, bien se ve, la presencia de una petición largamente sustanciada y de un ulterior pedido de reconsideración, todo lo cual fue oportunamente examinado por el árbitro, evidencia nítidamente que no se ha violado el derecho a ser escuchado.

(b) Contrariamente a lo postulado por la recurrente, al dictar las referidas órdenes procesales n° 8 y 9 no incurrió el árbitro en prejuzgamiento alguno, sin que su decisión en ambas oportunidades pueda ser invocada para fundar la reclamada nulidad del laudo, ya que la inexistencia de prejuzgamiento por parte del árbitro debe necesariamente ser inferida del rechazo que pronunció la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional respecto de la recusación formulada por Pan American Energy LLC (sucursal Argentina) basada en esa causal, el día 27/8/2015 (fs. 586, vta., punto n° 72).

Teniendo ello en cuenta, preciso es referir que la apuntada decisión de la Corte Internacional desestimatoria de la recusación no es revisable jurisdiccionalmente (conf. Rivera, J., *Arbitraje Internacional*, cit., p. 254; Benedettelli, Massimo V., Consolo, Claudio y Radicati di Brozolo, Luca G., ob. cit., p. 747, VIII, 3).

Consiguientemente, la pretensión de fundar la nulidad del laudo en un prejuzgamiento que fue rechazado por la Corte Internacional, exorbita largamente la continencia del art. 760 del Código Procesal y no merece otra cosa que su desestimación.

(c) Tampoco puede fundarse la nulidad del laudo en el hecho de no haber podido conocer la recurrente los fundamentos por los cuales la Corte Internacional rechazó su recusación del árbitro único.

Más allá de observar que la cuestión referida no concierne a ninguna que se relacione con un defecto formal determinante de la ineficacia del laudo, preciso es observar que el Reglamento de Arbitraje CCI, año 2102, prescribe que las razones de las decisiones de la Corte Internacional sobre recusación “...no serán comunicadas...” (art. 11, inc. 4°), es decir, se mantiene la reserva de su fundamentación, solución que se justifica para evitar posibles vergüenzas u ofensas a los árbitros y también para aventar posibles controversias con las partes respecto a los argumentos de la Corte Internacional que podrían hacer que el laudo fuera más vulnerable (conf. Derains, Yves y Schwartz, Eric A., ob. cit, p. 223). Y ello es algo que no sólo los contendientes no pueden ignorar, sino a lo cual deben estar pues hace al particularismo del régimen arbitral al cual voluntariamente se sometieron (conf. Rivera, J., *Arbitraje Comercial*, cit., p. 254), sin que consiguientemente puedan invocar agravios sustentados en lo dispuesto por el art. 3 del Código Civil y Comercial de la Nación.

9°) Por último, Pan American Energy LLC (sucursal Argentina) fundamenta la nulidad del laudo en su arbitrariedad respecto de lo que decidiera en materia de costas (fs. 425 y vta., cap. I).

Corresponde señalar, una vez más, que el recurso de nulidad no es la vía para establecer el carácter arbitrario o no del laudo.

En cualquier caso, la alegación de la recurrente de ser desmesuradas las costas impuestas, no fue acompañada de ningún cálculo que así lo demuestre, por lo que no es posible siquiera considerar la aplicación de la jurisprudencia de excepción que cita.

Por otra parte, la referencia que la impugnante hace del art. 37 (5) del Reglamento de Arbitraje CCI, año 2012, en orden a que debió el árbitro tener en cuenta para decidir las “circunstancias que considere relevantes”, no pasa de la mera declamación toda vez que no se indica cuáles de estas últimas pudieron y no fueron consideradas.

**10°)** Por lo expuesto, propongo al acuerdo rechazar el recurso de nulidad, con costas por su orden por los fundamentos explicitados por el juez Vassallo en el capítulo VII de su ponencia.

Así voto.

**Concluida la deliberación los señores Jueces de Cámara acuerdan:**

- (a) Rechazar el recurso introducido por Pan American Energy LLC (Sucursal Argentina).
- (b) Distribuir las costas del recurso en el orden causado.

Notifíquese y una vez vencido el plazo del art. 257 del Código Procesal, devuélvase la causa al Juzgado de origen.

Cúmplase con la comunicación ordenada por la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación (Ley 26.856 y Acordadas 15/13 y 24/13). G. G. Vassallo. J. R. Garibotto (en disidencia). P. D. Heredia.



## Formación académica

Desde Secretaría Académica se están implementando diversas líneas de acción siempre con el propósito de incentivar la calidad académica y la consecución de los trámites que le competen a esta dependencia. Entre las acciones que se llevan a cabo, se destacan:

*-Proyecto Estrategias institucionales para la promoción del ingreso, continuidad y graduación en las Carreras de la Facultad de Derecho con énfasis en la alfabetización académica y jurídica, y en la orientación para el rol profesional, presentado y aprobado por el Rectorado de la UNC y en el ámbito de la Facultad a través de la RD-2023-646-UNC-DEC#FD. Es importante destacar que la enseñanza en la universidad presenta múltiples desafíos que se tornan cada vez más complejos. A su vez, “la baja tasa de graduación universitaria y sus fenómenos relacionados, el desgranamiento y el alargamiento de las carreras frecuentemente han sido identificados como los mayores problemas del sistema universitario argentino” (Popovsky, R; 2017:91). La Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba no es ajena a este fenómeno, por lo cual implementan programas y proyectos que posibilitan aminorar los efectos de esta situación en las carreras que están en funcionamiento actualmente.*

En lo que respecta a las prácticas de enseñanza en entornos virtuales, en el transcurso de 2024, se ha concretado el trabajo de revisión de las aulas virtuales de más de 40 cátedras de la Carrera de Abogacía y de la totalidad de las asignaturas de la Tecnicatura Superior en Asistencia en Investigación Penal y Profesorado en Ciencias Jurídicas.

En todas las carreras de la Facultad hay dos problemáticas que parecerían ser comunes. Una de ellas tiene que ver con la alfabetización académica y la alfabetización jurídica y, la otra, con la orientación y guía de los estudiantes en el desarrollo y tramo final de la carrera donde resulta fundamental que se construyan las competencias fundamentales para ejercer la profesión. En relación con la alfabetización académica partimos de la premisa que su desarrollo resulta fundamental a los fines de poder lograr las competencias propuestas en los perfiles profesionales de las diferentes carreras. Se ofrecieron instancias de trabajo destinadas a los estudiantes para que puedan mejorar sus habilidades de estudio y trabajo con textos jurídicos. Por su parte, la alfabetización jurídica en los primeros años de la carrera resulta fundamental con el objeto de promover la profundización del razonamiento jurídico.

Particularmente en la *Carrera de Abogacía*, el *Programa para la Enseñanza de la Práctica Profesional* es el eje transversal que posibilita en gran medida el logro de las

---

\* Reseña realizada por la Prof. Carla Saad coordinando la información otorgada por las Secretarías y obtenida del Digesto de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba.

competencias requeridas en el perfil profesional. Dado que la práctica profesional se ha venido fortaleciendo en estos últimos años, a través de este proyecto interesa profundizar la revisión de la implementación de este programa promoviendo una mayor articulación y coordinación del trabajo de la Secretaría Académica y el Director y Coordinadora del Programa. En este último año se avanzó en la formación para la práctica profesional con la profundización del trabajo en la Sala de Litigación orientado a la formación de competencias. En este marco, se promovió el desarrollo de conocimientos y habilidades profundizadas para una efectiva práctica en el desarrollo y puesta en práctica del observatorio de litigación:

- \* Se actualizaron los materiales de estudio de los espacios curriculares destinados a la práctica profesional.
- \* Se implementó la técnica de simulación a través de un esquema lúdico, sobre la base de una actuación delimitada por un caso a que se planteó ante el tribunal, reuniendo pruebas, investigando y preparar la argumentación del caso conforme los intereses que representen. Realizando una tarea de investigación de campo de las disciplinas jurídicas atinentes del caso a preparar.
- \* Se equipó una sala de la Facultad de Derecho con la infraestructura edilicia y tecnológica necesaria para recrear un espacio propicio para las prácticas de simulación.
- Se implementaron los observatorios de jurisprudencia, con el objetivo de propender al análisis de las primeras sentencias dictadas con la entrada en vigencia del Código Civil Comercial de la Nación. Entendiendo a la jurisprudencia como un conjunto de principios, razonamientos y criterios que los juzgadores establecen en sus resoluciones, al interpretar las normas jurídicas, es decir, al desentrañar o esclarecer el sentido y alcance de éstas.
  - Las actividades consistieron en la búsqueda de jurisprudencia de diversos temas a tratar en cada sesión, mediante exposición y análisis de la misma, culminado las sesiones con una propuesta superadora. La coordinación e implementación de los observatorios de jurisprudencia estuvo a cargo del *Programa de Enseñanza para la práctica Jurídica* de la Facultad.
- \* En lo que respecta a las prácticas de enseñanza en entornos virtuales, en el transcurso de 2024 se ha concretado el trabajo de revisión de las aulas virtuales de más de 40 cátedras de la Carrera de Abogacía y de la totalidad de las asignaturas de la Tecnicatura Superior en Asistencia en Investigación Penal y Profesorado en Ciencias Jurídicas.
- \* A su vez, en el mes de febrero se implementaron comisiones de IECA con aulas híbridas para el caso de los estudiantes que por diversas razones no pudieron acercarse a la Facultad a cursar de manera presencial.

El objetivo general de este Proyecto es facilitar condiciones curriculares, disciplinares, y pedagógicas que resultan imprescindibles principalmente para el desarrollo

de la *Carrera de Abogacía y Profesorado en Ciencias Jurídicas*, promoviendo una serie de estrategias y líneas de acción concretas que posibiliten mejoras en los procesos de enseñanza y aprendizaje. Para ello, se considera clave un trabajo coordinado entre las diferentes Secretarías y dependencias de la Facultad con quienes se elaboró este Proyecto y forman parte del equipo presentado, a los fines de llevar adelante proyectos colaborativos que promuevan acciones conjuntas con mayor impacto en las mejoras de la calidad académica en la docencia, investigación y extensión universitaria. El proyecto tiene como dimensiones \*Desarrollo Curricular; \*Enseñanza en Entornos Virtuales; \*Equipamiento y \*Acciones destinadas a favorecer la inclusión educativa, se detallan algunas de sus acciones:

*\* Desarrollo Curricular*

*-Ciclo de capacitación docente*

Se propone capitalizar las acciones sostenidas durante los años 2020 a 2023, con el objeto de sostener el acompañamiento a los docentes, con especial énfasis en la enseñanza en escenarios combinados, dando continuidad al ciclo de capacitación para docentes y adscriptos/as de las carreras de grado y pregrado de la Facultad, en los que se abordan los desafíos actuales de la enseñanza en la universidad.

En virtud de ello, y teniendo en cuenta la experiencia de los últimos dos años, la propuesta de formación propone:

- El desarrollo de habilidades necesarias para potenciar la enseñanza presencial capitalizando la experiencia de las Cátedras en la virtualidad.
- La utilización, por parte de los docentes, de los nuevos equipamientos e insumos provistos por la facultad (conexión a internet, aulas híbridas, etc)
- Las necesidades de formación manifestadas por los docentes durante los últimos años
- La experiencia de virtualización y retorno a la presencialidad desarrollada en otras unidades académicas

En estos términos, se plantean dos formatos cuyas características han sido pensadas teniendo en cuenta las características generales de la población destinataria para que los docentes puedan sostener el cursado: formato “curso” y formato “workshop”.

*- Consolidación del Proyecto: “Inscribí a tu Cátedra”*

En el PAMEG presentado para el año 2024 se propuso dar continuidad y potenciar el proyecto aprobado en el año 2023 por RD. 985/2023. En este proyecto el Equipo de Asesoramiento Pedagógico Comunicacional de la Facultad acompaña a

las Cátedras en la toma de decisiones sobre sus propuestas de enseñanza brindando orientaciones a los equipos docentes en torno al desarrollo curricular y colaborando en la puesta en marcha de diversos proyectos que impliquen procesos de intervención en lo pedagógico-didáctico.

Particularmente desde “Inscribí a tu Cátedra” se acompaña el trabajo de las cátedras para mejorar sus prácticas de enseñanza en los siguientes tres ejes:

*-Diseño del Aula Virtual*

- Revisión de la propuesta de enseñanza (metodologías de enseñanza, reformulación del Programa, revisión de la bibliografía, evaluación)
- Elaboración de materiales educativos (recursos TIC, fichas de cátedra, entre otros)

Para ello, los docentes presentan propuestas elaboradas en torno a un diagnóstico de necesidades de sus Cátedras considerando la factibilidad de su realización en el transcurso del semestre y el involucramiento de varios miembros de la Cátedra.

- Análisis situacional e implementación de mejoras en el Programa para la Enseñanza de la Práctica Jurídica de la carrera de Abogacía

En este marco se prevé realizar un diagnóstico situacional de los espacios de práctica; revisión de los programas de estudio; análisis de las metodologías de enseñanza y entrevistas a docentes y estudiantes.

*\*Enseñanza en entornos virtuales*

En el marco de esta dimensión se prevén desarrollar entornos virtuales para los diferentes espacios curriculares enmarcados en el *Programa para la Enseñanza de la Práctica Profesional*, tomando en cuenta diversidad de metodologías y recursos específicos de la enseñanza del Derecho.

*\*Acciones destinadas a favorecer la inclusión educativa*

- Fortalecimiento del Proyecto: “Tutorías Individualizadas a estudiantes”

El Proyecto de Tutorías Individualizadas a Estudiantes logra su aprobación en el año 2014, con el fin de:

- a) Contribuir a la formación de los estudiantes, como una estrategia pedagógica inclusiva que permita mejorar el rendimiento de los estudiantes en los exámenes finales de las asignaturas.
- b) Promover la formación de los Recursos Humanos y la capacitación al interior de las Cátedras de nuestra Facultad.
- c) Promover la integración de los adscriptos tutores a las cátedras y brindarles, a estas últimas, información relevante sobre las principales dificultades y problemas que encuentran los estudiantes en el abordaje de las asignaturas.

Desde noviembre de 2023 a marzo de 2024 se relevaron las siguientes representaciones: 196 estudiantes inscriptos; 38 Adscriptas/os inscriptos y 39 Tutorías realizadas.

Si bien se encuentra activo desde el año 2014, en noviembre de este año y gracias al apoyo del *Programa de Apoyo y Mejoramiento de la Enseñanza de Grado* (PAMEG 2023-2024) se ha podido lograr refuncionalizar y fortalecer el Proyecto.

- Talleres para estudiantes: Alfabetización académica y jurídica en los primeros años de la universidad

Estos talleres se proponen con el objeto de brindarles a los estudiantes la posibilidad de profundizar competencias relacionadas con la alfabetización académica y jurídica fundamental para el primer año de la Carrera.

-Diseño de un Plan de Seguimiento de las Trayectorias Estudiantiles

Desde esta línea de trabajo se espera, en una primera etapa, reconocer las principales dificultades de los estudiantes de la Carrera de Abogacía y las razones que los han conducido a dejar de cursar durante el último año académico. Para ello, en esta instancia se implementará una encuesta y procurará realizar entrevistas breves a los estudiantes que no registren actividad académica en dicho período. Desde Secretaría Académica, Secretaría de Asuntos Estudiantiles y el Decanato de la Facultad se implementarán medidas para poder avanzar en el diseño del Plan y se elaborarán informes parciales. A su vez, conjuntamente con la Dirección de Informática se está diseñando un plan de análisis de datos estadísticos que posibiliten contar con información oportuna para la toma de decisiones.

- Otras actividades realizadas

Junto con estas líneas de acción se dio continuidad a la gestión de trámites relacionados con los pases y equivalencias, convalidación de títulos extranjeros, cambio de plan de estudio, reconocimiento de regularidades, informes de actividades y plan de actividades docentes, cobertura de licencias docentes, entre otros.

Además Secretaría Académica coordina el proyecto de extensión “Vos ponele Voz” que posibilita que los estudiantes lleven adelante las actividades en el marco del compromiso estudiantil.

Desde Secretaría Académica se participa activamente en la Comisión Asesora del SIED (Sistema Institucional de Educación a Distancia). En este marco, en el mes de marzo de 2024 desde el SIED y la Secretaría de Asuntos Académicos se llevó a cabo una actividad de la que participó activamente Secretaría Académica y cinco cátedras de la Facultad: Experiencias que inspiran el aprendizaje: Docentes como protagonistas de la transformación educativa.

Finalmente, en relación con los procesos de evaluación institucional, desde Secretaría Académica se están elaborando los informes relativos a los Planes de Excelencia presentados como parte del proceso de acreditación ante CONEAU. Esta Secretaría a su vez está coordinando el análisis de todos los planes de excelencia correspondientes a las diferentes Secretarías y dependencias de la Facultad de Derecho.

Esta Secretaría continuará trabajando con el objeto de coordinar proyectos y demás iniciativas que posibiliten mantener y profundizar la calidad académica y el compromiso con el acompañamiento y a las trayectorias de los estudiantes y el perfeccionamiento docente continuo de Profesores de la Facultad de Derecho.

Para informes e inscripciones comunicarse a los teléfonos 0351- 4332057/58 int. 356, email: [academica@derecho.unc.edu.ar](mailto:academica@derecho.unc.edu.ar), el horario de atención es de 8:00 a 20:00 hs. Más info: [www.derecho.unc.edu.ar](http://www.derecho.unc.edu.ar).

## **Formación en posgrado**

En el año 2024, casi a un cuarto de siglo ya transitado del siglo XXI, nos encontramos con desafíos de cara a las nuevas tecnologías y formas de relaciones que van marcándonos realidades novedosas, que como tales no deben ser ajenas a nuestro posgrado. Y así, la Secretaría de Posgrado, frente de estas circunstancias que nos trae la tecnología no se ha quedado en la mera observación y ha experimentado un crecimiento exponencial y constante. De allí, la mirada puesta en un estándar de excelencia educativa al servicio de la sociedad que reclama actualización para ser competitiva, lo que implica comprender la importancia de ofrecer programas de posgrado altamente calificados y actualizados en un contexto de creciente automatización. Esto nos lleva a formar profesionales especializados con herramientas de alta calidad, respondiendo a la demanda del futuro que requiere una mayor cualificación permanente. Así, presentamos un amplio abanico de propuestas académicas que satisfacen estas necesidades, complementando la formación de grado y proporcionando las habilidades necesarias para afrontar los desafíos actuales y futuros.

La evidencia de nuestra excelencia se refleja en la acreditación y categorización exitosa de diversas carreras luego de rigurosos exámenes de calidad por el máximo órgano de evaluación nacional. Por ejemplo, nuestro centenario Doctorado en De-

recho y Ciencias Sociales ha alcanzado la máxima categorización, al que se suma la propuesta del Programa de Posdoctorados con el curso inaugural “El bien jurídico protegido en el ámbito del derecho público y privado”, que ha llenado un vacío necesario. Aquí, en este Programa, los doctores en Derecho y Ciencias Sociales encuentran un espacio de consolidación intelectual a través del intercambio de conocimientos científicos, enriqueciendo no solo a nuestros graduados, sino también a aquellos provenientes de diferentes universidades nacionales y extranjeras.

Nuestro lema sigue siendo un “posgrado de puertas abiertas” al diálogo, a las propuestas y a las demandas de los egresados. Nos involucramos con la comunidad profesional para escuchar y hacer realidad sus expectativas.

Nuestro objetivo es claro: la excelencia académica con un profundo sentido inclusivo y social en cada actividad que realizamos. Estamos conectados con la realidad social, y comprometidos en ofrecer una formación de calidad que promueva la inclusión, la solidaridad y la excelencia.

En cuanto a la propuesta académica para el año 2024, la Secretaría de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba continúa ofreciendo y ampliando una serie interesante y variada de actividades académicas dirigidas a profesionales con título de grado que buscan especializarse, actualizarse y compartir conocimientos en temas relevantes para el derecho sea propio del país o internacional. Nuestros programas incluyen carreras, diplomaturas, cursos, seminarios, talleres, paneles y jornadas que cuentan con la participación de destacados profesionales, investigadores y especialistas de renombre nacional e internacional.

### *Actividad académica*

Forman parte de la agenda académica 2024:

#### a) Carreras de posgrado

##### *Doctorado*

- Carrera de Doctorado en Derecho y Ciencias Sociales. Categorizada A por Res. CONEAU 684/2020: esta carrera hunde sus raíces allá en el Siglo XVIII cuando por disposición del virrey Nicolás Antonio de Arredondo se incorporan estudios de derecho a la universidad, naciendo así la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, según registros de la Universidad, en el año 1791.

Director: Prof. Dr. Edgardo García Chiple.

Coordinadora Académica: Prof. Dra. Esther Susana Borgarello

- Carrera de Doctorado en Ciencia Política (Cogestionada entre esta Facultad y el Centro de Estudios Avanzados – Facultad de Ciencias Sociales-).

Directora: Prof. Dra. María Teresa Piñero.

### *Maestrías*

- Carrera de Maestría en Derecho Administrativo  
Directores: Profs. Dres. Domingo J. Sesín y Jose L. Palazzo.
- Carrera de Maestría en Derecho y Argumentación  
Directores: Profs. Dres. Hugo Seleme.
- Carrera de Maestría en Derecho Civil Patrimonial  
Directores: Profs. Dres. Juan Carlos Palmero y Juan Manuel Aparicio.
- Carrera de Maestría en Derecho Constitucional  
Directores: Profs. Dres. Guillermo Barrera Buteler y Antonio María Hernández.
- Carrera de Maestría en Derecho de Vejez, destacamos que es la primera en su género dictada en Latinoamérica  
Directores: Profs. Dres. María Isolina Dabove y Ramón Daniel Pizarro.
- Carrera de Maestría en Sociología (Cogestionada entre esta Facultad y el Centro de Estudios Avanzados – Facultad de Ciencias Sociales-)  
Directora: Dra. María Alejandra Ciuffolini.

### *Especializaciones*

- Carrera de Especialización en Derecho de Familia  
Directoras: Profs. Dras. Amalia Uriondo de Martinoli y Elena García Cima de Esteve.
- Carrera Interinstitucional de Especialización en Derecho Laboral. (UNC – UCC – UNL)  
Directores: Profs. Dres: Albor Cantard, María Estela Piña y María del Carmen Piña.
- Carrera Interinstitucional de Especialización en Derecho Penal (UNC – UNL)  
Directores: Prof. Dres. José Milton Peralta, Enrique Buteler y Ricardo Alvarez.
- Carrera de Especialización en Derecho de los Negocios  
Directora: Prof. Consulta Ab. Cristina Mercado de Sala.
- Carrera de Especialización en Derecho Procesal  
Director: Prof. Dr. Manuel González Castro.
- Carrera de Especialización en Derecho Tributario  
Director: Prof. Ab. Héctor Villegas Ninci.



Subdirector Prof. Dr. Maximiliano Rajman.

b) Otras actividades académicas

- Diplomatura Universitaria en Diplomacia Contemporánea  
Coordinadora: Prof. Dra. Graciela Salas.
- Diplomatura Universitaria en Derecho Municipal  
Coordinadores: Prof. Dr. Guillermo Barrera Buteler y Prof. Dra. Norma Bonifacino.
- Diplomatura Universitaria en Derechos de la Niñez y la Adolescencia. Abogada/o de NNyA  
Coordinadores: Prof. Dra. Olga Orlandi, Prof. Ab. Fabián Faraoni.  
Coordinadora Ejecutiva: Med. Amalia López (Defensora de NNyA de la Pcia. de Córdoba).
- Diplomatura Universitaria en Derecho de la Seguridad Social y del Trabajo  
Coordinadora: Prof. Dra. Rosa Elena Bosio.
- Diplomatura Universitaria en Género, Derecho y Violencias  
Coordinadora: Prof. Dra. Mariana N. Sánchez.
- Diplomatura Universitaria en Derecho a la Privacidad y Protección de Datos Personales  
Coordinador: Prof. Dr. Juan Fernando Brügge.
- Diplomatura Universitaria en Trata de Personas  
Coordinador: Prof. Dr. Ricardo del Barco.
- Curso Cibercrimen Bootcamp (UNC-UBA)  
Director: Prof. Dr. Marcos Salt.

También podemos citar entre otros *cursos y seminarios* a:

- Seminario “Temas Notariales 2023”.
- Seminario de Metodología de la Investigación Jurídica y Social
- Cursos de Lecto Comprensión de Textos Jurídicos en Idioma Extranjero: Inglés, Portugués, Italiano, Latín y Francés.

c) Programa de Posdoctorados

El Programa de Posdoctorados tiene como meta dar una respuesta a los Doctores en Derecho y Ciencias Sociales que buscan la consolidación de estándares intelectuales de excelencia en áreas específicas. Para ello se traza este programa con cursos de posdoctorados específicos, fomentando las actividades académicas y en especial buscando el intercambio de saberes científicos en el contexto interdisciplinario, la investigación innovadora y una consolidación de la actividad científica exclusiva y rigurosa. Se trata de un programa de eminente valor académico y científico dirigido -como *supra* se ha expresado- a doctores egresados de universidades nacionales y extranjeras de reconocido prestigio.

### *Convenios de Cooperación Científico-Académica*

Para fortalecer la calidad académica desde esta Secretaría se han formalizado distintos convenios de cooperación científico - académico, entre los cuales destacamos:

- Convenios de Doble Titulación Doctoral con las Universidades de Bologna (Italia) y Múnich (Alemania).
- Convenios Nacionales con los distintos Poderes del Estado Nacional, Provincial y Municipal: así con 1) Ministerio Público Fiscal de la Nación, 2) Ministerio Público de Defensa, 3) Municipalidad de Córdoba, 4) Municipalidad de Río Cuarto, 5) Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, 6) Academia Nacional de Derecho, 7) Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional, 8) Asesoría Letrada de la Municipalidad de Córdoba, 9) Fiscalía de Estado, 10) Instituto Sudamericano de Pesquisas (ISPED), 11) Centro de Promoción del Adulto Mayor (CEPRAM), 12) Centro Paraguayo de Estudios de Posgrado (CEPEP), 13) Colegio de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe, 14) Regional Cuarta Capital del Colegio Profesional de Kinesiólogos y Fisioterapeutas de la Provincia de Córdoba, 15) Escuela de Abogados de Catamarca, 16) Sociedad Argentina de Gerontología y Geriatría, 17) Universidad de Navarra, 18) Caja de Jubilaciones, 19) Consejo Federal de Notariado Argentino, 20) Centro de Perfeccionamiento Ricardo C. Núñez, 21) Bolsa de Comercio de Córdoba 22) Polo de la Mujer, 23) Instituto para el Desarrollo de Políticas Estratégicas - Diseñando Ciudad, 24) Asesoría Letrada de la Municipalidad de Córdoba, 25) Escuela de Abogados del Estado, 26) Asociación Argentina de Derecho Procesal, 27) Cámara Federal (superintendencia de la cuarta circunscripción judicial), 28) Colegio de Abogados de Córdoba, 29) Colegio de Abogados de Villa Dolores, 30) Defensoría de los Derechos de NNyA de Córdoba, 31) Colegio de Abogados de Río Cuarto, 32) Asesoría Letrada de la Municipalidad de Río Cuarto, 33) Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Provincia de Córdoba, 34) Colegio de Abogados del Departamento de Marcos Juárez, 35) Organismo de Control Disciplinario de las Fuerzas de Seguridad de la

Provincia de Córdoba, 36) Universidad de las Américas, 37) Universidad Federico Henríquez y Carvajal, 38) Unión de Empleados de la Justicia de la Nación, 38) Federación de Colegios de Abogados de la Provincia de Córdoba, 39) Colegio de Abogados de Villa María, 40) Colegio de Abogados de Río Tercero, 41) Colegio de Abogados de Manabí (Ecuador), 42) Universidad Autónoma Latinoamericana (UNAULA), 43) Secretaría de Gestión Ambiental de la Municipalidad de Córdoba, 44) Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP). 45) Ministerio de Gobierno de la Pcia. de Córdoba. 46) Fundación Simiente. 47) Federación Interamericana de Abogados.

La Secretaría de Posgrado en el año 2024 continúa siendo un pilar fundamental en la excelencia académica de nuestra institución. Día a día, el equipo de la Secretaría trabaja arduamente, dedicando esfuerzo continuo para cumplir con diversas tareas como la acreditación de carreras, la entrega de informes, la negociación de convenios, la organización de defensas de trabajos finales o tesis, y la admisión de nuevos estudiantes al Doctorado, entre muchas otras responsabilidades.

Este incansable trabajo se traduce en resultados tangibles de excelencia, reflejados en el creciente número de profesionales que ingresan a nuestras ofertas de posgrado y en la cantidad cada vez mayor de egresados con títulos de especialización, maestría, doctorado e incluso posdoctorado en Derecho. El aumento constante de ingresantes y egresados es testimonio del compromiso y la dedicación del personal de Posgrado, que se esfuerza por ofrecer una formación relevante y de calidad a aquellos profesionales que buscan destacarse en sus campos, ya sea en actividades académicas, laborales, de investigación o docencia.

La Secretaría de Posgrado se adapta a las necesidades actuales, ofreciendo actividades en modalidades presenciales, remotas, híbridas y a distancia, lo que demuestra la voluntad de ser un “Posgrado de puertas abiertas” para todos los interesados en una formación de posgrado significativa. Además, traspasamos fronteras con programas de posgrado que tienen presencia internacional, ampliando el impacto y contribución al conocimiento en el ámbito del derecho a nivel global.

Esta facultad, con una historia que se remonta al siglo XVIII, sigue marcando horizontes y expandiendo el conocimiento con los altos estándares de calidad que nos legaron aquellos maestros que allanaron el camino y que hoy son recordados con honor. La Secretaría de Posgrado sigue ese legado, manteniendo la excelencia y el compromiso con la formación de profesionales destacados y con una visión internacional y multidisciplinaria en el campo del derecho.

Para informes e inscripciones, comunicarse a los teléfonos 0351 - 4332064 / 4332135 / 4332069 / e-mail: [cgradua@derecho.unc.edu.ar](mailto:cgradua@derecho.unc.edu.ar), Más info: [www.derecho.unc.edu.ar](http://www.derecho.unc.edu.ar)

## Actividades en investigación

### Ciencia y Técnica

La Secretaría de Ciencia y Técnica, vinculada a la actividad científica de investigación de la Facultad, informa las actividades realizadas:

#### *Proyectos de investigación*

De mayo a julio de 2023, se abrió una nueva convocatoria para los Proyectos y Programas de investigación Secyt 2023. Se presentaron un total de 43 proyectos: 17 Consolidar, 2 Estimular y 24 Formar. Los mismos se suman a los 2 proyectos línea Consolidar, que fueron aprobados en la convocatoria 2020 y aún vigentes. Los 43 proyectos presentados en la convocatoria 2023, han sido aprobados durante el segundo semestre y se encuentran en etapa de ejecución.

Por medio de la Resolución del Honorable Consejo Superior RHCS-2018-250-E-UNC-REC, se otorgó el pago de una cuota extra del año 2023 a los Proyectos de Investigación, Desarrollo Tecnológico y Artístico de SeCyT UNC, correspondientes a las convocatorias Consolidar 2018, Formar 2020 y Estimular 2020. Para el año 2023, se estableció un aumento presupuestario para el rubro subsidios de un 50% más que el 2022. En esta cuota se abonó el monto proporcional a los primeros ocho meses del año 2023 y su correspondiente inflación. Durante el segundo semestre de 2023, entre el 31 de agosto y el 6 de octubre, se concluyó con el proceso de rendición contable de este desembolso,

#### *Apoyos económicos*

Los apoyos económicos tienen como propósito colaborar en la organización de Jornadas, Congresos, Workshop y con los museos de la Universidad Nacional de Córdoba, co-financiar publicaciones periódicas producidas en las Facultades, Escuelas, Institutos y Centros de Investigación de la Casa de Trejo, colaborar con las suscripciones a revistas internacionales científico-académicas y la asistencia o presentación de trabajos en eventos científicos (Jornadas, Congresos y Workshop) fuera del país.

Durante la segunda convocatoria del año 2023 (septiembre-octubre) se recibió 1 solicitud de apoyo económico para publicaciones y 1 solicitud de apoyo económico para viajes al exterior.

#### *Categorizaciones docentes*

Durante el primer semestre de 2023, se produjo el lanzamiento del Programa para la Investigación Universitaria Argentina (PRINUAR) que por Resolución N° 2023-472-APN-ME del Ministerio de Educación dejó sin efecto el Sistema Nacional de Docentes Investigadores Universitarios (SiDIUN - Res. N° 1216/2019).

El PRINUAR tendrá como objetivo fundamental categorizar como investigadoras/es a todas/os las/os docentes que deseen participar en el Programa, a través de la evaluación de su producción científica-académica.

La nueva convocatoria 2023 para categorización docente como investigador, tuvo apertura el 10 de abril y finalizó en el mes de junio, a partir del segundo semestre del año 2023 el proceso se encuentra en etapa de evaluación.

#### *Área de evaluación y desarrollo institucional*

Se participó de las numerosas reuniones, organizadas por el Equipo de Evaluación Externa de la Secretaría de Ciencia y Tecnología, con los pares evaluadores con motivo de la Evaluación Externa de la función I+D de la UNC.

#### *Consejo Asesor de la Secretaría De Ciencia y Tecnología de la UNC*

Se participó durante el segundo semestre del año 2023, en las reuniones del Consejo Asesor de la SECyT-UNC tanto en las instancias ordinarias (primer miércoles de cada mes) como en las extraordinarias, en las que se definen todas las políticas relacionadas a la investigación, desarrollo tecnológico y artístico en la UNC. Así mismo se participa en el Comité de Ética de la SECyT- UNC.

#### *Consejo Asesor de la Secretaría de Innovación y Vinculación Tecnológica*

Durante el segundo semestre del año 2023, se participó en las reuniones planificadas por el Consejo Asesor de la Secretaría de Innovación y Vinculación Tecnológica de la UNC.

#### *Programa Jóvenes en Ciencia*

Esta nueva línea de subsidios es una iniciativa del Ministerio de Ciencia y Tecnología de la provincia de Córdoba y la Universidad Nacional de Córdoba. Apunta a motivar, impulsar y fortalecer la creación y consolidación de equipos de investigación liderados por jóvenes docentes investigadores de hasta 35 años, con el apoyo de tutores. Conforme Resolución Ministerial N°18/2022 se adjudicó un subsidio para el proyecto titulado “Derecho e extranjería, inclusión y equidad: protección de las mujeres migrantes y refugiadas en Argentina en concordancia con las exigencias de la Agenda 2030” de la Facultad de Derecho, que se encuentra en plena etapa de ejecución.

*Becas Iniciación de Maestría, Maestría, Doctorado, Finalización de Doctorado y Posdoctorado*

La Secretaría de Ciencia y Tecnología dio apertura el lunes 11 de septiembre de 2023, a su llamado anual para becas de iniciación de Maestría, Maestría, Doctorado, finalización de Doctorado y Posdoctorado.

La convocatoria se mantuvo abierta hasta el 11 de octubre y la fecha de inicio de la beca está planificada para abril del 2024. Se recibieron 4 postulaciones para la beca de Doctorado y 1 para finalización de Doctorado. Estas postulaciones se encuentran en etapa de evaluación.

*Proyectos Observatorio Social y Cultural para el Desarrollo Sostenible*

El Observatorio Social y Cultural para el Desarrollo Sostenible (OSCDs) es un espacio institucional dependiente de la Secretaría de Ciencia y Tecnología de la Universidad Nacional de Córdoba. Su objetivo es promover y coordinar actividades de investigación, innovación y vinculación que contribuyan con el desarrollo social y cultural sostenible a nivel local y regional. Durante el segundo semestre de 2023, se lanzó la primera convocatoria a proyectos de investigación, innovación y vinculación que contribuyan con el desarrollo social y cultural sostenible a nivel local y regional. En este marco, se ha presentado y ha resultado admitido el proyecto titulado "Diagnóstico sobre el empleo público de personas con discapacidad, en dependencias de jurisdicción nacional, en la ciudad de Córdoba (2023 - 2024)", a cargo de la Prof. Carla Saad, en carácter de Titular y la Dra. María Alejandra Sticca, como Co-Titular.

Para informes e inscripciones: Caseros 301, planta baja, de lunes a jueves de 10:00 a 15:00hs y viernes de 10:00 a 14:00hs, o por teléfono: 0351-4332011, o por correo electrónico: scytec@derecho.unc.edu.ar. Más info: [www.derecho.unc.edu.ar](http://www.derecho.unc.edu.ar), Facebook en la página Secyt Derecho UNC.

### **Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales**

El Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales (CIJS) organiza distintas actividades de formación y desarrollo en investigación, entre las que se enumeran:

*Actividades de formación y debate (cursos, seminarios, jornadas y conferencias) realizadas de manera presencial y/o virtual*

- Conferencia "Interrogantes de la práctica profesional en materia de restricción a la capacidad o incapacidad". Directora: Prof. Carla Saad.
- "Feminismos y punitivismo. Seminario de lectura y discusión". Directoras: Dra. Anna E. Richter y Dra. Natalia Monasterolo.

- "Seminario de Profundización y Capacitación "Acceso a la justicia. Vulnerabilidad. Protocolos de actuación". Director: Dr. Emilio Albarenga.
- "Circuito vivencial". Directora: Prof. Carla Saad.
- "Conversatorio: Políticas públicas ambientales locales en diálogo internacional". Directora: Dra. Marta Juliá.
- Conferencia "Delitos de peligro abstracto y bienes jurídicos colectivos". Director: Dr. Milton José Peralta.
- "Jornadas de Investigación ambiental para la acción climática". Directora: Dra. Marta Juliá.

#### *Actividades institucionales realizadas de manera presencial y/o virtual*

- "Vigésimo cuarta Jornada sobre Experiencias en Investigación". Funcionaron tres comisiones: de Derecho Público, Derecho Privado y Estudios Básicos. Participaron más de 70 docentes, investigadores y alumnos.

#### *Asignaturas optativas*

- "Tutorías de Investigación". Prof. Responsable: Dra. María Alejandra Sticca. Coordinadora: Prof. Esp. Patricia Alderete.
- Materia opcional "Aspectos de los derechos de las personas con discapacidad. Perspectiva del empleo". Prof. Responsable: Dra. María Alejandra Sticca y Prof. Carla Saad.

#### *Programas y Proyectos*

El CIJS cuenta con 8 Programas radicados, a saber:

- "Programa de estudio sobre Cultura Jurídica Contemporánea".  
Directoras: Dra. Consuelo Parmigiani y Dra. María Eugenia Gómez del Río.
- "Programa de estudios comparados entre la civilización china e hispanoamericana: la peculiaridad taiwanesa".  
Director: Dr. José Ramón Pérez Portillo.
- "Programa de Investigación, Estudio y Extensión en Discapacidad y Derechos" (PIEEDD).  
Directora: Profa. Carla Saad. Codirectora: Profa. Emma Mini.
- "Programa de Estudios e Investigación en Género y Derecho".

Directora: Dra. Mariana Sánchez.

- “Programa de estudios interdisciplinarios”.

Directores: Dr. Aldo Azar, Dra. Isabel Lucía Alem, Dra. Alicia Chirino.

- Programa “Constitucionalismo igualitario”.

Directores: Dr. Andrés Rossetti y Dr. Horacio Javier Etchichury.

- “Estrategias procesales para la solución efectiva de los conflictos jurídicos civiles y comerciales”.

Directora: Dra. María Cristina Di Pietro.

- “Programa de Derecho Internacional Público (ProDIP-CIJS)”.

Directora: Dra. María Alejandra Sticca, Codirector: Dr. Christian G. Sommer.

La lista se completa con 17 proyectos de investigación que poseen lugar de trabajo en este Centro de Investigaciones.

#### *Becas*

Las mismas constituyen uno de los principales objetivos del Programa del CIJS de estímulos de vocaciones científicas y tienen un vínculo fundamental con el dictado de la asignatura opcional “Tutorías de Investigación”.

- Becas de Pregrado: los informes de los alumnos ingresados al sistema de becas en el año 2022 se encuentra en proceso de evaluación; los becarios pertenecientes a la convocatoria 2023 se encuentran en el estadio de confección de informe final. Asimismo, a fines del año 2023 se admitieron 6 becarios de pregrado correspondientes al período 2023-2024.

#### *Publicaciones*

- Anuario N° XXI. Edición 30<sup>a</sup> Aniversario.
- Anuario N° XXII en proceso de edición.

#### *Convenio específico de cooperación recíproca de investigación*

La Facultad de Derecho-U.N.C, a través de su Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales y el Centro de perfeccionamiento Ricardo Núñez comparten el interés por establecer relaciones de colaboración mutua, aunar esfuerzos y recursos disponibles para desarrollar, capacitar, promover la investigación, contribuyendo al conocimiento y difusión de investigaciones, estudios e innovaciones en la ciencia jurídica.



Estas razones han sido la base para fomentar el intercambio de: proyectos y programas de investigación de formación superior, desarrollo de prácticas y capacitación continua; asesorías técnicas que demanden información científica actualizada; documentos e informes sobre temas de relevancia para la comunidad; y la constitución de mesas de trabajo que estimulen el diálogo e interacción multiactoral a través de la firma de un convenio específico que se celebró el día 6 de septiembre de 2023, representada en ese acto por el Sr. Decano, Dr. Guillermo Eduardo Barrera Buteler en representación de la Facultad de Derecho y el Dr. Armando Segundo Andruet (h) en representación del Centro de Perfeccionamiento Ricardo Núñez en su carácter de Director.

Responsables institucionales:

Por el Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales

.Dra. María Alejandra Sticca (Directora)

-Dra. María Cristina Di Pietro (Vicedirectora)

Por el Centro de Perfeccionamiento Ricardo Núñez

-Dra. Marcela Susana María Lucchese.

El referido Convenio tendrá una duración de dos años.

#### *Programa de modernización tecnológica*

Profesoras responsables: María Alejandra Sticca (Titular) y Carla Saad (Cotitular).

En el presente año concluimos la ejecución de los fondos obtenidos de la Se-CyT-UNC a través de su Programa de Modernización Tecnológica. Las tareas iniciaron en abril y supusieron la instalación de una Cámara Web Logitech MeetUp, Micrófono Primus Gaming Mic Ethos 300p, y una computadora de escritorio con Monitor 19" Phillips 193V5LHSB2/55 HD 60HZ nuevo para convertir la Sala Ezio Masoni en un lugar de reuniones mediado por la tecnología, con la posibilidad de celebrar encuentros de participación híbrida. El esfuerzo, mancomunado entre la Dirección del Centro y los profesores que brindaron sus avales para la presentación, contó con la participación del Ing. MAG. Juan Carlos Moreno y el Técnico en informática Ernesto Canio, quienes asesoraron y pusieron a punto el espacio. Del proyecto participó también el IDEJUS, quien a través de las gestiones de su Director financió el cableado necesario para la instalación.

Se adquirió también una Notebook Asus x515EA I5, una Placa Gráfica VGA 2GB GT 730 Asus DDR5 y 4 unidades de disco sólido SSD WD Sata Green 240 gb.

*Relaciones internacionales - Estancia de investigadores extranjeros*

Durante el corriente año el CIJS recibió a docentes investigadores, proporcionándoles lugar de trabajo y respaldo administrativo. Se colaboró conjuntamente en la gestión de Conferencias para el intercambio académico:

- Dr. Carranza Galaico Gonzalo Gabriel (España)
- Dra. María Teresa Ponte Iglesias (España)
- Isabella Ramalho de Souza (Brasil)
- Dr. Jaime Rodríguez Alba (México)
- Lic. Ramírez Ávalos Julio Cesar (México)

*Extensión*

La Facultad de Derecho, a través de la Secretaría de Extensión y Relaciones Internacionales, convocó a sus estudiantes a participar como extensionistas, que fueron incorporados a diferentes áreas como ayudantes de investigación con el objetivo de fortalecer y promover la participación de los alumnos en las actividades de extensión.

Con más de 15 solicitudes para ocupar dos pasantías, y luego de una selección de antecedentes académicos, fueron seleccionadas las alumnas Consuelo Funes y Lucía Fuentes Soria, quienes desarrollaron tareas de soporte administrativo, gestión y apoyo de actividades académicas, participación en la presentación de proyectos de investigación y exposiciones en la Jornada sobre Experiencias en Investigación.

*Accesibilidad al CIJS*

Decididos a llegar a todo aquel que pretenda acceder a la educación superior, el CIJS, conjuntamente con Planeamiento Físico de la Facultad dotó al edificio de una rampa de acceso por la entrada alternativa al edificio. La obra, que está siendo llevada a cabo por el equipo de mantenimiento de nuestra Casa, consistió en la eliminación de uno de los escalones de ingreso y el reemplazo por una subida de material. El acceso conduce directamente al Laboratorio de Procesamiento Informático, permitiendo acondicionar seminarios en planta baja. El lugar puede ser utilizado también como sala de Conferencias híbrida.

*Avales*

- Red Latinoamericana de Estudios Sociales Críticos – RELATESC. Solicitado por la Dra. Adriana Vercellone.

Para informes e inscripciones comunicarse a los teléfonos 0351- 4332059, Caseros 301, Córdoba. Horario de atención: 10:00 a 18:00 hs. Email: [cinvestderecho@gmail.com](mailto:cinvestderecho@gmail.com). **Más info:** [www.derecho.unc.edu.ar](http://www.derecho.unc.edu.ar), Facebook.

## Actividades de extensión y relaciones internacionales

La Secretaría de Extensión y Relaciones Internacionales informa la realización de las siguientes actividades:

### Área Extensión

#### *Cursos y Seminarios*

- Conferencia “De la Litigación a la Participación en Cambio Climático”, 19/9/2023, a cargo de la Dra. Andrea Lucas, a través de la plataforma zoom, organizada por la Secretaría de manera conjunta con la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, el Instituto de Derecho Ambiental y el Instituto de Derecho Internacional Público.
- “Caso Lucio: Testimonio de su abuelo. Relato en primera persona de Ramón Dupuy”, 23/9/2023, organizada en forma conjunta por esta Secretaría y la Cátedra A de la asignatura Derecho Privado VI a cargo de la Prof. Dra. Alicia García de Solavagione y se desarrollará en el marco de la temática “Maltrato Infantil”, con expositores especializados en medicina forense pertenecientes al Poder Judicial y analistas legislativos, en particular sobre la reciente promulgación de la Ley Nacional 27709, conocida como “Ley Lucio”.
- Ciclo Migraciones desde y hacia Argentina: Motivos, Integración y Estrategias de Contención, 12, 19 Y 26 de septiembre, 3 y 10 de octubre, 18 hs. Modalidad virtual. Coordinación: Prof. Dr. Jorge Edmundo Barbará y Prof. Dra. Marta Díaz de Landa.
- Conferencia: De la litigación a la participación en cambio climático, 19/9/2023. Disertante: Dra. Andrea Lucas Garín. Modalidad virtual.
- Jornada: Derecho del consumidor a 30 años de vigencia de la Ley 24240, 7/9/2023.

#### *Modalidad presencial*

- Primeras Jornadas de Extensión en Derecho. Organizadas por nuestra secretaria y la participación de la SEU, se llevaron a cabo los días 28 y 30/8/2023. La primera jornada de apertura se desarrolló en el Salón Vélez Sarsfield, en tanto que el segundo encuentro y cierre de las Jornadas se llevó a cabo en el Anfiteatro 22 de agosto con un buen número de asistentes.

- Ciclo de charlas sobre “Actualización en temas previsionales” a cargo de la Dra. Claudia Fernanda Pons, los días 17,24 y 31/8; 7, 14, 21 y 28/9 5/10/2023 con modalidad virtual.
- Conferencia sobre el Proyecto de Convención de Cooperación Internacional para la Investigación y el Enjuiciamiento del Crimen de Genocidio, los Crímenes de lesa Humanidad y los Crímenes de Guerra, 27/6/2023, a cargo de la Dra. Lilian del Castillo de Laborde, a través de la plataforma zoom. La organización a cargo de esta Secretaría de manera conjunta con la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, el Instituto de Derecho Ambiental y el Instituto de Derecho Internacional Público.
- Jornada Inteligencia Artificial y Derecho. Introducción a la Inteligencia Artificial: ventajas y desafíos en el mundo legal, 14/6/2023, disertantes: Ab. Mónica Fernández Campero y María Inés Minolfi, modalidad virtual.
- Curso de asistente jurídico, del 11/4 al 5/9/2023, modalidad mixta (clases presenciales y virtuales a través de Meet).

#### *Proyectos de Extensión*

- “La Violencia familiar y de género desde la perspectiva de los Derechos Humanos”. Directora: Dra. Olga Orlandi.
- “La dimensión digital de la Ciudadanía, retos y nuevos abordajes desde el derecho y el género”. Directora: Alejandra María Perez Scalzi.
- “Experiencias de extensión: reflexiones jurídicas frente a privaciones de derechos”. Directora: Silvana Begala CECOPAL (Centro de Comunicación Popular y Asesoramiento Legal).
- “Derechos de los Adultos Mayores”, en el marco del Proyecto “Derecho/s para todos. Alfabetización jurídica para poblaciones vulnerables”. Directora: Silvana Begala, CECOPAL (Centro de Comunicación Popular y Asesoramiento Legal).

#### *Proyectos de extensión - Becas SEU*

Además de los proyectos de extensión radicados en esta Facultad se postularon varios proyectos a cargo de Profesores de esta Casa de Estudios al programa de Becas a Proyectos de Extensión en la convocatoria realizada por la Secretaría de Extensión de la UNC. Todos los proyectos han recibido las mejores calificaciones y aprobados para recibir el correspondiente subsidio:

- Ciudadanía migrante: la participación a través del voto

Directora: Silvana Begala. Alumnas: Lizeth Salvatierra Alvarez y Marina Liz Beltrán.

- Alfabetización jurídica y acompañamiento para ejercer derechos ambientales desde la abogacía comunitaria

Directoras: Silvana Begala y María Eugenia Villalba, a desarrollarse en el ciclo académico 2023.

- Fortalecimiento de la Extensión en la Facultad de Derecho, para cuya ejecución se ha recibido el financiamiento proveniente desde la SPU e implementado por Res 60/2021 lo cual nos permitió acompañar a docentes y estudiantes de nuestra Facultad a través de becas asignadas principalmente a los estudiantes y la adquisición de material informático que se encuentra a disposición de los profesores que dirigen los proyectos. Dicho proyecto tendrá su continuidad en el año 2023 ya que por resolución 162/2022 la Secretaría de Políticas Universitarias (SPU) ha asignado un presupuesto que nos permitirá realizar una convocatoria entre nuestros profesores a los fines de presentar proyectos de extensión por los que recibirán una ayuda económica para su ejecución. En este sentido la Facultad ha organizado cursos dirigidos a los docentes de la Casa a los fines de capacitarlos en relación a las etapas y procesos necesarios para la correcta formulación de un proyecto de extensión.
- Aval de la Secretaría de Extensión de nuestra Facultad solicitado por la Prof. Gastiazoro, María Eugenia, para el proyecto de extensión presentado en la convocatoria de subsidios SEU 2023 del cual participo en calidad de codirectora. Título del proyecto: "Como el Caracol: mujeres sosteniendo territorio". Participan del mismo la Facultad de Derecho y la Facultad de Ciencias Sociales de la UNC.
- Convocatoria para el otorgamiento de becas a estudiantes extensionistas de la Facultad de Derecho. Como parte de las acciones de fortalecimiento de las actividades de estudiantes en Programas y Proyectos de Extensión, la Facultad de Derecho de la UNC, a través de la Secretaría de Extensión, pone a disposición 10 becas de \$ 20.000 (pesos veinte mil) cada una, las que se abonaron en un pago único. El pago de las becas se realizó a través de la Secretaría de Extensión Universitaria de la UNC. La evaluación de las postulaciones se efectuó por un comité de profesores con trayectoria extensionista.
- Ciclo de Formación Básica de Mediadores 2023, "Mediación. Desde la práctica a los principios, desde los principios a la práctica", organizada por la Secretaría de Graduados y el Laboratorio de Resolución Pacífica de Conflictos.

### *Curricularización de la extensión*

Uno de los desafíos a los que la Facultad se encuentra abocada es la Curricularización de la extensión. La incorporación de actividades de vinculación con la comunidad en el ámbito del dictado de las asignaturas de grado, exige un esfuerzo de compromiso y creatividad por parte de los docentes pero que, entendemos, se traduce en experiencias enriquecedoras para los estudiantes. Es así que la Secretaría de Extensión Universitaria abrió la primera convocatoria a Proyectos de Curricularización de la Extensión por la cual se otorga un financiamiento a las mejores propuestas presentadas. El proyecto presentado por esta Facultad “Abogacía con orientación social” a cargo de la Prof. Silvana Begala ha sido seleccionado entre los mejores puntuados para recibir este subsidio.

- En el marco del Programa de Fortalecimiento de la Extensión se presentó el proyecto de curricularización de la Extensión, “Creando puentes: los métodos de resolución de conflictos y la construcción de ciudadanía en el nivel secundario”, en la materia Teoría del Conflicto y de la decisión. Métodos de resolución de conflictos - Cátedra Única- a cargo de la Prof. Carla Saad y el Prof. Leonardo Colazo, los alumnos visitaron el Colegio San José de esta Ciudad de Córdoba, con el objeto de realizar actividades extensionistas en territorio. La visita tuvo lugar los días 23 y 30 de mayo de 2023.
- En continuidad con el espacio de curricularización de la extensión, se llevó a cabo la actividad de extensión: Abogacía con orientación social. Asesoramiento y capacitación a sectores populares (personas mayores) Barrio 23 de abril- Lote 1 Manzana 71 – La actividad se realizó el día 16 de mayo de 2023. A cargo de la Prof. Mgter. Silvana Begala.
- Participación en la Comisión de Curricularización que tuvo a su cargo el armado y redacción de la Segunda Convocatoria a propuestas de Curricularización de la Extensión de la Secretaría de Extensión Universitaria: Prof. Emma Mini

### *Participación en procesos de evaluación*

- Participación en la evaluación de pertinencia del Programa de Subsidios a Proyectos de Extensión -2023, que se llevara a cabo los días jueves 27 y viernes 28 de abril con la representación de la Prof. Emma Mini.
- Participación en la evaluación de “Proyectos para evaluación PSPE - 2023”, que se llevara a cabo los días martes 30 y miércoles 31 de mayo, con la representación de la Prof. Carla Saad.

*Área de Relaciones Internacionales**Alumnos internacionales recibidos*

- Arriagada Urtubia, Sofía Isidora-Universidad O'Higgins.
- Martínez Corrales, Aarón-Universidad Complutense de Madrid.
- López López, Cesar Yoltzín-Universidad de Guadalajara.

*Programas de movilidad vigentes en el año*

- Programa de Cooperación Bilateral para el intercambio de estudiantes de grado PIEG
- Programa de movilidad para estudiantes de grado UNC AL MUNDO 2022/2023
- Programa de Jóvenes Líderes Iberoamericanos "Fundación Carolina"
- Programa de Intercambio Académico Latinoamericano de Grado - PILA -
- Programa Escala Estudiantil - AUGM -
- Programas de Movilidad para Estudiantes de Pos Grado AUGM.
- Programa de Movilidad docentes AUGM
- Programa de Movilidad gestores AUGM
- Programa de Intercambio para alumnos de grado ESCALA
- Programa de Intercambio para alumnos de grado PAME
- Programa BOTIN

*Actividades programadas*

- Conferencia: "Locaciones inmobiliarias ¿Fin de la improvisación?"
- Jornada "Chat GPT aplicado a la práctica jurídica. Retos y oportunidades"

Asimismo se realizaron las convocatorias a presentación de Ayudantes Alumnos Extensionistas, Proyectos de Curricularización de la Extensión y Proyectos de Extensión.

Para informes e inscripciones comunicarse al teléfono (0351) 4331099, Independencia 258 1° Piso, Córdoba. Horario de atención: 10 a 14 horas. Más info: email: extyri@derecho.unc.edu.ar.\_

## Actividades para graduados

La Secretaría de Graduados tiene como finalidad brindar a los graduados formación e información permanente y necesaria para su capacitación y desarrollo en la vida profesional.

Consecuentemente con los objetivos de la función de esta secretaría, se pretende desarrollar capacidades en la interpretación y comprensión de conocimientos jurídicos y multidisciplinares, dar difusión a las opiniones de expertos, propiciar la articulación de conocimientos, transferencias operacionales y la familiarización con nuevos roles profesionales y científicos, destacando principalmente la capacitación en la práctica profesional del graduado, pero a la vez se busca también capacitar y expandir los conocimientos que imparte esta secretaría, al mundo de los estudiantes para que así se vayan formando y vayan adquiriendo habilidades extras para cuando se inserten en el ámbito de los profesionales.

Con ese fin, se receptaron distintas inquietudes de profesores de la Facultad y diversas instituciones que se cristalizaron en la organización de seminarios, cursos y jornadas que en este año se realizaron de manera híbrida (virtual y presencial).

Durante el año 2023 llevaron a cabo las siguientes actividades académicas:

- "Seminario: "Género y Derecho Penal en las discusiones de la parte general - temas actuales". La propuesta fue efectuada por la Prof. Dra. Aída Lucía Tarditti, para la realización de esta actividad, siendo la mencionada la directora académica. La coordinación estuvo a cargo de la Dra. Natalia Monasterolo y la coordinación general, a cargo de la Ab. Natalia Oliva. Estos encuentros estuvieron abiertos y destinados a todas las Cátedras de Derecho Penal y a graduadas y graduados de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba.
- Conferencia abierta: "La perspectiva de género en narcocriminalidad y delitos conexos- el ejercicio del derecho de defensa, su juzgamiento y la ejecución de la pena". La misma tuvo como director al Dr. Gerard Gramática Bosch. Asimismo, fueron los coordinadores de la actividad académica, el Ab. Enrique Chumbita y el Ab. Matías Peralta Pamelin. La jornada tuvo como expositores al Dr. Pablo Damián Pupich y la Dra. María Dolores Morales de Cáceres. Dirigido a estudiantes, abogados, empleados Judiciales, empleados del Ministerio Público Fiscal y operadores jurídicos.
- "Prescripción tributaria- Análisis de los pronunciamientos recientes de la CSJN". La presente actividad fue coorganizada junto al Observatorio de Tributos Locales de la Universidad Siglo XXI. El curso propuesto tuvo la participación de los Abogados Especialistas Julio José Viñas, Profesor de grado de la Materia Derecho Tributario en la Facultad de Derecho de la



Universidad Católica de Córdoba y Juez de 1 Instancia y 1 Nominación en Ejecuciones Fiscales y Gabriel Ludueña, Profesor de grado de la Materia Derecho Tributario en la Facultad de Derecho de la Universidad Buenos Aires. Al finalizar se realizó la presentación del libro *Temas de derecho tributario provincial* a cargo de su Director Profesor Pablo Landín.

- Conferencia abierta: “Problemas de responsabilidad por imprudencia. Casos penales en el ámbito de la construcción”. Ésta propuesta, realizada por la Dra. María Cristina Barberá de Riso, conto en su dirección académica y la coordinación académica del Ab. Juan Pablo Rubio. La misma tuvo como disertante al Prof. Dr. Iur. Andreas Eicker -titular de Derecho Penal y Decano de la Universidad de Lucerna, Suiza. Conferencia dirigida a estudiantes, abogados, empleados judiciales, del Ministerio Público Fiscal y operadores jurídicos.
- Conferencia abierta: “Amparo de salud: aspectos procesales”. Dirección académica del Dr. Lorenzo Barone y la Coordinación de la Mgtr. Natalia Luna Jabase. Tuvo como Disertantes a los Ab. Victoria Cisneros; Ab. Esp. Patricia Sanchez Zeliz, Ab. Germán Pelaez, Ab. Victoria Sánchez,
- Conferencia abierta: “La legitimidad del delito de admisión y ofrecimiento de dádivas (Art. 259 C.P.)” Dirección Académica de los Dres. Anna Richter y Federico Arena, y la Coordinación Académica del Ab. Juan Pablo Rubio. La misma tuvo como Disertante al Dr. Bruno Rusca de la Universidad Austral de Chile. Dirigida a estudiantes, abogados, empleados judiciales, del Ministerio Público Fiscal y operadores jurídicos.
- “Jornadas sobre sistema protectorio contra la violencia de género. Vías procesales en la Provincia de Córdoba”. Dirección Académica de la Prof. Dra. Cristina González de la Vega, la Coordinación Académica de la Ab. Esp. Anahí Sandiano y la Cordinación Ejecutiva de la Ab. Esp. Carina Guevara y el Ab. Joaquín Meichtri. La misma tuvo como disertante a la Prof. Dra. María Eugenia Gastiazoro, a la Ab. Carolina Bernardo, al Prof. Ab. Esp. Daniel Arnaudo, a la Ab. Laura Echenique, a la Ab. Zulma Palmero, a la Ab. Esp. María Alejandra Mora, y al Prof. Dr. Gustavo Arocena. Conferencia dirigida a abogados litigantes y a empleados y profesionales de los equipos técnicos del Poder Judicial de Córdoba.
- “Jornada de profundización de Derecho Cambiario”. Dirección Académica Prof. Titular de Cátedra Dr. Guillermo Altamira, y Coordinación Académica del Prof. José E. Moreno. La misma tuvo como disertantes al Dr. Guillermo Altamira, a la Dra. Carlota Palazo, al Dr. Gastón Villada y al Dr. José E. Montero.
- “La oralidad, avances e incertidumbres”. Dirección académica del Dr. Emilio Albarenga. La misma tuvo como disertantes al Ab. Carlos Isidrio Bustos, a la Ab. Clara Cordeiro, a la Ab. Yessica Nadina Lincon, al Prof. Ab. Maximiliano

Hairabedian, a la Ab. Cecilia Pérez, a la Ab. Soledad Vieytes, a la Dra. Rosa Elena Bosio, a la Ab. Marcela Denise Antun, a la Ab. Soledad Gamond y al Ab. Hugo Gatani. Ésta actividad tuvo por finalidad generar un espacio de reflexión en el ámbito de la docencia de la materia, destinando fundamentalmente a los profesores y adscriptos de la Cátedra B de Teoría General, con invitación a otras Cátedras de la materia.

- “Encuentro Argentino Chileno de Profesores de Derecho Internacional Privado”. El encuentro fue propuesto por los profesores María Gloria Bottiglieri, Carlos E. Echegaray de Maussion y Adriana Zavatti. Se llevó adelante la recepción de los visitantes chilenos en el Decanato de la Facultad de Derecho y luego tuvieron una visita guiada en el Museo Histórico de la Universidad Nacional de Córdoba (Manzana Jesuítica). Las disertaciones estuvieron a cargo de los mencionados junto con los profesores chilenos: Ignacio García Porzio, María Ignacia Vial Unduriaga, Jaime Gallegos Zúñiga, Eduardo Picand y la profesora Carolina Harrington.
- “Justicia y Derechos Humanos. En el día internacional de las víctimas de desapariciones forzadas”. Dirección a cargo del Dr. Juan Pablo Tripputi, Secretario Regional General 9, de la Unión de Empleados de la Justicia de la Nación, siendo la Dra. Paula Montequin la coordinadora académica. Como disertantes contamos con las participaciones del Dr. Juan Pablo Tripputi, el Dr. Miguel Hugo Vaca Narvaja, el Dr. Carlos Gonella, el Dr. Facundo Trotta y el Dr. Jorge Perano. Estuvo dirigido a profesores, adscriptos, abogados litigantes, funcionarios y empleados del Poder Judicial, estudiantes y todas las personas interesadas en la temática.
- “I Jornada de Profundización de Derecho de Daños. Desafíos en la valoración y cuantificación del daño resarcible”. Ésta propuesta fue organizada por el Centro de Estudios de Derecho de Daños, institución dependiente del Departamento de Derecho Civil de la Facultad de Derecho UNC, contando con la Dirección Académica a cargo del Dr. Ramón Daniel Pizarro y del Dr. Fernando Márquez, bajo la Coordinación Académica de la Dra. María Florencia Ramos Martínez. Estuvo dirigida a profesores, adscriptos, abogados litigantes, funcionarios y empleados del Poder Judicial, estudiantes y todas las personas interesadas en la temática.
- “Conversatorio ética de los abogados”. Presentación del Libro del Dr. Hugo Seleme por el Vicepresidente de la CSJN, Dr. Carlos Rosenkrantz. La propuesta fue efectuada por el Prof. Dr. Hugo Omar Seleme, quien el presente año público su libro “La Ética de los Abogados” a través del Centro de Investigaciones Jurídicas de la UNAM de México. El mismo está destinado a servir de libro de texto para el dictado de la asignatura en el grado y a libro de consulta de los abogados en general.

- “Workshop: Podcast en la enseñanza”. La propuesta fue efectuada por las Profesoras Eliana Barberis, María Belén Santillán Arias y Elisa Zabala responsables del Equipo de Asesoramiento Pedagógico Comunicacional de la Facultad de Derecho. Dirigido a adscriptos de las diferentes cátedras y abierto al público.
- “Congreso Nacional de Derecho y Género”. Coorganizada junto con el Área de Políticas de Género- Facultad de Derecho, la Unidad Central de Políticas de Género- UNC (UNICEPG) y el Ministerio de la Mujer de la provincia de Córdoba. El comité académico está formado por la Dra. Marcela Aspell, Dra. María Marta Cáceres de Bollati, Mtra. Claudia Martínez, Dra. Mariana Sánchez, Dra. Aída Tarditti, Abog. Romina Sococozza y como coordinadores académicos contaremos con la participación de los abogados Estefanía C. Pereyra, María Pía Avellaneda, Gustavo Laprovitola y Santiago Saín. Como moderadores encontraremos a los Prof. Dr. Carlos Toselli, Prof. Dra. Mariana Sánchez, Prof. Dra. Aída Tarditti y Prof. Dr. Fabián Faraoni.
- “Seminario de formación básica de mediadores”. Organizado en forma conjunta con la Secretaría de Extensión y Relaciones Internacionales. Dirigido por la Dra. Elena García Cima de Esteve. Participaron como docentes a cargo: la prof. Ab. Noemí Tamashiro De Higa, el Prof. Mgter. Raúl Álvarez, el Prof. Leonardo Colazo y la Prof. Elena Cima De Esteve. Como colaboradores: Mgter. Ivanna Bressanin, Ab. Med. Josua Daniele, Ab. Med. Emiliano Minassian y la Med. Mabel Parracone. El equipo docente auxiliar estuvo formado por los docentes: Med. Ab. Ileana Veronica Oliva de Blaser, Med. Ab. Esp. Florencia Aimar, Med. Ab. Aymaré Jaime Martínez, Prof. Ab. Esp. José Luis Limonggi, Lic. Estela Kolker, Ab. Med. Cecilia Sainz. Invitados: Med. Ab. Matias Maccio (UNC Villa La Angostura RA), Med. Not. Daniela Alvarez (UNL), Med. Prof. Rosario Carmona Paredes (U de Alicante Es.), Med. Ab. Claudia Gabriela Marquez (UNC Defensoría del Pueblo Nación), Med. Juez de Paz Ileana Veronica Oliva (UNC Centro Judicial de Mediación).
- “Seminario acceso a la justicia. Vulnerabilidad. Protocolos de actuación”. Director académico, Prof. Dr. Emilio H. Albarenga y coordinadoras las Ab. Esp. Mg. María Cecilia Pérez y Ab. Esp. Silvana Naveda. Los disertantes fueron los Ab. Daniel Arnaudo, Ab. Carolina Arriola, Ab. Héctor González, Ab. Silvana Naveda, Ab. Mariana Likseberg, Ab. María Belén Mignon y Ab. María Cecilia Pérez. Destinado a docentes, adscriptos, abogados, alumnos, funcionarios y empleados del Poder Judicial de Córdoba y público en general.
- Conversatorio: “Violencia política y terrorismo de estado”. El Director Académico fue el Prof. Dr. Hugo Seleme y como coordinador académico estuvo el Prof. Alejandro Berrotarán. Los disertantes fueron el Prof. Dr. Hugo Seleme, Lyllan Luque y Eduardo Valdés.

- Conferencia: “Sanciones económicas de EE.UU a extranjeros por hechos de corrupción-¿un caso de jurisdicción internacional?” El Director Académico fue el Prof. Federico Macciocchi, y el Coordinador Académico fue el Ab. Juan Pablo Rubio, siendo el moderador el Ab. Esteban Yanguez Papagenadio y como disertante se presentó el Prof. Ab. Josi Miguel Fernández Zacur de Paraguay. Ésta actividad estuvo dirigida a profesores, adscriptos, abogados litigantes, funcionarios y empleados del Poder Judicial, estudiantes y todas las personas interesadas en la materia.
- Conversatorio: “¿Y si privatizamos la ciencia y la educación?” Las directoras académicas fueron las profesoras Adriana Vercellone y Agostina Copetti, el coordinador académico el Prof. Ab. Alejandro Derrotaran y la moderadora la profesora Lyllan Luque. Disertaron Maria Eugenia Gastiazoro y Hernan Bouvier. Estuvo dirigido a profesores, adscriptos, abogados litigantes, funcionarios y empleados del Poder Judicial, estudiantes y todas las personas interesadas en la temática.
- “Jornadas de capacitación para la implementación efectiva del Protocolo Estambul y Protocolo de Minnesota y Principios Méndez”. Las instituciones organizadoras del evento fueron: Comité Nacional para la Prevención de la Tortura (CNPT), la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas (OACNUDH), el Equipo Argentino de Antropología Forense (EAAF), el Ministerio Público Fiscal de la Provincia de Córdoba y la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Estuvo dirigido a profesionales del derecho que desempeñaban funciones dentro de los sistemas de justicia y en los mecanismos locales de prevención de la tortura, con el propósito de promover la implementación efectiva del Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (Protocolo de Estambul); Protocolo de Minnesota sobre la investigación de muertes potencialmente ilícitas y Principios sobre Entrevistas Efectivas para Investigación y Recopilación de Información (Principio Méndez).
- “Seminario legislación de los embriones humanos congelados- Experiencia española”. Director Académico fue el Prof. Fernando Hugo Abad y disertante junto a la Dra. Maria de las Mercedes Arrupe, médica especialista en ginecología y medicina legal, docente de la Segunda Cátedra de Ginecología de la Facultad de Ciencias Médicas de la UNC con sede en la Maternidad Nacional. Estuvo dirigido a profesores, adscriptos, abogados litigantes, funcionarios y empleados del Poder Judicial, estudiantes y todas las personas interesadas en la temática.
- “Reforma Ley de Alquileres: Dimensiones”. La directora académica fue la Ab. Laura Calderón y el Coordinador Académico el Ab. Santiago Sain junto a la Ab. Norma Inés Duran. Los disertantes fueron los Ab. Esp. Marcelo

Rodríguez Fernández y Ab. Mariano Briña. Estuvo dirigido a abogados, empleados judiciales y operadores jurídicos.

- Jornada “El Acoso Laboral y el impacto de las nuevas tecnologías”. Jornada propuesta por la ONG denominada “Abogacía Litigante Unida” (ALU). El Director Académico fue el Prof. Dr. Mauricio César Arese, los coordinadores académicos fueron los Ab. Rodrigo Matias Contreras, Cecilia Alejandra Gonzalez, Ivan Nievas Zorn y Maria Eugenia Muñoz. Los disertantes fueron la Ab. Mónica Fernández Campero y Sergio Daniel Gutierrez. Ésta actividad estuvo dirigida a profesores, adscriptos, abogados litigantes, funcionarios y empleados del Poder Judicial, estudiantes y todas las personas interesadas en la materia.
- Workshop: “Inteligencia artificial en educación: el bueno, el feo y el malo”. Esta propuesta fue realizada por las profesoras Eliana Barberis, María Belén Arias Santillan y Elisa Zabala, responsables del Equipo de Asesoramiento Pedagógico Comunicacional de la Facultad de Derecho.
- Presentación del libro: *Recurso de Queja*- autor: Dr. Tristán Gómez Zavaglia. Esta actividad académica se organizó junto al Presidente de la Fundación Atenea Cristian Altavilla y en co-organización con Atenea, con palabras de presentación a cargo del Dr. Lorenzo Barone. La misma estuvo dirigida a profesores, adscriptos, abogados litigantes, funcionarios y empleados del Poder Judicial, estudiantes y todas las personas interesadas en la materia.
- Conferencia Magistral: “Derechos Fundamentales, Justicia Constitucional y Creación Judicial del Derecho. Director Académico fue el profesor Pablo Sanchez Latorre, y el disertante de esta actividad fue el Dr. Santiago Ortega Gomero profesor de la Universidad Nacional De Cañete, Perú, quien fue declarado huésped de honor por el Sr. Decano de esta casa de Altos Estudios. El coordinador de esta actividad fue el Dr. Juan Ferrer. La actividad estuvo dirigida a profesores, adscriptos, abogados litigantes, funcionarios y empleados del Poder Judicial, estudiantes y todas las personas interesadas en la materia.
- Presentación Libro: “Reflexiones sobre Derechos Humanos Laborales”. Esta propuesta fue presentada por el Prof. Dr. Mauricio César Arese, director de la materia Derechos Humanos Laborales- Derecho Internacional del Trabajo y Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social para la presentación del libro “Reflexiones Sobre Derechos Humanos Laborales”, obra colectiva de trabajos de investigación de cuarenta y dos profesores extranjeros y nacionales y cursantes de la Facultad de Derecho.
- Workshop: “Accesibilidad en Aulas Virtuales”. Las directoras académicas fueron las profesoras Eliana Barberis, María Belén Santillán Arias y Elisa Za-

bala responsables del Equipo de Asesoramiento Pedagógico Comunicacional de la Facultad de Derecho. La disertante fue la Lic. Andrea Attis Beltrán.

- Jornada: "Psicopatología Forense, Comportamiento Humano y Tribunales de Justicia". El Director Académico fue el Prof. Dr. Mariano Pelliza Palmes y el disertante fue el Dr. Eric García López, doctor en psicopatología forense de la ciudad de México. La actividad estuvo dirigida a profesores, adscriptos, abogados litigantes, funcionarios y empleados del Poder Judicial, estudiantes y todas las personas interesadas en la materia.
- Jornada "Derecho Concursal y Cambiario". La presente jornada estuvo dirigida por el profesor Titular de Cátedra Dr. Guillermo Altamira y bajo la Coordinación Académica del Prof. José Evaristo Montero. Los disertantes fueron los profesores: Guillermo Altamira, José Evaristo Montero, Carlota Palazzo, Gastón Villada y Sofía Inés Giménez. Estuvo dirigida a todos los alumnos de la materia Concursal y Cambiario y a todas las personas interesadas en la temática.
- "Jornada sobre Delitos Cibernéticos y Medidas de Prevención". La Directora Académica fue la Ab. Mónica Fernández Campero, la Coordinadora Académica la Ab. María Inés Minolfi y una de las disertantes junto con el Ab. Javier Sebastian Vellido. La actividad estuvo dirigida a profesores, adscriptos, abogados litigantes, funcionarios y empleados del Poder Judicial, estudiantes y todas las personas interesadas en la materia.
- "Jornada Internacional sobre Debida Diligencia y *Compliance* Laboral "In Memoriam: Prof. Dr. Raúl Altamira Gigena". Esta propuesta fue realizada por la presidenta de la Asociación Argentina del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Los disertantes fueron abogados nacionales e internacionales como José Viale, Jimena Rodríguez Urizar, Julián López, Carlos Toselli, Mirna Lozano Borch, Andrea Vera, Joaquín Moretti, Julán Cordero, Juan José Etala, Emily Sutro, Lorenzo Gnecco y Sergio Muzzi.
- En el marco del Día Internacional de la Mujer: "Historias que contar. Derechos que exigir". Director Académico Dr. Juan José Tripputi y los siguientes coordinadores académicos: Dra. María Paula Montequin y Francisco Verés. Los disertantes fueron los siguientes: Dra. Graciela Montesi, Dra. María Noel Costa, Sra. Sonia Sánchez, Lic. Carolina Ferrari y Dra. María Paula Montequin.
- "Cuidados, Maternidad y Mercado Laboral actual de la Mujeres. Jornada: Día internacional de la mujer 8M". La Directora Académica fue la Dra. Mariana Sánchez y el Coordinador Académico Ab. Santiago Saín. Las disertantes fueron las Mgter. Valentina Carena, Mgter. Itatí Demarchi Arballo y Ab. Esp. Verónica Carpani.
- "Conferencia abierta: El Código Procesal Penal Federal y la Implementación del Sistema Acusatorio en la Provincia de Córdoba". El Director Académico

fue el Dr. Juan Pablo Tributti y los coordinadores académicos fueron los Ab. María Paula Montequin, Ab. Juan Pablo Rubio y Ab. Francisco Verges. Los disertantes fueron el Dr. Carlos Gonella y el Dr. Gonzalo Fragueiro.

- “Jornadas Preparatorias del XXXII Congreso Nacional de Derecho Procesal”. La Directora Académica fue la Prof. Dra. Cristina González de la Vega y la Coordinadora académica la Ab. Esp. Anahí María Sandiano. Además cuenta con un equipo de comisión académica compuesto por la Dra. Rosa Ávila Paz de Robledo, la Prof. Dra. Cristina González de la Vega, el Ab. Carlos Francisco Ferrer, el Dr. Jorge Raúl Montero y el Ab. Marcelo Novillo Corvalán; aparte de tener la participación del Ab. Germán D. Flores como Coordinador Ejecutivo. Los disertantes fueron la Prof. Dra. Rosa Ávila Paz de Robledo, Ab. Esp. Adriana J. Almagro, Magister. Eric Opl, Prof. Dra. Cristina González de la Vega, Prof. Ab. Esp. Sonia E. Cabral, Carina Guevara, Prof. Dr. Federico M. Arce, Ab. Esp. Horacio Cabanillas, Ab. Esp. Lucas Farías, Prof. Ab. Esp. Leonardo C. González Zamar, Prof. Ab. Mariela D. Antún, Ab. Esp. Josefina López Amaya, Prof. Dra. Patricia Bermejo, Ab. Esp. Silvana N. Naveda, Ab. Ezequiel Álvarez Guzmán, Prof. Ab. Esp. Anahí M. Sandiano, Mgter. Roxana S. Garay, Ab. Marcos Joaquin Lombardi, Prof. Mgter. Daniel Gandía, Prof. Ab. Mario Lescano, Ab. María Soledad Ortiz, Prof. Miguel Robledo, Mgter. Ignacio A. Gañan, Ab. Nicolás Herrera Buteler, Prof. Ab. Héctor Mario García, Prof. Mgter. Natalia Luna Jabase, Prof. Mgter. Ramón Agustín Ferrer Guillamondegui, Ab. Esp. Federico Rivas, Ab. Sergio Ceirano, Ab. Agustina Sandón, Ab. Lucas Nieto, Prof. Ab. Esp. Gerardo Sebastián Romero, Prof. Ab. Esp. Marcelo Nicolás Jaime, Prof. Ab. Marcelo J. Novillo Corvalán, Ab. Florencia Tiezzi, Ab. Carla F. Garro Pirlo, Ab. Marcos Blanco, Ab. Nicolás Gallo Bacile, Prof. Emérito Dr. José I. Cafferata Nores, Mgter. Natalia Luna Jabase y Ab. Joaquín Meichtri.
- “Reflexiones en torno al Derecho de Petición en las redes sociales. Una Visión Comparada: Mexicana, Argentina y Española”. Los directores académicos fueron el Prof. Juan Fernando Brügge y el Ab. Martín Carranza Torres. Los coordinadores académicos serán la Mgter. Tamara Paredes, la Ab. Verónica Granda Correa, el Ab. Guillermo Rizzi (Director de Extensión de IFI, Colegio de Magistrados) y el Ab. Jorge Horacio Cantet (Presidente Fundación Observatorio Argentino de Derechos Constitucionales).

#### *Talleres de Práctica Profesional para Graduados*

Una de las funciones de la Secretaría de Graduados es la de fortalecer la relación de los graduados con la Facultad y la Universidad, buscando su mejor desempeño en el desarrollo profesional. En este cometido, es tarea de la secretaria fomentar profesionales competentes y comprometidos con un ejercicio adecuado de la abogacía. Se consideró necesario implementar una política de capacitación particular que otorgue herramientas prácticas y útiles para que los graduados en

Derecho puedan desempeñar correctamente la profesión. Es por todo esto, que bajo Resolución Decanal 141/2023 se crearon los Talleres de Práctica Profesional para Graduados únicamente, los cuales fueron dictados por los adscriptos de las cátedras de las distintas materias bajo la dirección académica de los profesores titulares de cada una. Se realizaron, entre otros, los siguientes talleres:

- “Taller de Practica Proceso de Divorcio y sus efectos; Medidas Provisionales Personales y Patrimoniales en el Fuero Familia; Violencia Familiar y de Género”. El director académico de los mismos fue el Prof. Adj. Fabián Faraoni y los coordinadores académicos fueron los Ab. Ads. Estefanía Carla Pereyra, Ab. Ads. Javier Hermann Moine y Ab. Ads. María Pía Avellaneda. Esta actividad tuvo como disertantes a: Ab. Ads. Juan Pablo Ríos, Ab. Ads. Estefanía Carla Pereyra, Ab. Ads. María Pía Avellaneda, Ab. Ads. Catriel Josué Nieve Bensabath, Ab. Ads. María Eugenia Pérez Hortal y Ab. Ads. Guadalupe Soler. Estuvo dirigido exclusivamente a egresados graduados de cualquier universidad.
- “Taller de Práctica para Profesionales Graduados: Juicio De Desalojo- ¿Cómo hacer un desalojo?”. La Directora Académica fue la Dra. Cristina E. González de la Vega y la Coordinación Académica del taller estuvo a cargo de los Ab. Ads. Ezequiel Álvarez Guzmán y Eric A. Opl y tuvo como disertantes a los Ab. Ads. Eric A. Opl, Josefina López Amaya y Ezequiel Álvarez Guzmán.
- Taller de Práctica para Profesionales Graduados: “Regulación y ejecución de honorarios: Una mirada objetiva de la labor del Abogado”. La propuesta fue realizada por el Dr. Manuel González Castro en su carácter de Profesor Titular (I) y la Ab. Esp. Anahí María Sandiano, integrantes de la asignatura “Derecho Procesal Civil y Comercial Cátedra “A”. La Coordinación Académica del Taller estuvo a cargo de la Profesora Ab. Esp. Roxana Garay y el Profesor Ab. Esp. Agustín Mothe, junto con los adscriptos Joaquín Lombardi, Gustavo Marcos Pereyra, Germán D. Flores y Liza Pagura.
- “Taller de Práctica para Profesionales Graduados: la Competencia del Tribunal”. La Directora Académica fue la Prof. Ab. Esp. Silvia Elena Rodríguez (Prof. adj. interina Teoría Gral de Proceso - cat “C”). El Coordinador Académico fue el Ab. Ads. Joaquín Meichtri. Los disertantes fueron los Mgtr. Ads. Eric A. Opl y Ab Esp. Franco Ybañez.
- “Taller de Práctica para Profesionales Graduados: Control Difuso de Constitucionalidad. ¿Cómo formular un planteo de inconstitucionalidad?”. La Directora Académica fue la Prof. Ab. Esp. Silvia Elena Rodríguez (Prof. adj. interina Teoría Gral de Proceso - cat “C”). El coordinador académico fue el Ab. Ads. Matías Chaile. Los disertantes fueron los Ab. Ads. Esp. Virginia Baudino y Ab. Ads. Nicolas Herrera Buteler.



- “Taller de Práctica para Profesionales Graduados: Introducción al Proceso Sucesorio”. Las directoras académicas fueron las Dras. Olga Orlandi y Graciela Moreno Ugarte. Los coordinadores académicos fueron los ab. María Eugenia Pérez Hortal, Julián Brusasca y Verónica Velasco. Los disertantes fueron los adscriptos María Eugenia Pérez Hortal, Julián Brusasca, Verónica Velasco, Daniel Arnaudo José Luis Limonggi, Sofía Jair, Consuelo Zalazar, Catriel Josue Nieve Bensabath, Melina De Angelis, Mariana Caravaca y Victoria Mousist.
- “Taller de Práctica para Profesionales Graduados: Juicio, Debate y Recursos”. Esta propuesta fue realizada por el Prof. Titular Carlos Francisco Ferrer. Como Coordinadora Académica estuvo la Mgtr Mariana Gabriela Cáceres y como disertantes participaron los abs. adscriptos: Carla Garro, Florencia Tiezzi, Ezequiel Elettore, Fernanda Beltrán, Guadalupe Lanzaco y Annia Tártara.
- “Taller de Práctica para Profesionales Graduados: Aspectos relevantes de la prueba en el Proceso Civil con referencia al Proceso Oral”. Esta propuesta fue realizada por los directores académicos de la actividad el Prof. Titular Dr. Manuel González Castro y la Prof. Ab. Esp. Anahí M. Sandiano. Los coordinadores académicos fueron los Prof. Ab. Esp. Gastón Arico y Prof. Ab. Martín Cruz Robles.
- “Taller de Práctica para Profesionales Graduados: problemas actuales del Derecho Penal”. Esta propuesta fue realizada por el Director Académico Prof. Dr. Gustavo A. Arocena (Titular de la Cátedra “A” de Derecho Penal II). La Coordinadora Académica fue la Mgtr. Guadalupe Lanzaco. Los disertantes fueron los adscriptos: Mgtr. Ezequiel Cooke, Ab. Matías Ezequiel Díaz, Mgtr. Nicolás Lamberghini, Mgtr. Guadalupe Lanzaco, Ab. María Noé Nasif y el Ab. Gastón Pasciucco.
- “Taller de Práctica para Profesionales Graduados: la política criminal Argentina de nuestro tiempo y sus repercusiones prácticas”. El Director Académico fue el Dr. Gustavo Alberto Arocena y la Coordinadora Académica, la Ab Guadalupe Lanzaco. Fueron disertantes los Dres. Gustavo Alberto Arocena, Guadalupe Lanzaco, Lucrecia Bossatti, Ezequiel Cooke, Gastón Pasciucco, Nicolás Lamberghini, Trinidad Fernández, Matías Díaz y Germán Flores.

### *Convenios Específicos de Colaboración*

La Secretaría de Graduados considera de suma importancia, a los fines de favorecer la interrelación entre distintas instituciones, la firma de convenios específicos de colaboración entre ellas y la Facultad de Derecho- UNC.

Es por ello que durante el año 2023, se firmaron los siguientes acuerdos:

- Convenio con la Fundación Atenea I+D representada por su presidente, Dr. Cristian Daniel Altavilla.
- Convenio con la Asociación Gremial de Empleados del Poder Judicial de Córdoba, Dr. Federico Emilio Cortelletti.
- Convenio con la Municipalidad de Río Segundo, representada por el Sr. Intendente, Lic. Darío Jose Chesta.

Para informes e inscripciones comunicarse a los teléfonos (0351) 4332057/58/60 inte. 351, Obispo Trejo n° 242, 2° piso, Córdoba. Horario de atención: 10.30 a 14 horas. Más info: e-mail: [graduadosfdyics@gmail.com](mailto:graduadosfdyics@gmail.com).

**ALCAIDE FERNÁNDEZ, Joaquín (Director).** *Revista Española de Derecho Internacional*. Vol. 75-2 (2023), julio-diciembre, Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, Tirant lo Blanch, Valencia, 544 páginas.

El origen de la Revista Española de Derecho Internacional (REDI) se remonta a 1948. Su contenido se encuentra en más de un centenar de números, ya que cada número del volumen anual se presenta semestralmente. El número bajo comentario -recordatorio del 75º aniversario de la REDI- va precedido del *editorial* de Fausto Pocar que destaca la importancia que tuvo la Revista en distintas etapas históricas y el contexto en el que la misma operó.

La sección I, dedicada a *Estudios* vinculados con el 75º aniversario de la REDI contiene los siguientes trabajos: Casanovas, Oriol, *Setenta y cinco años de Derecho internacional público en la Revista Española de Derecho Internacional*, hace presente que, en sus primeros años, los estudios de la Revista tenían un carácter eminentemente doctrinal y ensayístico, pero que en los últimos cincuenta años han pasado a tener un enfoque más centrado en el Derecho internacional positivo y en las cuestiones de actualidad internacional, teniendo lugar destacado los trabajos de codificación del Derecho internacional, como así también los análisis de la legislación y la jurisprudencia españolas; De la Rasilla del Moral, Ignacio, *La historia del derecho internacional en la Revista Española de Derecho Internacional (1948-2022)*, destaca el “giro a la historia” en Derecho internacional, el que ha potenciado el desarrollo de la investigación de las historias “nacionales” del Derecho internacional y, por extensión, el estudio de la historia de las revistas jurídicas internacionales; Fernández Rozas, José Carlos, *La aportación de la Revista Española de Derecho Internacional a la difusión del Derecho internacional privado*, ofrece una visión general del tratamiento deparado al Derecho internacional privado en la Revista desde sus orígenes en 1948, cuando su principal objetivo era compartir investigaciones e informaciones de interés, hasta la actualidad, tras convertirse en una revista académica, revisada por pares, que aborda temas esenciales para las disciplinas internacionalistas en el sentido más amplio, gozando de un alto grado de autonomía institucional e independencia intelectual; García Segura, Caterina, *Setenta y cinco años de Relaciones Internacionales en la Revista Española de Derecho Internacional*, hace presente que los aportes de Relaciones Internacionales en la REDI se centran actualmente en tres grandes temas: la Teoría de las Relaciones Internacionales (los menos), el análisis del sistema internacional en sus aspectos evolución, seguridad, actores y actualidad (los más), y la política exterior de las grandes potencias y la española; Remiro Brotóns, Antonio, *El discreto encanto -y desencanto- de la Revista Española de Derecho Internacional: 1948-1978*, hace gala de la consabida originalidad

del autor, titulando los seis “tiempos” evolutivos de la Revista en clave musical: “andante cantabile”, “allegro vivace”, “presto agitato”, “adagio”, allegretto ma non troppo”, “scherzo ma non tanto”, dándose la oportunidad de efectuar consideraciones y propuestas a futuro para la organización, estructura y funcionamiento de la Revista; Petit de Gabriel, Eulalia W. *La Revista Española de Derecho Internacional. Historia, identidad y desafíos en su 75 aniversario*, a modo de obra teatral en el “Acto I” se pregunta “¿Somos lo que fuimos?”, en el “Acto II” “La identidad una cuestión generacional” considera que la identidad se construye con las personas, en el “Acto III” “Desafíos presentes y futuros” sentencia: “El futuro está por escribir; del pasado debemos aprender”, mientras brinda una serie de “imágenes” para hacerlo.

La segunda parte de la sección I *Estudios* -con visión general y orientación académica- recoge los aportes de: Acosta Sánchez, Miguel A., *Sobre la inmigración irregular como amenaza a la seguridad y su nueva dimensión como instrumento de presión política: el caso de Marruecos*, que recuerda que tradicionalmente el fenómeno de la inmigración irregular se ha observado por parte de los Estados como una manifestación del crimen internacional organizado, asumiendo el inmigrante el rol de una amenaza para el Estado. Sin embargo, en los últimos tiempos se observa un recurso a los flujos migratorios como mecanismo de presión política por parte de terceros Estados. Los casos de Bielorrusia y especialmente de Marruecos demuestran además una ausencia de una política exterior europea realmente común, afectando a los propios valores europeos, pareciendo responder a cuestiones económicas, pero igualmente geoestratégicas y políticas; Carro Pitarch, María, *El “Acuerdo BBNJ”: Hacia un nuevo régimen para la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica marina en zonas fuera de la jurisdicción nacional*, que hace un análisis del texto adoptado a la luz de las negociaciones y de los intereses -no siempre convergentes- de la Comunidad Internacional; Cuartero Rubio, María Victoria, *Algunas reflexiones sobre el acceso a la justicia en Derecho internacional privado*, que llama la atención sobre la tendencia expansiva de las normas de Derecho internacional privado y advierte de los distintos objetivos jurídicos que persigue, proponiendo aprovecharla para profundizar en el derecho fundamental de acceso a la justicia en situaciones privadas internacionales para optimizar su alcance y garantía; Fillol Mazo, Adriana, *El estatus jurídico de los animales en los conflictos armados*, reflexiona sobre la creciente preocupación por el bienestar de los animales durante las últimas décadas por su condición de criaturas vivas dotadas de sensibilidad, pudiendo sentir dolor, angustia y sufrimiento, por lo que requieren de la fijación de un estatus jurídico más allá de su simple consideración como objetos o bienes; Jiménez Pineda, Eduardo, *La zona contigua. La interpretación de su régimen jurídico por la jurisprudencia internacional*, aborda su definición, las competencias de los Estados ribereños en este espacio marítimo, la necesaria declaración de la zona contigua y su anchura máxima, la delimitación de zonas contiguas, el posible solapamiento de esta última con la zona económica exclusiva de otro Estado y el régimen concurrente aplicable. En este sentido, constata la reducida juris-

prudencia internacional sobre la zona contigua, con la excepción destacable de la sentencia dictada por la Corte Internacional de Justicia en abril de 2022, en la que ésta ha determinado que los artículos 33 y 303.2 de la Convención de 1982 declaran el Derecho internacional consuetudinario aplicable a la zona contigua, tanto en lo relativo a las competencias como en lo atinente a la anchura máxima de ese espacio. Asimismo, expone una serie de consideraciones finales, subrayando la contribución significativa de la sentencia a la interpretación y a la mejor comprensión de la zona contigua; Orejudo Prieto de los Mozos, Patricia, *La identidad de género en el derecho internacional privado español*, se centra en la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI (Ley trans) que ha introducido cambios tanto en el régimen de asignación del sexo legal, acogiendo por vez primera soluciones específicas para las personas intersexuales, como, de forma aún más significativa, en lo referente a la modificación de la mención registral o documental del sexo, avance que no ha sido acompañado por el Derecho Internacional Privado; Pérez de Armiño, Karlos, *La reforma del pilar de paz y seguridad de Naciones Unidas. Respuesta a los nuevos desafíos y al riesgo de irrelevancia*, recuerda el proceso de reforma de las Naciones Unidas, aún en marcha, especialmente en su pilar de paz y seguridad, buscando responder a importantes desafíos al funcionamiento, el respaldo y la relevancia de sus operaciones de paz, tales como: la proliferación de conflictos de difícil solución política, el cuestionamiento al multilateralismo, el creciente protagonismo de países no occidentales en las operaciones de paz, la crítica a la agenda de paz liberal, las imputaciones a la ineficiencia de sus misiones, etc.

La segunda sección está destinada a *Foro* y acoge el tema general “*La ley 8/2021, de reforma de la capacidad jurídica: la regulación de los poderes preventivos otorgados en previsión de una posible futura discapacidad*” y es cubierto por los siguientes trabajos: Gardeñes Santiago, Miguel, *Nota introductoria*; Vinaixa Miguel, Mónica, *Los poderes preventivos en el Derecho internacional privado español: una aproximación crítica a la Ley 8/2021, de 2 de junio*; Vallsi Xufré, Josep Maria, *El poder preventivo en derecho interregional*.

La tercera sección se ocupa de la *Práctica española* y agrupa las siguientes contribuciones: González García, Inmaculada y Romero Bartumeus, Luis, *La utilización de Gibraltar como base y escala de submarinos nucleares de Reino Unido y Estados Unidos*; Quesada Alcalá, Carmen, *España lanza la Estrategia Española de Diplomacia Humanitaria*; Sánchez Patrón, José Manuel, *La responsabilidad patrimonial del Estado en el caso Montasa/EEUU: el dictamen del Consejo de Estado de 14 de julio de 2022*.

La cuarta sección, dedicada a *Bibliografía Recensiones*, contiene veinticuatro comentarios a destacadas obras publicadas en España y en el extranjero.

Este número es un verdadero homenaje a la esforzada y señera trayectoria de la REDI en su 75º aniversario.

Zlata Drnas de Clément

**ASPELL, Marcela (Directora).** *Los Protagonistas Los sillones académicos y las primeras generaciones de Académicos de Número, Tomos II-A y II-B, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Advocatus Córdoba, diciembre de 2023, 1115 páginas.*

Tal como lo señala el Presidente de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Armando S. Andruet (h.), en su *Prólogo*, la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, fue creada con fecha 22 de agosto de 1941 por Ordenanza del Honorable Consejo Superior a iniciativa del Rector de la Universidad Nacional de Córdoba Ingeniero Rodolfo Martínez como un espacio de producción de cultura, pensamiento y transformación.

La Academia de Derecho Córdoba mencionada y la Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires, son las únicas nacionales de derecho en nuestro país.

La obra en sus dos tomos refiere la historia de la Academia en una doble dimensión, ocupándose así de los treinta y seis ‘Sillones Fundantes’ de la Academia y al mismo tiempo de la historia de la cultura jurídico-político-institucional de los juristas que ocuparon en el devenir del tiempo los treinta y seis ‘Sillones Fundantes’, incluido el ‘Sillón Presidencial’ de la Corporación.

La propuesta inicial de generar una Obra Completa de la Academia abarca 3 grandes ciclos: 1) la historia institucional de la Academia y su incidencia en las políticas públicas en la provincia y el país (Tomo I, próximo a su publicación); 2) la historia de cada uno de los “Sillones Fundantes” que posee la Academia y junto a ello, la historia jurídico-institucional y académica de quienes -como Académicos de Número- han ocupado esos sitios (Tomo II-A y II-B, publicados y considerados en este comentario); 3) el pensamiento y proyección de los Académicos de Número actuales para contar con su propia reflexión sobre el futuro de la ciencia jurídica, del derecho y de las instituciones, incluida la misma Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (Tomo III, en preparación).

Marcela Aspell, Profesora Emérita Catedrática de Historia del Derecho y Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, Historiadora, Vicepresidente de la Mesa Directiva de la Academia de Derecho cordobesa (entre otros méritos académicos y de gestión), Directora de las dos publicaciones que reseñamos (Tomos II A y B), bajo el título *Los Maestros* -con su pluma artística- se remonta a los lejanos tiempos del “Corpus Juris” y su descubrimiento en la baja Edad Media para traer a la vivencia actual a los antiguos y seculares maestros del derecho. Define con gran acierto y percepción sensitiva: “Un maestro es un ser humano que tiene la nobleza de enseñar, la bondad de escuchar, la inteligencia para guiar, el talento para motivar y la pasión para comprometerse”. Siguiendo esa percepción de “maestro” es que ha asumido la mayor carga de la Obra Completa proyectada por la Academia.

Seguidamente, la obra se adentra en la *Historia de los sillones académicos*, aportando -en algunos casos- varios autores para referir un mismo sillón. Los autores que referencian los distintos sillones académicos son: -siguiendo el orden alfabético de sus apellidos-: Julio Isidro Altamira Gigena, Raúl Enrique Altamira Gigena, Armando S. Andruet (h), Juan Manuel Aparicio, Marcela Aspell, Guillermo Eduardo Barrera Buteler, María Inés Bergoglio, José I. Cafferata Nores, José Daniel Cesano, Zlata Drnas de Clément, Adriana Dreyzin de Klor, Antonio María Hernández, Ricardo Haro, Carlos Julio Lascano, José Fernando Márquez, Juan Carlos Palmero, Ernesto J. Rey Caro, Efraín Hugo Richard, Horacio Roitman, Domingo Juan Sesin, Guillermo Tinti, Ramón Pedro Yanzi Ferreira.

El primer tomo (Tomo II-A) se ocupa de dieciocho sillones: Presidencial Dalmacio Vélez Sarsfield, Mariano Fragueiro, Ramón Ferreira, Enrique Rodríguez, Lisandro Segovia, Juan M. Garro, Cornelio Moyano Gacitúa, Nicolás B. Berrotarán, Joaquín V. González, Manuel D. Pizarro, Jerónimo Cortés, Deán Gregorio Funes, Victorino Rodríguez, Rafael García, Tristán Narvaja, Justino César, Juan del Campillo y Enrique Martínez Paz. El primer sillón que se presenta en el tomo es el Sillón Presidencial Dalmacio Vélez -Patrono de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba-.

El segundo tomo (Tomo II-B) se refiere a los siguientes sillones: Raúl A. Orgaz, Juan Biale Massé, Nicolás Avellaneda, Juan Bautista Alberdi, Santiago Derqui, Alejo del Carmen Guzmán, Arturo M. Bas, Salvador María del Carril, Henoch D. Aguiar, Sofanor Novillo Corvalán, Julio B. Echegaray, José Olegario Machado, Manuel Lucero, Juan A. de Sarachaga, Felix Sarría, Pedro León, Sebastián Soler, Alfredo Poviña, a los que se agrega un título: "Académico de Número elegido sin asignación de sillón académico", Hipólito Montagné<sup>1</sup>, cuya autoría es de Marcela Aspell y Ramón Pedro Yanzi Ferreira<sup>2</sup>.

En las últimas hojas se incluye un *Recorrido fotográfico* de Académicos que ocuparon los distintos sillones.

Esta obra colosal en dos tomos que reseña parte central de la vida de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba es admirable y probablemente recién

(1) El apellido tiene distintas escrituras: Montagné, Montagné, Montagne.

(2) El artículo de Aspell-Yanzi expresa: "Fue designado Miembro de Número de nuestra Academia de Derecho, integrando el grupo de los primeros Académicos designados el 18 de agosto de 1941, conjuntamente con los Doctores Henoch D. Aguiar, Santiago Beltrán, Carlos Ernesto Deheza, Julio B. Echegaray, Enrique Martínez Paz, Sofanor Novillo Corvalán, Raúl A. Orgaz, Luis J. Posse, Guillermo Rothe y Félix Sarría. Curiosamente, en el ajetreo de estos primeros tiempos, tiempos de ajustes y de zozobras, cuando la misma asignación de sillones académicos no era aún definitiva, no se le adjudicó Sillón Académico. Presidió la primera Sección de Derecho Privado de la Academia integrada por los Doctores Henoch D. Aguiar, Carlos Ernesto Deheza, Enrique Martínez Paz, Sofanor Novillo Corvalán y Luis J. Posse". Es de observar que da la impresión -según el párrafo citado precedentemente- que tampoco les fue asignado sillón a los Dres. Santiago Beltrán, Guillermo Bothe, Carlos Ernesto Deheza y Luis J. Posse, a pesar de haber sido designados como Académicos el 18 de agosto de 1941.

en unos años adquirirá todo el valor que contiene como documento histórico del corazón cultural de Córdoba entre 1941 y 2023.

SR

**JOHNSTONE, Ian -SUKUMAR, Arun - TRACHTMAN, Joel (Eds.). *Building an International Cybersecurity Regime, Multistakeholder Diplomacy*, Elgar International Law and Technology series, UK-USA, 2023, 282 páginas en inglés (Acceso libre en <https://www.elgaronline.com/edcollbook-oa/book/9781035301546/9781035301546.xml>).**

Esta obra en la que contribuyen once autores de distintas nacionalidades (India, China, Holanda, Estonia, Estados Unidos, Canadá, Brasil), consta de cuatro partes: Introducción, Cuestiones temáticas, Perspectiva de los países y Conclusión.

En la **Introducción**, el Capítulo 1 (Ian Johnstone, Arun Sukumar y Joel Trachtman) *Construir la ciberseguridad a través de la diplomacia de múltiples partes interesadas: políticas, procesos y perspectivas*, explica en qué se diferencia la diplomacia de múltiples partes interesadas de la diplomacia tradicional e identifica los actores clave involucrados en las negociaciones sobre ciberseguridad: gobiernos, organizaciones intergubernamentales, la industria de la información y la tecnología, expertos técnicos y la sociedad civil. Presenta los principales procesos de negociación dentro y fuera de las Naciones Unidas, destacando la naturaleza y el grado de participación de múltiples partes interesadas en cada uno de ellos. El capítulo también establece preguntas clave abordadas en el libro: ¿Cómo ven las principales potencias cibernéticas la diplomacia de múltiples partes interesadas y cómo influye eso en su diplomacia cibernética? ¿Cómo pueden las iniciativas pasadas de múltiples partes interesadas (en ciberseguridad y otros ámbitos) sustentar los esfuerzos actuales? ¿Qué acuerdos institucionales son los más adecuados para la implementación de las normas cibernéticas existentes y la negociación de nuevas normas?

En la Parte correspondiente a **Cuestiones Temáticas**, el Capítulo 2 (Arun Sukumar) se ocupa de *La geopolítica de la ciberdiplomacia multisectorial: un análisis comparativo* y presenta un análisis comparativo de la evolución de los enfoques de las principales potencias cibernéticas (Rusia, China, Estados Unidos, Francia y la Unión Europea) hacia la diplomacia cibernética de múltiples partes interesadas (MCD). Dado que los actores privados desempeñan papeles cada vez más prominentes en la articulación e implementación de normas cibernéticas, los Estados ven oportunidades estratégicas para perseguir instrumentalmente el MCD para sus propios objetivos. Este análisis comparativo revela que los Estados que tradicionalmente se han resistido a la participación privada en la creación de regímenes de ciberseguridad, como Rusia y China, han comenzado a tolerar iniciativas MCD de forma selectiva e incluso a orquestar esfuerzos similares por su cuenta. Por otro lado, Estados Unidos, que ha apoyado modelos de gobernanza de Internet de múltiples partes interesadas, se



ha acercado al MCD con más cautela, prefiriendo foros intergubernamentales para articular normas cibernéticas. Otros actores, como Francia y la Unión Europea, ven al MCD como un amortiguador contra la captura de instituciones por parte de las grandes potencias que ingresan reglas y normas sobre ciberseguridad internacional. Incluso cuando participan en el MCD, los Estados enfrentan un dilema común: deben lograr un equilibrio entre delegar o confiar iniciativas de MCD a actores privados competentes y ejercer control sobre las acciones de estos últimos. Un mayor control estatal sobre las entidades no gubernamentales compromete su independencia y credibilidad percibidas, socavando así la eficacia de la iniciativa MCD.

En el Capítulo 3 (Josefina Lobo) *Características de múltiples partes interesadas de los procesos pasados y actuales de normas de ciberseguridad* hace presente que en el transcurso de los últimos 15 años, la comunidad global ha lanzado varias iniciativas para establecer normas internacionales para la ciberseguridad en una variedad de foros diferentes con una amplia gama de procesos diferentes para involucrar a las partes interesadas. Este capítulo proporciona una breve descripción de siete procesos diferentes para desarrollar normas de ciberseguridad que operaron bajo diferentes modelos para involucrar a las partes interesadas: el Grupo de Expertos Gubernamentales de las Naciones Unidas (GGE), el Manual de Tallin, la Comisión Global sobre la Estabilidad del Ciberespacio (GCSC), las medidas de fomento de la confianza (CBM) de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) para el ciberespacio, el Acuerdo Tecnológico de Ciberseguridad, la Convocatoria de París y el Grupo de Trabajo de Composición Abierta de las Naciones Unidas (OEWG). Estas fuentes fueron seleccionadas para ejemplificar los diferentes tipos de procesos de liderazgo y participación que se han intentado en el desarrollo de normas de ciberseguridad, permitiendo examinar las fortalezas y debilidades de diferentes modos de diplomacia de múltiples partes interesadas en este contexto.

El Capítulo 4 (Joel Trachtman) *Desarrollar estructuras de múltiples partes interesadas para las normas de ciberseguridad: aprender de la experiencia* considera que la diplomacia de múltiples partes interesadas responde a las necesidades de formular normas internacionales y prever su implementación en un contexto que refleje suficientemente los distintos intereses y poderes de las partes interesadas. El poder para estos fines incluye no sólo la autoridad gubernamental sino también la experiencia o el poder de mercado del sector privado o de los intereses de organizaciones no gubernamentales. El poder también incluye la capacidad de conferir legitimidad a las reglas o su implementación, a través de la transparencia, la participación, la rendición de cuentas, la evitación de conflictos de intereses y el debido proceso. Este capítulo examina varios ejemplos de diplomacia de múltiples partes interesadas, tanto dentro del campo de la ciberseguridad como en otros campos.

El Capítulo 5 (Ian Johnstone) *Implementación de normas de ciberseguridad: El diseño de instituciones internacionales* examina los mecanismos, dispositivos y acuerdos institucionales que existen o podrían idearse para inducir u obligar al cumplimiento de las normas cibernéticas, vinculantes y no vinculantes. Comienza revisando las

teorías del cumplimiento del derecho internacional, centrándose en las técnicas para imponer recompensas y sanciones asociadas con cada una. Luego establece tres factores contextuales que necesariamente sustentan cualquier esfuerzo por construir un régimen de ciberseguridad: la distribución del poder y las diferencias ideológicas entre los Estados; capacidades e intereses divergentes entre todas las partes interesadas; y la multiplicidad de formas institucionales posibles. La sección final, más larga, identifica cinco categorías de mecanismos de implementación que son más relevantes para la ciberseguridad: intercambio de información y diálogo; seguimiento y atribución; asistencia financiera y de creación de capacidad; solución de controversias; y sanciones colectivas.

La Parte correspondiente a *Perspectiva de los países* agrupa los capítulos seis a once y se ocupa de *Participación de múltiples partes interesadas de Estados Unidos en cuestiones de estabilidad cibernética* (Cristóbal Pintor), *La participación de Rusia en la diplomacia de múltiples partes interesadas en materia de normas de ciberseguridad* (Andrei Shcherbovich), *Repensar la gobernanza china de la ciberseguridad entre múltiples partes interesadas* (Jinhe Liu), *La ciberdiplomacia "pasiva" de múltiples partes interesadas de la India* (Arindrajit Basu), *Brasil y la diplomacia multiactor para Internet: logros pasados, desafíos actuales y el camino por recorrer* (Carlos Affonso de Souza y Christian Perrone), *Balance de la ciberdiplomacia multisectorial de Estonia* (Marina Kaljurand).

En la *Conclusión*, el Capítulo 12 *El camino a seguir para la ciberdiplomacia multisectorial* (Ian Johnstone, Arun Sukumar y Joel Trachtman) sintetiza los hallazgos clave de la obra y lo que se anuncia sobre el futuro de la ciberdiplomacia. Toda la evidencia sugiere que la participación de múltiples partes interesadas en la construcción de un régimen de ciberseguridad llegó para quedarse. Incluso los Estados reacios han llegado a aceptar la necesidad de que actores no gubernamentales formen parte del proceso de construcción del régimen. Donde difieren es en cómo se debe incluir a esos actores. La geopolítica todavía juega un papel importante y Estados Unidos, Rusia y China no alcanzan acuerdo entre sí. Sin embargo, a diferencia de otros gobiernos que participan activamente en la diplomacia cibernética, los tres prefieren la participación informal de actores privados a la participación directa en procesos formales. De hecho, una de las principales conclusiones del volumen es que la ciberdiplomacia multisectorial en el futuro será el resultado de dos fenómenos enfrentados: el hecho de que los actores privados gestionen recursos críticos de Internet en todo el mundo frente a la realidad de que los Estados han buscado cada vez más hacer valer su autoridad sobre esos recursos para mitigar los efectos y no perder control de las operaciones cibernéticas en su territorio.

Es una obra que se adentra en las opciones de futuro de un área en permanente evolución y crecimiento, la que se debate entre la noción de soberanía estatal y la de espacio común con fuerte presencia del sector privado.

SR

**MARTINEZ, Eliana Irene. *Derecho a la paz y derecho al desarrollo: una perspectiva integrada desde los derechos humanos*, Editorial Teseo, Buenos Aires, 2023, 162 páginas.**

El libro *Derecho a la paz y derecho al desarrollo: una perspectiva integrada desde los derechos humanos*, de la profesora Eliana Irene Martínez, ha sido publicado en un momento más que oportuno, no solo porque 2023 fue declarado por las Naciones Unidas Año Internacional del Diálogo como Garantía de Paz, sino porque la paz y el desarrollo son objetivos de máxima prioridad -y desafíos a los que hay que afrontar de manera cada vez más urgente-, lo cual conlleva la necesidad de nuevos esfuerzos de todos los actores interesados, así como de abordajes que expongan con claridad y contundencia los aspectos que no pueden dejar de considerarse, más allá de ciertos intereses que pugnan más bien por lo contrario. Se trata de un trabajo que muestra un gran compromiso con el tema investigado, además de un profundo conocimiento, y que trasciende fronteras proyectándose al plano global, pues todo su contenido se basa en el Derecho internacional y en el Derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) en particular.

El libro cuenta con el auspicio de la Red Federal de Estudios por el Derecho Humano a la Paz (REFEPAZ), fundada en el seno del Consejo Federal de Estudios Internacionales (COFEI), de la cual el autor del presente escrito es el Secretario General, y por la Red Iberoamericana de Protección Internacional de Derechos Humanos (REDIPIDH).

En cada capítulo encontramos aportes muy significativos, que provienen principalmente de la investigación realizada y terminada con honores por la autora en la Universidad de Alcalá de Henares, Madrid, España, dirigida por la profesora y actual decana de la Facultad de Derecho, Prof. María Isabel Garrido Gómez. La obra fue prologada por la Profesora Emérita de la Universidad Nacional de Córdoba y de la Universidad Católica de Córdoba Prof. Dra. Zlata Drnas de Clement. Publicada con fecha 28 de agosto de 2023 por la Editorial Teseo de la ciudad Autónoma de Buenos Aires. El libro puede encontrarse en diferentes plataformas internacionales como Amazon.com; y entre otras, en la tradicional Librería Hernández de calle Corrientes de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

La obra aborda, por un lado, el derecho al desarrollo, y por el otro, el derecho a la paz, para detenerse luego en la estrecha relación entre uno y otro. Y en su cuarto capítulo se enfoca en la realización de ambos derechos humanos fundamentales, comenzando por el uso de indicadores como elemento de defensa y protección de cada uno de ellos, en cuyo marco hace referencia al Índice Global de la Paz, entre otros, al ocuparse de la difícil tarea de medir la paz que diversas instituciones llevan a cabo. Un estudio similar se realiza en relación con el derecho al desarrollo.

Adquiere particular relevancia lo señalado en el capítulo segundo acerca de la codificación privada del derecho humano a la paz, a través de la Declaración de Luarca sobre el Derecho Humano a la Paz (2006) y la Declaración de Santiago sobre

el Derecho Humano a la Paz (2010), y con respecto a la codificación en el ámbito de los órganos codificadores de las Naciones Unidas -el Consejo de Derechos Humanos y la Asamblea General-, que dio como resultado la Declaración sobre el Derecho a la Paz (2016), un instrumento que no reconoce expresamente el derecho humano a la paz ni incorpora sus elementos constitutivos.

Es también de suma importancia lo que la autora se pregunta en el cuarto capítulo, cuando reflexiona sobre los modelos que harían posible la codificación del Derecho Humano a la Paz (DHP). El primero sería una declaración internacional referida a los derechos de tercera generación o especialmente referida al derecho a la paz. En el ámbito universal, tal declaración debería ser adoptada por la Asamblea General, y en el sistema interamericano por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, se señala allí, remarcando a continuación que una declaración sobre el DHP no obligaría a los Estados por su mera aprobación. A partir de ello, Martínez considera que, hasta la inclusión en el DIDH de un Pacto relativo a los derechos de la solidaridad, una declaración sobre aquel derecho constituye una meta razonable, además de posible, en el corto o mediano plazo. Aclara que, si bien dicho instrumento carecería de obligatoriedad, el impacto que produciría podría ser de tal magnitud que se tradujera en constituciones modificadas o en una práctica internacional obligatoria para los Estados. En este punto, cita doctrina para subrayar que, en el momento de su proclamación, la Declaración Universal de Derechos Humanos adelantó una *opinio juris* -conciencia de obligatoriedad- como reflejo del *deber ser* de la práctica internacional para la aplicación de la Declaración. El mismo razonamiento puede ser referido a una declaración sobre el DHP, sostiene la autora.

Un segundo modelo consistiría en un Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos relativo a los derechos de la solidaridad, mientras que una tercera opción sería la de un “Tercer Pacto”, referido a esos derechos. Sin embargo, la adopción del Pacto relativo a los derechos de la solidaridad que incluya el DHP y el derecho al desarrollo, o un tratado que se refiera específicamente a estos, es algo que no puede verse sino como muy lejano, admite la autora.

Siguiendo con el análisis de cuestiones que hacen a la realización tanto del derecho a la paz como del derecho al desarrollo, el trabajo cita a Linda Leib para destacar que en su libro *Human Rights and the Environment: Philosophical, Theoretical and Legal Perspectives* plantea una nueva forma de ver los derechos humanos. Según Leib, tales derechos deben ser considerados desde dos perspectivas: los *derechos sombrilla* y los *subderechos* o *derechos específicos*.

Los primeros (*umbrella rights*) cubren, resguardan o protegen de alguna manera a los segundos. El derecho al desarrollo está considerado por la autora citada como un *umbrella right*; en cambio, no incluye el derecho a la paz en esa categoría. Adoptando una postura diferente, Martínez entiende que el derecho humano a la paz puede perfectamente quedar comprendido en la clasificación de *umbrella rights*, y desde esta perspectiva razona que, si los elementos constitutivos del DHP

están establecidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cada vez que se haga valer ante tribunales nacionales o internacionales alguno de los derechos reconocidos en cualquiera de los Pactos y que hacen al contenido del DHP, este último también se hará valer -de manera *cuasi directa*, en palabras de la autora-, y de igual modo ocurrirá con el derecho al desarrollo.

En suma, estamos ante un aporte digno de especial valoración. Porque deja en claro que es posible avanzar con pasos concretos hacia la aprobación de nuevos instrumentos que completen el recorrido previo en la materia, del que la obra también se ocupa. En este sentido, contiene un anticipo de lo que puede ocurrir en los tiempos venideros, al menos en cuanto al derecho al desarrollo, pues lo que postula en el capítulo relativo a la realización de los derechos en cuestión ha comenzado a tener correlato en la realidad. Así, el 13 de octubre de 2023, el Consejo de Derechos Humanos aprobó la resolución 54/18, en uno de cuyos párrafos decide presentar a la Asamblea General el proyecto de pacto internacional sobre el derecho al desarrollo, que figura como anexo de la resolución, para su examen, negociación y posterior aprobación. Se refiere al proyecto de instrumento jurídicamente vinculante titulado “proyecto de pacto internacional sobre el derecho al desarrollo”, elaborado por el Grupo de Trabajo sobre el Derecho al Desarrollo.

Es encomiable, además, que la obra pone de resalto el papel que viene jugando la sociedad civil en pos de la codificación y el desarrollo progresivo del DHP. De este modo, queda en evidencia que mientras los Estados -en particular algunos Estados- prefieren mirar para otro lado, la sociedad civil internacional se empeña en mantener en alto sus legítimas aspiraciones en este asunto de tanta importancia para el mundo entero. El trabajo se concentra en los proyectos pioneros de Luarca y de Santiago, pero contiene una mención del proyecto actualizado de 30 de enero de 2023 -elaborado, como los anteriores, por la Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (AEDIDH)- y proporciona los datos para la búsqueda de esa versión, lo que puede guiar a los interesados en el tema hacia el proyecto de Declaración Universal sobre el Derecho Humano a la Paz que actualmente se ofrece a la consideración de los Estados miembros de las Naciones Unidas con la esperanza de que sirva de marco de referencia al retomarse el camino de la codificación tan necesaria, como espera la sociedad civil. Y el libro de la profesora Eliana Irene Martínez constituye, sin duda, un fuerte impulso en esa dirección. En ello reside otro de sus muchos méritos.

*José Antonio Musso*<sup>3</sup>

---

(3) Secretario General de la Red Federal de Estudios por el Derecho Humano a la Paz (ReFEPAZ).

**MARTÍNEZ JUSTO, Manuel – HERNÁNDEZ LÓPEZ, Roberto Carlos (Coordinadores).** *Anuario Mejicano de Relaciones Internacionales. Nueva Época, 2022-2, Universidad Nacional Autónoma de Méjico, 459 páginas.*

Tras la Presentación de Manuel Martínez Justo y Roberto Carlos Hernández López, el Anuario se divide en seis partes de original titulación: La Aldea, La Academia, En Litigio, En Prospectiva, El Librero, Anuarios Internacionales 2019-2020.

En la *Presentación*, los Coordinadores del volumen hacen presente que el conjunto de aportes busca “pensar el mundo actual”.

Es así que *La Aldea* agrupa diez contribuciones centradas predominantemente en cuestiones que atañen a Méjico: *\*El ingreso de México al Consejo de Seguridad y las operaciones para el mantenimiento de la paz en el marco del 74 aniversario de la ONU* (Rafael Velázquez Flores) se ocupa de tres cuestiones centrales: un balance de la ONU en su 75 aniversario, por qué México no participaba en el Consejo de Seguridad de la ONU y en las operaciones de mantenimiento de la paz, y por qué decidió incorporarse en ambos ámbitos desde los primeros años del siglo XXI; *\*La acción exterior local y la política exterior en la relación México-Estados Unidos* (Manuel Martínez Justo) tras reflexionar sobre los distintos actores, arriba a cinco conclusiones y siete recomendaciones que buscan iluminar el camino de la relación Méjico-EU desde la acción multinivel de la diplomacia mejicana; *\*Diplomacia consular todoterreno* (Jonathan Chait, Marcela Celorio, Francisco de la Torre) analiza los impactos y las respuestas institucionales frente a la pandemia del Covid-19 de los consulados más importantes de Méjico en EU; *\*La diplomacia cultural en el contexto de la globalización: una perspectiva antropológica sobre los restos de México* (Miguel Martínez González y Valentina Prudnikov Romeiko) tras una breve referencia a la globalización cultural, pasa revista *i.a.* a la dimensión cultural de las relaciones internacionales, a los modelos de Diplomacia cultural, al concepto de paradiplomacia; *Protección internacional del patrimonio mundial desde la geopolítica crítica. Un eje para la diplomacia mexicana en el siglo XXI* (Rocío Arroyo Belmonte) analiza el potencial de Méjico para una diplomacia con eje en el patrimonio cultural usando como marco teórico la geopolítica crítica; *Breve historia de la Agenda 2030. De 2015 a la pandemia de Coronavirus* (Pedro González Olvera) estudia los avances y logros en los objetivos de desarrollo sostenible, evaluando sus probabilidades al 2030; *De la globalización, Huawei y China* (Andrés Felipe Bautista Peñaloza) analiza el papel de Huawei en el actual modelo de globalización como nuevo actor no estatal de la industria tecnológica; *Las demandas de los grupos opositores al T-MEC en los Estados Unidos, y el pluralismo en la conformación de la política comercial 2019-2020, sus consecuencias para Méjico* (Raúl Gustavo Acua Popocatl) *i.a.* se ocupa de los patrones de comportamiento de los distintos agentes y sus demandas; *La frontera México-Estados Unidos: región estratégica para el T-MEC* (Gabriela Ramírez) analiza la región fronteriza como una microrregión estratégica del T-MEC; *Comercio e inversión entre México y Japón a más de 400 años de relaciones comerciales* (Mara Andrea Rivas Bonilla y Gerardo Antonio Calderón Camacho) analiza histórica y críticamente la relación económica y comercial con Japón.

*La Academia*, incluye un solo: *El futuro del sistema internacional contemporáneo “un mundo, dos sistemas”*: De la política clásica a un nuevo orden geoeconómico la (Sebastián Ponce), en el que. Ponce analiza el fenómeno de la transición del sistema internacional del Orden Mundial Liberal al Nuevo Orden Geoeconómico caracterizado por la creciente “securitización” de los instrumentos económicos y la “armamentización” de las altas tecnologías como “gran estrategia” de seguridad nacional.

La parte titulada *En Litigio*, también incluye un solo trabajo: *Palestina ante el Derecho Internacional* (Juan Manuel Portilla Gómez), el que parte del más de medio siglo de ocupación israelí de Palestina gracias a la hegemonía franco-británica en Medio Oriente a la cual se agregó Estados Unidos durante la Guerra Fría, a pesar de que la posición Palestina está respaldada por el Derecho Internacional e innumerables resoluciones y decisiones de numerosos órganos de las Naciones Unidas (como la Asamblea General y la Corte Internacional de Justicia) y pronunciamientos de otros organismos internacionales.

*En Prospectiva* aglutina dos aportes: *México y los Estados del Consejo de Cooperación del Golfo: Convergencias hacia 2030* (Javier Basulto), que aborda las posibilidades de cooperación de Méjico con los países del Consejo de Cooperación de los Estados Árabes del Golfo, especialmente en los ámbitos de energías renovables, gestión de aguas, cambio climático, etc. con miras al 2030; ¿Hasta dónde se puede dar una ampliación de la Unión Europea en la próxima década 2020-2030? (Francisco Javier Leyva Ortiz) que refiere cómo Europa cuenta más con fronteras culturales e ideológicas que geográficas.

La penúltima parte, *El Libroero* contiene una sola participación: *La política exterior de México en el sexenio de Enrique Peña Nieto* (Sergio Enrique Barrera Gutiérrez), la que considera que el período entre 2012-2018 permite evaluar la política exterior de Méjico y los factores nacionales e internacionales que condicionaron el gobierno de Peña Nieto.

*Anuarios Internacionales 2019 -2020* incluye dos colaboraciones sobre cada uno de los Anuarios cuyos autores son en ampos aportes Abril Herrera y Enrique Barrera. En esa parte, se refieren a los principales acontecimientos mundiales y mejicanos mes por mes de cada año, indicándose las fuentes de consulta.

Todos los artículos del Anuario son de gran actualidad y están desarrollados por investigadores formados, atentos observadores de la realidad que brindan ventanas para profundas reflexiones hacia el futuro.

*Zlata Drnas de Clément*





Se terminó en  
Editorial Advocatus, Obispo Trejo 181,  
en el mes de junio de 2024

