

Citar Lexis N° 0003/800039

DERECHO DE FAMILIA/01) Generalidades

Villaverde, María S.

Actualidad en Derecho de Familia
Actualidad

LexisNexis Jurisprudencia
Argentina
2005
LNBA 2005–2–292

SUMARIO:

I. Jurisprudencia: a) Anencefalia. Inducción del nacimiento. II. Legislación: a) Talle y discriminación: lucha contra la bulimia y la anorexia; b) Subsidio por nacimiento y por adopción para el personal del Poder Judicial; c) Fondos para el cumplimiento de amparos judiciales; d) Ámbito temporal de los datos que integran las nóminas de niños dados en guarda con fines adoptivos y en adopción; e) Programa para la Atención Integral de la Discapacidad

I. JURISPRUDENCIA

a) Anencefalia. Inducción del nacimiento

Corte Sup., 8/3/2005, "P., F. V. s/amparo" . Recurso extraordinario interpuesto por la Dra. Adriana B. Montoto, Asesoría de Incapaces de La Plata, n. 3.

La Suprema Corte de Justicia bonaerense en la causa "P., F. V. s/amparo" , acuerdo 91478, del 5/5/2004, había revocado la sentencia impugnada y, consecuentemente, concedido la autorización solicitada para que fuera inducido el parto de la solicitante –portadora de un embarazo de un feto anencefálico–, según el criterio que determinara el equipo profesional responsable, el que debería observar en su proceder respeto hacia la vida embrionaria.

Tribunal de origen: el Tribunal de Familia n. 2 del Departamento Judicial de La Plata había denegado la autorización.

Magistrados votantes: Enrique S. Petracchi, Augusto C. Belluscio, Carlos S. Fayt, Antonio Boggiano (en disidencia)(1) , Juan C. Maqueda, Eugenio R. Zaffaroni y Elena I. Highton de Nolasco.

En el caso "P., F. V. s/amparo" el Tribunal de Familia n. 2 del Departamento Judicial de La Plata había denegado la autorización solicitada para inducir el parto o, eventualmente, practicar una intervención quirúrgica de cesárea a la peticionaria, quien se hallaba en estado de gravidez de un feto anencefálico, enfermedad clínica que excluye –según los informes médicos– la capacidad para la vida extrauterina con independencia del tiempo de gestación. El 5/5/2004 la Suprema Corte de Justicia bonaerense, al hacer lugar por mayoría al recurso de inaplicabilidad de ley deducido por la actora, revocó la sentencia apelada y concedió la autorización solicitada. La Asesoría de Incapaces interpuso el recurso extraordinario federal.

Sin embargo, el parto tuvo lugar en forma espontánea en la trigésima primera semana de gestación, naciendo muerto el feto y comprobándose la anencefalia denunciada. En virtud de ello, la Corte Suprema de Justicia Nacional declaró abstracta la cuestión e inoficioso pronunciarse en el

recurso extraordinario, pues "no corresponde pronunciamiento alguno cuando las circunstancias sobrevinientes, como en el caso, han tornado inútil la resolución pendiente (Fallos 267:499 ; 272:130 , 167; 274:79 [JA 4-1969-895]; 285:353 [JA 20-1973-181], entre otros) al no mediar un interés concreto y actual que la justifique, sin que en el caso se observen razones de naturaleza excepcional que justifiquen dejar de lado el principio enunciado".

El Dr. Boggiano, en disidencia, conforme lo hiciera en "T. S. v. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires" (2) , remite a aquellos fundamentos y conclusiones, considerando así que es improcedente la autorización para proceder a la inducción al parto de un feto inviable por anencefálico, por no importar beneficio alguno para el ser en gestación, cuyo derecho a la vida se encuentra amparado por la Constitución Nacional (LA 1995-A-26), diversos tratados internacionales y la ley civil, sino tan sólo anticipar su muerte. En consecuencia, debe denegarse la pretendida autorización para inducir el nacimiento de un feto que sólo cuenta con la posibilidad de sobrevivir extrauterinamente por un limitado lapso, pues ello no cambia su naturaleza de persona por nacer –no sometida a la condición de alcanzar autonomía vital–, lo que implicaría entender su derecho a la vida como de valor inferior a otra con mayores expectativas, al del sufrimiento de la gestante y su grupo familiar

En forma sucinta detallaré los antecedentes de este fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación:

1. 11/1/2001, Corte Sup., "T. S. v. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires" .
2. 22/6/2001, Sup. Corte Bs. As., "B. A. s/autorización judicial" (JA 2001-IV-391), acuerdo 82058 (tribunal de origen: el Tribunal de Familia n. 2 del Departamento Judicial de La Matanza hizo lugar a la autorización solicitada. La asesora de incapaces interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley).
3. 7/12/2001, Corte Sup., "B. A. s/autorización judicial" (tribunal de origen: Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires).
4. 25/8/2002, Sup. Corte Bs. As., "Hospital Interzonal de Agudos Eva Perón de Gral. San Martín s/autorización" , acuerdo 85566 (tribunal de origen: el Tribunal de Familia n. 2 del Departamento Judicial de San Martín autorizó la inducción al parto. La asesora de incapaces interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley).
5. 5/5/2004, Sup. Corte Bs. As., "P., F. V. s/amparo" , acuerdo 91478 (tribunal de origen: el Tribunal de Familia n. 2 del Departamento Judicial de La Plata denegó la autorización solicitada).
6. 8/3/2005, Corte Sup., "P., F. V. s/amparo" , recurso extraordinario interpuesto por la Dra. Adriana B. Montoto, Asesoría de Incapaces de La Plata, n. 3 (tribunal de origen: Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires. Tribunales que intervinieron con anterioridad: Tribunal de Familia n. 2 del Departamento Judicial de La Plata).

A partir del año 2000 en distintos casos judiciales se planteó la solicitud de una orden o autorización para la interrupción o inducción al parto de un feto anencefálico.

Así, al fallo "T. S. v. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que hace lugar a la acción de amparo tendiente a que se autorice adelantar el

alumbramiento de un niño anencefálico, le siguió cinco meses después la decisión de la Suprema Corte de Justicia bonaerense en el caso "B.A. s/autorización judicial" , desestimando la autorización efectuada para permitir la inducción del parto de una persona por nacer en las mismas circunstancias. Si bien la sentencia fue dejada sin efecto por la Corte Suprema de la Nación en su decisorio del 7/12/2001 "B.A. s/autorización judicial" , y con una nueva integración, la Suprema Corte provincial cambió su jurisprudencia en el caso "Hospital Interzonal de Agudos Eva Perón de Gral. San Martín s/autorización" y la mantiene en "P., F. V. s/amparo" (recurrido ante la Corte Suprema por la Asesoría de Incapaces de La Plata, n. 2), la anencefalia persiste como problema en el ámbito jurídico.

La Corte Suprema de Justicia Nacional a partir de "T. S. v. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires" ha entendido que en el caso de anencefalia "no se trata de aborto, ni de aborto eugenésico, ni de una suerte de eutanasia, ni de un ser que no es –para excluir la protección de su vida– persona, ni de la libertad de procreación para fundar la interrupción de su vida. En efecto, tales acciones aparecen identificadas con una acción humana enderezada a provocar la muerte del niño durante su gestación. Por el contrario, lo que aquí se autoriza es la inducción de un nacimiento una vez llegado el momento en que el avance del embarazo asegura –dentro del margen de toda situación vital– el alumbramiento de un niño con plenas posibilidades de desarrollarse y vivir...".

Por lo tanto, el adelantamiento del parto inducido en el caso de anencefálicos no constituye aborto; proceden las "autorizaciones" cuando el feto supere las 26 semanas de gestación (3) ; y si la práctica es solicitada con anterioridad a las 26 semanas de embarazo, la autorización se concede para efectivizarse recién llegado ese momento.

Se señala como un antecedente provincial con criterio diverso el fallo del Dr. Pedro Hooft, a cargo del Juzgado en lo Criminal y Correccional de Mar del Plata, adoptado en la causa 47136, "G.A. s/amparo", el 30/12/1996, en el que encuadró un adelantamiento del parto en la figura del aborto terapéutico (4) .

Consagrando una solución coincidente con la adoptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y a fin de evitar la judicialización de estos casos, en los que además, por ser el tiempo principal protagonista, las sentencias devenían prácticamente abstractas, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires sanciona la ley 1044 (5) , en cuyo art. 6 , titulado "Adelantamiento del parto. Requisitos", prescribe que "si la gestante, informada en los términos del art. 4 , decide adelantar el parto, se procederá a la realización de dicha práctica médica una vez cumplidos los siguientes requisitos indispensables y suficientes: a) Certificación de la inviabilidad del feto registrada en la historia clínica de la embarazada, con rúbrica del médico tratante, del médico ecografista y del director del establecimiento asistencial; b) Consentimiento informado de la mujer embarazada, prestado en la forma prescripta por el decreto 208/2001 ; y c) Que el feto haya alcanzado las veinticuatro semanas de edad gestacional, o la mínima edad gestacional en la que se registra viabilidad en fetos intrínseca o potencialmente sanos".

II. LEGISLACIÓN

a) Talle y discriminación: lucha contra la bulimia y la anorexia

El decreto 866/2005 , del 4/5/2005, B.O. del 19/5/2005, reglamenta la ley 12665 , sancionada el 8/3/2001, promulgada el 30/3/2001 y publicada en el B.O. del 9/4/2001, sobre la obligatoriedad

para comerciantes que venden ropa de mujer de tener todos los talles, correspondientes a las medidas antropométricas de la mujer adolescente, de las prendas que ofrezcan.

Su decreto reglamentario 866/2005 , del 4/5/2004, B.O. del 19/5/2005, designa autoridad de aplicación de la ley 12665 al Ministerio de la Producción (6) .

En los considerandos del decreto 866 se deja expresa constancia de que la ley pretende ser un aporte para la lucha contra la bulimia y la anorexia. Sin embargo, se observa que si bien el objetivo es la protección a la salud, para cumplirlo debe tenerse presente que la tarea debe ser implementada con sustento en la normativa de aplicación para la defensa del consumidor y sus principios tuitivos, basados en la protección a la salud e integridad, en la libertad de elección, en condiciones de trato digno, equitativo e información adecuada y veraz, de conformidad con la ley provincial 13133 (7) –Código de Implementación de los Derechos de los Consumidores y Usuarios–, que fue promulgada en el mes de diciembre de 2003, con posterioridad a la sanción de la ley 12665 . Por tratarse la ley 13133 de una ley de orden público, la reglamentación se adecuará a sus disposiciones.

El Ministerio de Producción, conforme al art. 1 del decreto, tendrá las facultades para la elaboración de la normativa necesaria tendiente a la regulación de los parámetros de aplicación de la ley y para la correcta implementación de aquella materia que no corresponda al orden nacional.

Por otra parte, a los fines del contralor, juzgamiento e imposición de sanciones, la autoridad de aplicación de la ley 12665 , dentro de los límites de sus respectivos territorios, se hallará a cargo de los municipios a través del organismo o estructura administrativa que cada uno de ellos designe de conformidad con el título IX de la ley 13133 .

Finalmente, el art. 4 del decreto reglamentario dispone que el control reglamentado se referirá tanto "a la existencia en stock de todos los talles" como a la "correcta marcación de los mismos, conforme a las medidas aprobadas mediante las normas IRAM."

b) Subsidio por nacimiento y por adopción para el personal del Poder Judicial

Mediante el acuerdo 3212 del 4/5/2005 la Suprema Corte de Justicia bonaerense instituyó un subsidio por nacimiento para el personal de planta permanente de este Poder Judicial, desde el nivel de auxiliar 6 hasta el de jefe de Despacho inclusive: "Se entregarán \$ 300 y un ajuar para el bebé por cada nacimiento".

El acuerdo 3216 del 18/5/2005 amplía el alcance del acuerdo 3212 a los casos de adopción.

c) Fondos para el cumplimiento de amparos judiciales

El decreto 871/2005 (Departamento de Salud), B.O. del 3/6/2005, autoriza en el Ministerio de Salud el funcionamiento para el Ejercicio 2005 del Fondo Especial Permanente creado por decreto 493/2004 y ampliado por decreto 1400/2004 , en jurisdicción de dicha Secretaría de Estado, por un monto de \$ 200.000, destinado a dar cumplimiento a los amparos judiciales que disponen suministros con carácter urgente y a la compra de medicamentos por vía de excepción, que no estén contemplados en programas existentes, para personas atendidas en hospitales públicos sin cobertura de obra social y con patologías crónicas.

d) **Ámbito temporal de los datos que integran las nóminas de niños dados en guarda con fines adoptivos y en adopción**

Disposición 1/2005 , emitida por la Dirección Nacional del Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos (DNRUAGFA.) el 7/6/2005 y publicada en el B.O. del 13 /6/2005, en virtud de lo previsto en el art. 4 inc. 12 decreto 383/2005.

El art. 16 del Anexo I del decreto 383 del 28/4/2005, B.O. del 28/4/2005, que aprueba la reglamentación de la ley 25854 (LA 2004–A–83) de Creación del Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos, prescribe que jueces nacionales en lo civil con competencia en asuntos de familia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los magistrados de las jurisdicciones que adhieran remitirán los datos de las solicitudes de guarda y adopción a la Dirección Nacional del Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos.

A fin de determinar la fecha de los datos que integrarán las nóminas de niños dados en guarda con fines adoptivos y en adopción previstas en el cap. V del Anexo I del decreto 383/2005 , la disposición 1/2005 de la DNRUAGFA. dispone que los jueces nacionales en lo civil con competencia en asuntos de familia deberán remitir los resoluciones de adopciones o guardas decididas a partir de la entrada en funcionamiento del Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos (art. 1) y que en el caso de los jueces de las provincias que adhieran al régimen de la ley 25854 y el decreto 383/2005 la fecha a considerar debe ser la de su adhesión efectiva.

Se consideraron dichos límites temporales para no aplicar retroactivamente el art. 16 referido, para no generar inconvenientes materiales derivados de que la mayoría de los expedientes están paralizados o en el Archivo General del Poder Judicial de la Nación y –considerando que el decreto 383/2005 no prevé una pauta objetiva para establecer una fecha límite en la antigüedad de la información– para evitar una determinación de la misma manifiestamente discrecional.

Conviene tener presente que si bien el art. 2 ley 25854 prevé que el Registro tendrá por objeto formalizar una lista de aspirantes a guardas con fines de adopción, la que será denominada "nómina de aspirantes", la reglamentación aprobada por el decreto 383/2005 contempla la confección de cuatro nóminas: una de aspirantes admitidos, una de aspirantes rechazados, una de niños dados en guarda y una de niños dados en adopción. A modo de fundamentación, aclara que si bien las dos últimas nóminas no fueron previstas en la ley reglamentada, no se oponen a sus disposiciones y posibilitan la efectividad del derecho del niño a conocer la información acerca de sus orígenes, en los términos del art. 328 CCiv. (reformado por la ley 24779 [LA 1997–B–1346]).

La provincia de Buenos Aires ha adherido a la ley 25854 mediante la ley 13326 , sancionada el 31/3/2005, promulgada por el decreto 717/2005 , del 20/4/2005, B.O. del 4/5/2005 (ver LexisNexis Buenos Aires n. 1).

Conforme al art. 2 ley 13326 bonaerense, el Poder Ejecutivo convocará a la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires a los fines de coordinar la implementación de la ley, salvaguardando el funcionamiento de sistema de registro provincial vigente.

El Registro bonaerense fue organizado por la acordada 2269/1988 (21/6/1988), que creó el Registro Central de Aspirantes a la Guarda con Fines de Adopción. Ese instrumento legal fue modificado por el acuerdo 2707/1996, del 4/6/1996, y mantiene el sistema de manejo del Registro

en el ámbito del Poder Judicial, específicamente en la Subsecretaría del Patronato de Menores de la Suprema Corte de Justicia y Secretaría de la Procuración General.

El Registro provincial lleva (art. 2): "...a) la lista de postulantes inscriptos en los Juzgados de Menores de la provincia de Buenos Aires; b) la nómina de los menores tutelados que se encuentran en situación de adoptabilidad; y c) la nómina de menores... a cuyo respecto se hubiera impetrado la adopción por ante Juzgados Civiles y/o Tribunales de Familia a efectos de posibilitarles ejercer oportunamente el derecho a conocer su identidad de origen".

e) Programa para la Atención Integral de la Discapacidad

Resolución 676/2005 , del 15/6/2005, B.O. del 22/6/2005. El Ministerio de Salud y Ambiente aprueba la creación del Programa para la Atención Integral de la Discapacidad, destinado a las personas discapacitadas sin cobertura.

Reviste interés provincial, dado que el programa "asume desde la función de rectoría del Ministerio de Salud y Ambiente, la necesidad de asistir a los gobiernos locales en la búsqueda de alternativas que optimicen la atención de las personas con discapacidad", a fin de equiparar las oportunidades de las personas con discapacidad para su integración social, desarrollando acciones preventivas, favoreciendo la detección temprana y oportuna de las patologías, no sólo desde el sector salud sino también a través de mecanismos de cooperación con otros ministerios.

La coordinación de las acciones que demande el cumplimiento de los objetivos del Programa para la Atención Integral de la Discapacidad estará a cargo de la Secretaría de Políticas, Regulación y Relaciones Sanitarias.

En el Anexo A se establecen los alcances y modalidades que asumirá el programa creado a fin de incluir a las personas con discapacidad en un sistema de salud articulado e integrado en una red de servicios.

Entre los fundamentos del programa expuestos en el mencionado Anexo A se explicita que el Ministerio de Salud y Ambiente "se propone asumir desde su función de rectoría, el fortalecimiento de los gobiernos locales en la búsqueda de alternativas que optimicen la atención de las personas con discapacidad".

Se declara como propósito el "desarrollo de un modelo integrado de atención longitudinal o de continuidad de cuidado para las personas con discapacidad, promovido desde el Estado", con el objetivo de "incluir la discapacidad en un sistema de salud articulado e integrado".

El programa está destinado a las personas con discapacidad sin cobertura y tiende al fortalecimiento del sector público de salud de todo el territorio nacional y articulado con la CONADIS. (8) (Comisión Nacional Asesora para la Integración de Personas Discapacitadas).

Se describen sus componentes:

1. Desarrollo de mecanismos de articulación y cooperación entre el Ministerio de Salud y Ambiente de la Nación y los ministerios provinciales para la atención de la problemática de la discapacidad y la profundización del enfoque regional, especialmente en la rehabilitación de máxima complejidad.

2. Apoyo técnico para la implementación de estrategias de intervención que incluyan a las personas con discapacidad en un sistema de salud articulado e integrado, con eje en la atención primaria.

3. Asistencia técnica en la gestión operativa de las prestaciones para las personas con discapacidad, con enfoque de abordaje intersectorial.

Respecto de las acciones –componentes de la articulación Nación–provincia– se detalla:

1.1. Realización de talleres, juntamente con autoridades provinciales o los funcionarios que ellas designen, sobre las capacidades con que cuentan los gobiernos para convocar procesos de participación social, y la facilitación de formas cogestionadas de trabajo, que además de resultar una alternativa laboral constituyan un recurso idóneo de servicios.

1.2. Organización de encuentros intersectoriales para favorecer el intercambio y la cooperación mutua en el ámbito provincial y regional.

1.3. Impulso de la articulación con programas de prevención que existan en la provincia.

1.4. Convocatoria a los profesionales que desarrollan programas o acciones relacionadas con la población con discapacidad para la realización de jornadas técnicas provinciales y regionales dirigidas a identificar barreras y obstáculos que se presenten en los diversos programas y estrategias existentes, a fin de proponer factores facilitadores y potenciadores tendientes a conformar las pautas de funcionamiento de los servicios dentro de la red.

1.5. Estímulo a la difusión de la red de atención.

1.6. Designación por parte de la autoridad local de un coordinador o referente provincial que estará a cargo de la coordinación del programa a nivel territorial y de la ejecución de los proyectos.

En el mismo Anexo se describe la metodología a seguir para implementar las acciones previstas, los indicadores, los recursos y la etapas de ejecución del programa.

NOTAS:

(1) En su disidencia el Dr. Antonio Boggiano consideró que debía declararse procedente el recurso extraordinario, revocarse la sentencia apelada y rechazarse el amparo.

(2) El 11/1/2001, en "T., S. v. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires" (JA 2001–II–356), la Corte Suprema de Justicia Nacional resolvió que corresponde autorizar la inducción del parto de un feto que posee una patología que producirá su incapacidad para subsistir de manera autónoma luego del nacimiento, pues el transcurso íntegro del embarazo tornaría inoficioso un pronunciamiento, a la vez que sería susceptible de materializar el daño que se busca evitar con la acción iniciada, afectándose los derechos fundamentales de las partes (Fallos 324:5).

(3) Hasta aproximadamente las 14 semanas se puede hablar de aborto (espontáneo o provocado), de 15 a 20 semanas, de aborto tardío, entre las 20 y 24 semanas, de parto inmaduro, y desde las 25 semanas, de parto prematuro.

(4) Art. 86 párr. 2º inc. 1 CPen. Otro antecedente a considerar en el ámbito nacional es el fallo de la sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, del 9/10/1996, en el caso "B. de S., H. C. y S., C. A. s/autorización" (ED 172– 294).

(5) Ley 1044 (LA 2003–C–2190) de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sancionada el 26/6/2003, promulgada el 17/7/2003 y publicada en el B.O. del 21/7/2003, sobre el procedimiento aplicable a mujeres embarazadas con fetos que padecen anencefalia o patologías incompatibles con la vida, en los establecimientos asistenciales del sistema de salud de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

(6) Departamento de la Producción. Autoridad de aplicación de la ley 13133 , de conformidad con el decreto 1036/2004 .

(7) Ley provincial 13133 (LA 2004–A–710), Código Provincial de Implementación de los Derechos de los Consumidores y Usuarios, sancionada el 27/11/2003, promulgada el 16/12/2003 (vetada parcialmente por decreto 64/2004) y publicada en el B.O. del 5/1/2004 (LA 2004–D–829).

(8) La Comisión Nacional Asesora para la Integración de Personas Discapacitadas ha sido creada por decreto 1101/1987 , siguiendo las propuestas del Programa de Acción Mundial para las Personas Impedidas, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, por resolución 37/1952 (<http://>).