

# VULNERABILIDAD Y DERECHOS HUMANOS

## PRIMERA PARTE

Coordinador: Patricio J. Torti Cerquetti

Vulnerabilidad y derecho a la salud | Cuestiones de género |  
Diversidad sexual | Vulnerabilidad laboral y de la seguridad social |  
Sujetos vulnerables | Adultos mayores | Personas con discapacidad |  
Menores | Beneficiarios de pensiones por fallecimiento |  
Población carcelaria | Acceso a la justicia

## **ERREPAR**

CONSULTOR DE LEGISLACIÓN,  
JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA

DIRECTOR:

**RICARDO A. PARADA**

SUBDIRECTOR:

**JOSÉ D. ERRECABORDE**

EDITA Y DISTRIBUYE:

© **ERREPAR SA**

TODOS LOS DERECHOS RESERVADOS.

*CENTRO DE ATENCIÓN PERSONAL:*

PARANÁ 725 - (1017)

BUENOS AIRES - ARGENTINA

TEL.: 4370-2002

E-MAIL: [clientes@errepar.com](mailto:clientes@errepar.com)

"ERREPAR ON LINE"

[www.errepar.com](http://www.errepar.com)

# **DERECHOS HUMANOS Y VULNERABILIDAD PRIMERA PARTE**

**DICIEMBRE 2021**

Dirección Nacional del Derecho de Autor. Hecho el depósito que marca la ley 11723.

ISBN 978-987-793-236-2

Sistema patentado, modelos y marcas registrados. Prohibida la reproducción total o parcial por medios electrónicos o mecánicos, incluyendo fotocopia, grabación magnetofónica y cualquier sistema de almacenamiento de información, sin autorización escrita del editor.

Los datos, conceptos y opiniones vertidos por autores y consultores no son necesariamente compartidos por la Editorial ni comprometen a los entes u organismos en los que éstos se desempeñen.

La renovación de las Obras no se entiende realizada en forma automática.

La Editorial se reserva el derecho de modificar en todo o en parte la estructura y el contenido del sistema con el objeto de profundizar la eficiencia del mismo. ERREPAR no se responsabiliza por aquellos elementos que (aun haciendo a la eficacia del sistema) no quedan bajo su gestión directa.

Vulnerabilidad y Derechos Humanos : primera parte / compilación de Ricardo Antonio Parada ; José Daniel Errecaborde ; Coordinación general de Patricio Jorge Torti Cerquetti. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Erreius, 2021. Libro digital, PDF

Archivo Digital: descarga y online  
ISBN 978-987-793-236-2

1. Derechos Humanos. I. Parada, Ricardo Antonio, comp. II. Errecaborde, José Daniel, comp. III. Torti Cerquetti, Patricio Jorge, coord. CDD 323

**VULNERABILIDAD Y  
DERECHOS HUMANOS  
PRIMERA PARTE**

SUPLEMENTO ESPECIAL

---



## PRESENTACIÓN DEL TEMA

---

La vida del ser humano en sociedad refleja la existencia de realidades heterogéneas, coexistiendo en ellas un sinnúmero de sujetos que, debido a factores diversos, se encuentran enmarcados en situaciones de vulnerabilidad, las cuales les generan dificultades para poder ejercer y gozar plenamente de sus derechos.

El reconocimiento de esta situación pone en cabeza de los Estados que integran la comunidad internacional una protección especial de las personas vulnerables, a partir de un cambio de paradigma en el modo de proteger y garantizar sus derechos fundamentales, dando lugar a la posibilidad de generar políticas preferenciales para tales grupos.

La vulnerabilidad, que puede ser entendida como la capacidad disminuida de una persona o grupo de personas para anticiparse, hacer frente y resistir a los efectos de un peligro o perjuicio, natural o causado por la actividad humana, y para recuperarse de los mismos, no es una condición natural de las personas o colectivos sino, antes bien, una categoría construida en base a la desigualdad real que sufren por la sola pertenencia grupal, y a la indiferencia institucional respecto de sus necesidades y de su identidad propia.

De esta forma, según el contexto, cualquier grupo o sector de la sociedad (menores, ancianos, pobres, personas con discapacidad, minorías étnicas o religiosas, migrantes, personas de sexo, orientación sexual e identidad de género diversos, entre otros supuestos), en cuanto colectivo vulnerable, corre mayor riesgo de ser objeto de prácticas discriminatorias, violencia, desventajas sociales o dificultades económicas en comparación con otros grupos dentro de un Estado.

En la dinámica del Derecho, ha cobrado cada vez más importancia la noción de personas en situación de vulnerabilidad, no solo para el diseño de políticas públicas y la promoción de legislaciones específicas, sino también desde el punto de vista jurídico, en tanto se avanza en la imposición de una tutela diferencial en el marco de las relaciones y situaciones jurídicas en aras de proteger sus derechos.

---

---

Desde el punto de vista jurídico, los Derechos Humanos nacen de la dignidad intrínseca del ser humano, lo que significa que deben ser disfrutados por todos, sin distinción alguna de raza, sexo, idioma, origen social, nacionalidad, capacidades, ocupación, edad, etc., siendo necesario por tanto combatir tal discriminación con acciones positivas en aras de velar por el respeto de los derechos de los grupos en situación de vulnerabilidad o desventaja social.

Es a la luz de tal óptica que se presenta esta obra colectiva “Vulnerabilidad y Derechos Humanos” un 10 de diciembre, en conmemoración de la fecha en que la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el año 1948, reuniendo una multiplicidad de miradas en torno a las distintas situaciones de vulnerabilidad que se presentan a diario en nuestra sociedad, invitando al lector a reflexionar sobre esta realidad y convertirse en un partícipe activo del cambio que permita la resolución de las problemáticas que aquejan a estos sectores vulnerables y garantice sus derechos.

Para finalizar, mi más profundo agradecimiento y estima a cada uno de los profesionales y académicos que me han honrado con su valiosa colaboración brindando su enfoque sobre el tema vulnerabilidad desde su área de especialización.

*Patricio J. Torti Cerquetti*  
Coordinador

---

## **Marisa Aizenberg - Sol García Gili**

Vulnerabilidad, salud y derechos: pensando a la vulnerabilidad desde el derecho y su especial consideración en la era digital ..... 7

## **Eduardo Ávalos**

Algunas reflexiones en torno a la tutela convencional, constitucional y legal de las personas con discapacidad como sujetos vulnerables ..... 23

## **Marcela I. Basterra**

Desafíos de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el siglo XXI. Consideraciones especiales sobre las personas en condiciones de vulnerabilidad ..... 47

## **Ana L. Beatove**

Vulnerabilidad y género. Apuntes desde la transversalidad para la efectiva concreción de los derechos consagrados en materia de seguridad social ..... 59

## **Walter F. Carnota - Lucas De Venezia**

De la vulnerabilidad laboral a la vulnerabilidad en la seguridad social ... 83

## **Patricia Carrizo**

Diversidad sexual y la operatividad de los derechos ..... 87

## **Silvia Ciavelli**

La población carcelaria y su derecho de acceso a la información jurídica..... 101

## **Mónica E. Cuervo**

Reseñas de la jurisprudencia laboral de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza en clave de género ..... 117

## **Luis E. Rey Vázquez**

El acceso a la justicia de las personas en situación de vulnerabilidad. Algunas manifestaciones vinculadas a la seguridad social ..... 131

**María Andrea Romero**

Adultos mayores. Vulnerabilidad como fundamento de las medidas de acción positiva ..... 145

**Silvia Y. Tanzi - Juan M. Papillú**

Los menores como sujetos de derecho vulnerables ..... 163

**Daniela L. Yankielewicz - Juan P. Olmo**

Sobre la necesidad de ampliar la nómina de beneficiarios de pensiones por fallecimiento (art. 53, L. 24241) ..... 183

# ADULTOS MAYORES. VULNERABILIDAD COMO FUNDAMENTO DE LAS MEDIDAS DE ACCIÓN POSITIVA

## I - INTRODUCCIÓN

---

La posmodernidad es el contexto histórico-sociológico donde el derecho se desarrolla. La epistemología posmoderna se asienta en el lenguaje según Jean François Lyotard<sup>(2)</sup>. El saber tendrá la función de investigar conocimientos a través teorías lingüísticas que operan como su canal de transmisión.

La definición de los conceptos jurídicos, especialmente “la vulnerabilidad”, auspicia el uso adecuado y correspondiente con el auténtico sentido. También abre espectros de indagación, desacreditando críticas imprecisamente direccionadas.

La doctrina reconoce que el desarrollo del concepto “vulnerabilidad” se encuentra en construcción en los tribunales internacionales de derechos humanos, en el derecho comparado y también en nuestro derecho interno<sup>(3)</sup>. La jurisprudencia incorporó la

---

(1) Abogada egresada de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Rosario de la Universidad Católica Argentina con Medalla de Oro, premio de la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe 2004. Expositora en jornadas de derecho previsional. Miembro de la Comisión de Seguridad Social de la Asociación de Abogadas y Abogados de Buenos Aires. Abogada litigante especializada en derecho previsional

(2) Lyotard, Jean- Francois, “La condición postmoderna. Informe sobre el saber”, Editorial R. E. I., Buenos Aires, 1991

(3) Timmer, Alexandra, “A Quiet Revolution: Vulnerability in the European Court of Human Rights”, en el libro Fineman-Greer (Dir.), “Vulnerability: Reflections on a New Ethical Foundation for Law and Politics”, Ed. Routledge, 2016

consideración de la vulnerabilidad (test de vulnerabilidad) con mayor frecuencia en los últimos años, aunque no tiene correlato en otros ámbitos, con escasa mención, recepción, producción y reglamentación legislativa y administrativa.

## II - ¿QUÉ ES LA VULNERABILIDAD?

La complejidad para definir el vocablo radica en que “*la vulnerabilidad como standard*” podría catalogarse como un concepto jurídico indeterminado<sup>(4)</sup>. Especialmente la dificultad se patentiza en la vaguedad de la palabra, es decir, por tener un significado con límites difusos (*borderline cases*) o incertidumbre sobre el alcance<sup>(5)</sup>. Esta flexibilidad configura la vulnerabilidad como concepto abierto, comprensivo e incluyente de supuestos de hecho diversos, cumpliendo variadas finalidades jurídico-tuitivas.

Etimológicamente, la palabra “vulnerable” proviene del latín “*vulnerabilis*”, “*que puede resultar herido*”<sup>(6)</sup>. El Diccionario de la Real Academia Española define la vulnerabilidad como: “*Que puede ser herido o recibir lesión, física o moralmente*”.

La jurista Samantha Besson conceptualiza la vulnerabilidad como “*cualidad del individuo o grupo que son susceptibles a un ataque en sus intereses*”. En este sentido, “la vulnerabilidad” es descriptiva de la facticidad. De presentarse esta situación en un caso particular, los jueces deben articular las fuentes jurídicas para arribar a una solución justa. El derecho hace suyo el concepto, al garantizar a la “situación de vulnerabilidad” la debida protección para un ejercicio igualitario de los derechos. El doctor Lorenzetti sostiene que “*la vulnerabilidad define un supuesto de hecho de la norma de protección. Vulnerable es un sujeto que es débil frente a otro en una relación jurídica y por ello necesita protección del derecho*”<sup>(7)</sup>. El académico Hugues Fulchiron señala que el “*concepto de vulnerabilidad es a la vez descriptivo de un estado y prescriptivo de un estatuto: la situación calificada de vulnerabilidad llama a una protección que se construirá poco a poco en estatuto...*”<sup>(8)</sup>.

Las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, instrumento aprobado por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana en el año 2008 en Brasilia, constituye a nivel regional el documento más relevante que recepta la vulnerabilidad y, a través de una serie de medidas simples, desarrolla reglas que procuran el efectivo acceso a la justicia de las personas vulnerables. La Corte de Suprema de Justicia de la Nación adhirió a estas Reglas por la Acordada 5/2009 (24/2/2009),

(4) Eduardo García de Enterría explica los conceptos jurídicos indeterminados “*en el sentido de que la medida concreta para la aplicación de los mismos en un caso particular no nos la resuelve o determina con exactitud la propia ley que los ha creado y de cuya aplicación se trata*”. En “La lucha contra las inmunidades del poder”, Ed. Civitas, 2016, pág. 34. Para ejemplificar otros conceptos jurídicos indeterminados son la buena fe, el bien común, la razonabilidad, la dignidad

(5) Poscher, Ralf, “Ambiguity and Vagueness in Legal Interpretation”, en el libro “The Oxford Handbook of Language and Law”. Tiersma-Solan, Oxford University Press, 2012

(6) Oxford Reference website: “Vulnerable: that may be wounded XVII; open to attack XVII (of a place XVIII). - Late L. vulnerābilis wounding...”

(7) Lorenzetti, Ricardo L., “Tratado de los contratos - Parte General”, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2018

(8) Fulchiron, Hugues, “Acerca de la vulnerabilidad y de las personas vulnerables” en Basset, Fulchiron, Bidaud Garon y Lafferriere, “Tratado de la vulnerabilidad”, LL, Buenos Aires, 2017

que serán seguidas como guía para los asuntos a que se refiere. También adhirieron a estas otros tribunales nacionales y organismos estatales. De las 100 reglas, 73 fueron modificadas en el año 2018 en la XIX Cumbre Judicial Iberoamericana de Quito. Entre ellas, la regla 3, 4 y 6, en las que se caracteriza el concepto, se enumeran las posibles causas de vulnerabilidad y se describe el “envejecimiento”, respectivamente.

En el año 2008, la regla 3 omite definir la noción, simplemente detallando que *“se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico”*. En la reforma del documento en el año 2018 se introduce la definición en la regla 3: *“Una persona o grupo de personas se encuentran en condición de vulnerabilidad, cuando su capacidad para prevenir, resistir o sobreponerse a un impacto que les sitúe en situación de riesgo, no está desarrollada o se encuentra limitada por circunstancias diversas para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico...”*. En esa misma reforma, se amplían las personas consideradas en condición de vulnerabilidad incorporando la orientación sexual e identidad de género y relacionadas con sus creencias y/o prácticas religiosas.

La regla 4 describe como causales de vulnerabilidad la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas, la victimización, la migración, el desplazamiento interno, la pobreza, el género, la privación de la libertad, agregándose en 2018 la pertenencia a otras diversidades étnicas - culturales, entre ellas, las personas afrodescendientes, la condición de refugio, la orientación sexual e identidad de género.

En el último párrafo aclara que *“la concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico”*, adecuándolo a las particularidades de cada Estado.

### III - TEORÍAS FILOSÓFICO-JURÍDICAS

---

#### Tesis de vulnerabilidad

La jurista norteamericana Martha Albertson Fineman desarrolló a través sus trabajos iniciales en el año 2008 una tesis de vulnerabilidad anclada en la igualdad de la condición humana. La vulnerabilidad es típicamente asociada con dependencia, enfermedad. En su entendimiento la vulnerabilidad, como aspecto de la condición humana, es universal y constante. Como seres humanos no estamos exentos, por el contrario, nos encontramos constantemente expuestos a la posibilidad de dependencia, en riesgo por eventos por fuera del control humano<sup>(9)</sup>. De este modo, con una vulnerabilidad inherente a la humanidad, se destierra todo tipo de estigmatización, o negatividad atribuida al concepto, aceptando la vulnerabilidad por ser compartida en la naturaleza humana, conllevando una mejor comprensión de la realidad posmoderna compleja. El concepto

---

(9) Fineman, Martha Albertson, “The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition”, Yale Journal of Law and Feminism. Vol 20, 2008

relacional empático posiciona unos frente a otros como seres humanos y reivindica la dignidad.

La vulnerabilidad es universal, siendo que la corporeización nos hace susceptibles de daño accidental o proveniente de nuestras acciones o de la naturaleza o meramente del paso del tiempo. Podremos disminuir el riesgo o mitigarlo, pero la posibilidad de la lesión es inevitable. Al mismo tiempo de reconocer la vulnerabilidad universal, puede existir vulnerabilidad en el sujeto particular, sea física o socialmente. La resiliencia es particular, y ante la disparidad de condiciones o recursos para afrontar la lesión, el concepto se torna generador de mandatos y responsabilidades.<sup>(10)</sup>

El desarrollo del concepto de vulnerabilidad, resiliencia, y responsabilidad frente a ello, presenta un nuevo paradigma de justicia.

A mi criterio, esta teoría filosófica-antropológica tiene una ventaja por hacer renacer la empatía, y reconocernos humanos -“*embodied humanity*”-, no exentos de las amenazas propias de la vida, de la existencia humana como tal.

### Teoría de vulnerabilidad dentro de la estructura de los derechos humanos

La vulnerabilidad como estándar encuentra justificación en la teoría de los derechos humanos, comprendido en la estructura moral de estos derechos. En esta teoría, la jurista Samantha Besson resalta que la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos por primera vez aplica el concepto en 1981 pero la frecuencia y regularidad se incrementa notoriamente desde el año 2001. Este concepto, más allá de la rotunda presencia jurisprudencial, tiene la ventaja de tangibilidad en las normas internacionales de derechos humanos. La estructura analítica de los derechos humanos es moral y legal, la vulnerabilidad cumple un rol central en la estructura moral de los derechos humanos al mismo tiempo que obtiene de estos el resguardo normativo. La protección de la vulnerabilidad especial se corresponde con obligaciones especiales, en particular positivas, fundadas en derechos humanos generales derivados de instrumentos generales de protección de derechos humanos (Convención Europea de Derechos Humanos, Convención Americana de Derechos Humanos, etc.).<sup>(11)</sup>

## IV - DIFERENCIACIONES POSITIVAS Y NEGATIVAS

---

Al legislar o juzgar efectuando distinciones del adulto mayor, testeadas conforme a la razonabilidad e igualdad a luz de la vulnerabilidad, es posible incurrir en discriminaciones negativas o tutelas diferenciales positivas.

- La diferencia es negativa si distingue de manera discriminatoria al adulto mayor, vedando, obstaculizando o limitando el acceso, reconocimiento, goce o garantía de los derechos humanos en condiciones de igualdad. La protección frente a la discriminación

---

(10) Fineman, Martha Albertson, “Equality, Autonomy, and the Vulnerable Subject in Law and Politics” en el libro Fineman-Greer (Dir.), “Vulnerability. Reflections on a New Ethical Foundation for Law and Politics”. New York, 2016

(11) Besson, Samantha, “La vulnérabilité et la structure des droits de l’homme. L’exemple de la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l’Homme”, Conferencia en el Instituto de Estudios Avanzados de Nantes

negativa se encuentra resguardada por el artículo 16 de la Constitución Nacional: “*Todos sus habitantes son iguales ante la ley*”; y en el *corpus iuris* internacional de derechos humanos: Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores: artículo 1, artículo 2, en el cual se define discriminación<sup>(12)</sup>, discriminación por edad<sup>(13)</sup>, discriminación múltiple<sup>(14)</sup>, y el artículo 5, que en su primer párrafo dispone: “*Queda prohibida por la presente Convención la discriminación por edad en la vejez*”. Convención Americana sobre Derechos Humanos: artículo 1.1, Convenio Europeo de Derechos Humanos: artículo 14 de prohibición de discriminación. Pretorariamente, estas discriminaciones negativas se convertirán en una “categoría sospechosa”, que conforme a la doctora Sánchez Caparros “*se caracteriza porque su presencia conllevará que la regulación que la emplee se vea afectada por una fuerte presunción de inconstitucionalidad y quede sujeta a un tipo de revisión judicial especial (test severo o estricto), que exigirá, a quien pretenda sostener su validez, probar la legitimidad de esa regulación mediante una rigurosa justificación relativa a los fines que se han procurado resguardar con su dictado y a los medios que se han empleado a tal efecto*”.<sup>(15)</sup>

La vulnerabilidad especial de la mayor edad no ha sido considerada por los tribunales nacionales e internacionales, por lo general, como categoría sospechosa; existiendo ciertos enfoques como categoría cuasi sospechosa con un test intermedio. Dentro de los parámetros por los cuales una categoría es sospechosa se encuentra que históricamente haya existido discriminación y que el motivo prohibido se halle expresamente regulado, en este caso, proviene del artículo 5 de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores. El año pasado, durante la pandemia, el Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 14 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en autos “Lanzieri, Silvano”<sup>(16)</sup>, encuadra en estricto el test a efectuarse sobre la norma ameritando que el actor y adherentes conformaban el grupo de adultos mayores. La distinción etaria es rotulada en el fallo como categoría sospechosa citando el precedente “Hooft”<sup>(17)</sup> de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, finalmente declarando la inconstitucionalidad de las disposiciones que imponían restricciones a la circulación para los mayores de 70 años de edad en la pandemia.

---

(12) “Discriminación”: cualquier distinción, exclusión, restricción que tenga como objetivo o efecto anular o restringir el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la esfera política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública y privada

(13) “Discriminación por edad en la vejez”: cualquier distinción, exclusión o restricción basada en la edad que tenga como objetivo o efecto anular o restringir el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones de los derechos humanos y libertades fundamentales en la esfera política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública y privada

(14) “Discriminación múltiple”: cualquier distinción, exclusión o restricción hacia la persona mayor fundada en dos o más factores de discriminación

(15) Sánchez Caparros, Mariana, “Categorías sospechosas”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2020, pág. 1

(16) Juzg. Cont. Adm. y Trib. N° 14, 20/4/2020, “Lanzieri, Silvano c/GCBA s/amparo”

(17) CSJN, 16/11/2004, “Hooft, Pedro Cornelio Federico c/Provincia de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, Fallos: 327:5118

- La diferencia es positiva cuando resguarda derechos, denominándose tutela diferenciada, acentuada o exacerbada. Tal precepto emana del artículo 75, inciso 23), de la Constitución Nacional, correspondiendo al Congreso *“legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”*. De esta disposición se deslindan dos aspectos de trascendencia, que el mandato encomendado al Congreso de la Nación no tiene una reglamentación expresa para nuestro país<sup>(18)</sup>. En el año 2017, se aprobó por la ley 27360 la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, por la cual los Estados parte se comprometen a garantizar la debida diligencia y el tratamiento preferencial a la persona mayor para la tramitación, resolución y ejecución de sus decisiones en procesos administrativos y judiciales, debiendo la actuación judicial ser particularmente expedita en caso de riesgo de salud o vida de la persona mayor (art. 31, Acceso a la justicia).

En segundo lugar, la reflexión acerca del alcance sustancial y procesal de las medidas de acción positiva legal y/o jurisprudencialmente. La vulnerabilidad es condición necesaria y suficiente de la tutela diferenciada procesal y sustancial. En la órbita procesal, a partir de la regla 33 de las Reglas de Brasilia, se propicia la adopción de medidas de organización y gestión judicial, y, dentro de ellas, la regla 38 da tratamiento a la agilidad y prioridad: *“Se adoptarán las medidas necesarias para evitar retrasos en la tramitación de las causas, garantizando la pronta resolución judicial, así como una ejecución rápida de lo resuelto. Cuando las circunstancias de la situación de vulnerabilidad lo aconsejen, se otorgará prioridad en la atención, resolución y ejecución del caso por parte de los órganos del sistema de justicia. Se colocará en los expedientes un distintivo visible, que permita identificar que el proceso”*<sup>(19)</sup>. La regla 42 del documento desarrolla “la regla de proximidad”, promoviendo el acercamiento de los servicios del sistema de justicia a aquellos grupos de población que se encuentran en lugares geográficamente lejanos o con especiales dificultades de comunicación. Desde la regla 43 se impulsan métodos alternativos de resolución de conflictos para personas en condición de vulnerabilidad.

En Brasil, el Estatuto do Idoso, aprobado por ley 10741 del año 2003, desde los artículos 69 a 71, regula específicamente el acceso a la justicia de las personas mayores, aplicando el procedimiento sumario, debiendo crear varas especializadas y exclusivas de la persona de edad y asegurando la prioridad acentuada cuando sean mayores de 80 años [art. 71, inc. 5)].<sup>(20)</sup>

---

(18) CSJN, 26/3/2019, “García, María Isabel c/AFIP s/acción meramente declarativa de inconstitucionalidad”, punto resolutive II: *“Poner en conocimiento del Congreso de la Nación la necesidad de adoptar un tratamiento diferenciado para la tutela de jubilados en condiciones de vulnerabilidad por ancianidad enfermedad, que conjugue este factor relevante con el de la capacidad contributiva potencial”*, Fallos: 342:411

(19) El último párrafo es agregado por la actualización de Quito de 2018

(20) “Vulnerabilidade e sua compreensão no direito brasileiro”, Marcos Ehrhardt Jr., Fabiola Lobo, organizadores, Editora Foco, São Paulo, 2021

Especial mención requiere el artículo 2, inciso 2), de la ley 26854<sup>(21)</sup>, ley de medidas cautelares en las que el Estado Nacional es parte o interviene, que habilita a declarar medidas cautelares al juez incompetente cuando se trate de sectores socialmente vulnerables acreditados en el proceso o de naturaleza alimentaria, entre otros supuestos. En el fuero de la seguridad social, las medidas cautelares han sido escasamente admitidas por la línea jurisprudencial marcada por el Alto Tribunal en el precedente “Márquez”<sup>(22)</sup>, donde la Corte las acotara a nivel de excepcionalidad, haciendo su aplicación mesurada ante un reconocimiento expreso que la mayoría abrumadora de los juicios en el fuero de la seguridad social son de naturaleza alimentaria y de avanzada edad los actores. Este fallo marca una delimitación probatoria en cierto modo excesiva que no condice con la hermenéutica propia de los derechos de la seguridad social, aunque quizás retrospectivamente haya sido pragmática evitando que multiplicación de incidentes generara más colapso en el fuero.

En lo sustancial, las medidas de acción positivas emergentes de la vulnerabilidad, cuya regulación diferenciada-protectoria se hubiere omitido, permiten habilitar la declaración de inconstitucionalidad. El fundamento central de la tutela acentuada es la vulnerabilidad, avanzando por encima de evitar discriminaciones negativas, impulsando hacia una regulación contemplativa del estándar y decisiones judiciales que incluyan el concepto en el control de constitucionalidad y convencionalidad, a pedido de parte y de oficio.

## V - CARACTERES Y CLASIFICACIÓN

La vulnerabilidad puede ser tanto potencial como efectiva. La vulnerabilidad presupone al menos una potencialidad, aunque, en oportunidades, la tutela diferencial requerirá la efectiva existencia de vulnerabilidad. También podría darse el supuesto de una vulnerabilidad potencial y efectiva cuando se regula sobre un grupo, en nuestro caso, adultos mayores.

La vulnerabilidad puede ser colectiva o individual. Los tratados internacionales de derechos humanos y particularmente los tribunales internacionales, referencian la vulnerabilidad en la tutela del individuo, de un grupo específico o del colectivo total.

La vulnerabilidad puede ser general o específica. La vulnerabilidad general será un estándar valorativo, propiamente dentro de la órbita del poder judicial. La vulnerabilidad específicamente regulada podrá detallarse, incorporarse o estipularse en leyes y/o reglamentaciones administrativas.

Dentro de la clasificación: la vulnerabilidad vital proviene del riesgo de vida, integridad física, mental o corporal, o amenazas a la salud, cuestiones biológicas intervienen en esta consideración; la vulnerabilidad cognoscitiva versa sobre la deficiencia de instrucción en herramientas tecnológicas, o mecanismos y técnicas modernas de contratación, consumo,

(21) L. 26854, art. 2, inc. 2): la providencia cautelar dictada contra el Estado Nacional y sus entes descentralizados por un juez o tribunal incompetente, solo tendrá eficacia cuando se trate de sectores socialmente vulnerables acreditados en el proceso, se encuentre comprometida la vida digna conforme la Convención Americana de Derechos Humanos, la salud o un derecho de naturaleza alimentaria. También tendrá eficacia cuando se trate de un derecho de naturaleza ambiental

(22) CSJN, 20/8/2014, “Márquez, Alfredo Jorge c/ANSeS y otro s/incidente”. M. 641. XLVII. RHE

adquisición de créditos, destacando el marcado sobreendeudamiento existente en sectores de mayor edad; la vulnerabilidad económica por insuficiencia en los recursos de manera general, o frente mayores gastos que irroga la atención sanitaria (canasta básica) para el adulto mayor. La vulnerabilidad social suele equipararse a la vulnerabilidad económica, pero los juristas suelen tener referencias más amplias, como la potencialidad de ingresar al mercado laboral, el trato histórico recibido por grupos o individuos, etc. Por último, la vulnerabilidad puede ser múltiple, combinada, agravada, cuando varios supuestos se conjugan determinando una extrema vulnerabilidad.

La vulnerabilidad no admite puntos intermedios, existe vulnerabilidad en cualquiera de los modos que hemos detallado o no existe vulnerabilidad efectiva. Determinada su existencia, hay supuestos de extrema vulnerabilidad, que demarcan que dentro del concepto puede existir un grado de afectación mayor al momento de ejercer igualitariamente sus derechos.

La vulnerabilidad es un concepto transversal al derecho público y privado, a los aspectos procesales y sustanciales, como imperativo constitucional y de los derechos humanos.

En el caso “García, María Isabel”<sup>(23)</sup>, la Corte Suprema de Justicia de la Nación expresa que la falta de estipulación y tratamiento diferenciado de la vulnerabilidad general del colectivo de beneficiarios torna inconstitucional la regulación del impuesto a las ganancias en las prestaciones de la seguridad social. En este caso, la referencia a la inconstitucionalidad verifica la condición de grupo vulnerable de la parte requirente<sup>(24)</sup> y la existencia de una norma que no pondera la situación diferencial, poniendo de resalto que corresponde el goce de derechos de la seguridad social en condiciones de igualdad entre los beneficiarios, debiendo diferenciándolos de los meros contribuyentes.

En cambio, al resolver en el expediente “Caldeiro, Juan Carlos”<sup>(25)</sup>, el Máximo Tribunal no declara la inconstitucionalidad de ninguna norma puesto que tal declaración constituye la última *ratio* del orden jurídico, no siendo razonable (ni necesario) invalidar globalmente un sistema diseñado por el órgano representativo, pero *“ponderando que las ejecuciones de sentencias judiciales deben incorporar la posibilidad de analizar en concreto la incidencia de la decisión y su ejecución en el desarrollo regular de las prestaciones estatales, evitando -en extremo- convalidar la impunidad gubernamental como modus operandi en su relación con la comunidad”*. Reitera que tanto el envejecimiento como la discapacidad son causales predisponentes o determinantes de vulnerabilidad. Por lo cual, acreditada la vulnerabilidad del actor por su avanzada edad (70 años) y su delicado estado de salud, declara el cumplimiento excluido del régimen general para este caso (art. 22, L. 23982).

---

(23) CSJN, 26/3/2019, “García, María Isabel c/AFIP s/acción meramente declarativa de inconstitucionalidad”. Fallos: 342:411. Cita digital IUSJU036587E

(24) CSJN, 26/3/2019, “García, María Isabel c/AFIP s/acción meramente declarativa de inconstitucionalidad”. Fallos: 342:411. Cita digital IUSJU036587E, Consid. 13: *“Que el envejecimiento y la discapacidad -los motivos más comunes por las que se accede al status de jubilado son causas predisponentes o determinantes de vulnerabilidad, circunstancia que normalmente obliga a los concernidos a contar con mayores recursos para no ver comprometida seriamente su existencia y/o calidad de vida y el consecuente ejercicio de sus derechos fundamentales”*

(25) CSJN, 30/4/2020, “Caldeiro, Juan Carlos c/EN-M Defensa - Ejército s/daños y perjuicios”. Fallos: 343:264

Ambos casos refieren a vulnerabilidad del adulto mayor en demandas contra el Estado Nacional, pero en el caso “García” la evaluación de la norma por el estándar valorativo es diferente a la aplicación efectuada en autos “Caldeiro, Juan Carlos” en el cual la vulnerabilidad es efectiva e individual, resaltando en dos sentencias con puntos de encuentro la versatilidad de la vulnerabilidad en la jurisprudencia del Alto Tribunal.

## VI - EL ENVEJECIMIENTO COMO VULNERABILIDAD

El envejecimiento puede constituirse en categoría vulnerable cuando la persona adulta mayor encuentre especiales dificultades, atendiendo a sus capacidades funcionales y/o barreras producto del entorno económico y social, con pleno respeto a su dignidad. Esta redacción de la regla 6 de las Reglas de Brasilia -actualizada en Quito- incluye las barreras económicas y sociales, direccionando la tutela a la dignidad, circunstancias que no habían sido contempladas en la redacción original del año 2008.

El envejecimiento es definido como un *“proceso gradual que se desarrolla durante el curso de vida y que conlleva cambios biológicos, fisiológicos, psico-sociales y funcionales de variadas consecuencias, las cuales se asocian con interacciones dinámicas y permanentes entre el sujeto y su medio”*.<sup>(26)</sup>

La vulnerabilidad del adulto mayor goza de amplio espectro de aplicación que sobrepasa el derecho de la seguridad social y el derecho previsional. Recientemente la Cámara Comercial confirma una medida cautelar para que cese el descuento que se le efectúa a una jubilada ante la alegación de la existencia de *phishing*<sup>(27)</sup>. La Cámara Federal de Salta ordenó la concesión de cuidador para una señora de 88 años de edad con Alzheimer, en una acción presentada contra PAMI<sup>(28)</sup>. El Superior Tribunal de Justicia de Corrientes resuelve sobre la vivienda de un adulto mayor<sup>(29)</sup>. Estas posturas, *inter alia*,

(26) Art. 2, Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores

(27) CCom, Sala D, 18/5/2021, “Arco, Elba Graciela c/BBVA Banco Francés SA s/ordinario s/incidente de apelación”

(28) CFed. Salta, Sala I, 20/5/2021, “C., F. A. c/PAMI s/Amparo Ley 16986”. En similar sentido en acción contra PAMI, “Reynoso, Nilda Noemí c/INSSJP s/amparos y sumarisimos”. Fallos: 329:1638

(29) Superior Tribunal de Justicia, Secretaría Jurisdiccional N° 2 Corrientes, 10/11/2020, “S. D. R. c/J. de D. C. y/o quienes resulten ocupantes s/desalojo”, expresa: *“Al respecto cabe recordar las elocuentes palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso ‘Atala Riffo’, cuando reitera que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio. En resguardo de estos lazos familiares de hecho y en consonancia con la solidaridad familiar que surge de haber asumido un proyecto de vida en común y la atención particular que la nueva legislación brinda a los sectores de la población más vulnerables, el reconocimiento de efectos jurídicos a las uniones convivenciales se otorga con prescindencia de formalidad alguna, es decir, estén las parejas registradas o no. VI. Sumado a ello, se pretende desalojar a una persona de 80 años (tenía 75 en el 2015 según surge del certificado de defunción de la Sra. S.) de la casa en que vivió con su pareja hace 20, 25 o 30 años, cuando por imperio de las normas convencionales (‘Convención Interamericana sobre Derechos Humanos de las personas mayores’) la deberíamos de considerar ‘vulnerable’ (con ese mismo enfoque hemos dictado la sentencia dictada el 20/4/2016 en el Expediente N° C01 20185/7). Normativa que este Superior Tribunal ha definido como política pública conforme ha quedado plasmado en el punto 18 del Acuerdo 18/2019,*

muestran el trasvasamiento de la vulnerabilidad del adulto mayor como presupuesto de una ponderación diferencial del contexto situacional en el que se encuentra inmerso, y encausa las resoluciones corrigiendo las diferencias lesivas de la igualdad real, adecuándose a una solución estrictamente constitucional y respetuosa de los tratados de derechos humanos.

Correlativamente, encontramos otros fallos sobre vulnerabilidad en el derecho de la seguridad social, que no refieren a adultos mayores. El año 2020, el Juzgado Federal de la Seguridad Social N° 5 reconoció a un nieto discapacitado el derecho a la pensión derivada del beneficio del abuelo, por haberse encontrado a su cargo, acreditada la extrema vulnerabilidad<sup>(30)</sup>. La Corte Suprema se expidió favorablemente acerca del derecho a la Asignación Universal por Hijo a las internas del penal<sup>(31)</sup>. La Cámara Federal de Córdoba reconoce el derecho a una pensión no contributiva a una mujer trans trabajadora con HIV por su vulnerabilidad social<sup>(32)</sup>. En otro caso, el Máximo Tribunal consideró la vulnerabilidad de una niña con discapacidad que no cumplía con los requisitos de residencia mínima para el acceso a las pensiones no contributivas<sup>(33)</sup>. La Sala II de la Cámara Federal de la Seguridad Social se pronunció en un fallo sobre suspensión de pensiones no contributivas percibidas por discapacitados.<sup>(34)</sup>

Gráficamente se observa del siguiente modo: en el conjunto de la izquierda, encontramos el derecho receptivo del concepto frente a la vulnerabilidad del adulto mayor, mientras que el conjunto de la derecha contiene el derecho de la seguridad social considerando la vulnerabilidad. En la intersección de conjuntos es propio y específico -aunque no exclusivo- de la previsión social la vulnerabilidad del adulto mayor. El “status de jubilado” se adquiere una vez alcanzada una edad legalmente estipulada, en la norma general nacional: 60 años para las mujeres y 65 años para el hombre. Esta edad es coincidente con la definición del artículo 2 de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores. Sin embargo, no podemos reducir simplemente a una cuestión matemática, puesto que los adultos mayores conforman un grupo heterogéneo. Es por ello que la regla 6 de las Reglas de Brasilia utiliza el potencial “puede constituirse”.

---

*pto. 18, y particularmente por Acuerdo 15/2020, pto. 16, por el cual se aprobó el 'Protocolo único de actuación para la justicia de Corrientes en materia de adultos mayores en situación de vulnerabilidad'". Cfr. art. 527, CCyCo.: "Atribución de la vivienda en caso de muerte de uno de los convivientes. El conviviente supérstite que carece de vivienda propia habitable o de bienes suficientes que aseguren el acceso a esta, puede invocar el derecho real de habitación gratuito por un plazo máximo de dos años sobre el inmueble de propiedad del causante que constituyó el último hogar familiar y que a la apertura de la sucesión no se encontraba en condominio con otras personas. Este derecho es inoponible a los acreedores del causante. Se extingue si el conviviente supérstite constituye una nueva unión convivencial, contrae matrimonio, o adquiere una vivienda propia habitable o bienes suficientes para acceder a esta"*

(30) Juzg. Fed. Seg. Social N° 5, 25/11/2020, "López Somoza, Gastón c/ANSeS s/amparos y sumarísimos", se declara inaplicable el art. 53, L. 24241

(31) CSJN, 11/2/2020, "Internas de la Unidad N° 31 SPF y otros s/habeas corpus". Fallos: 343:15

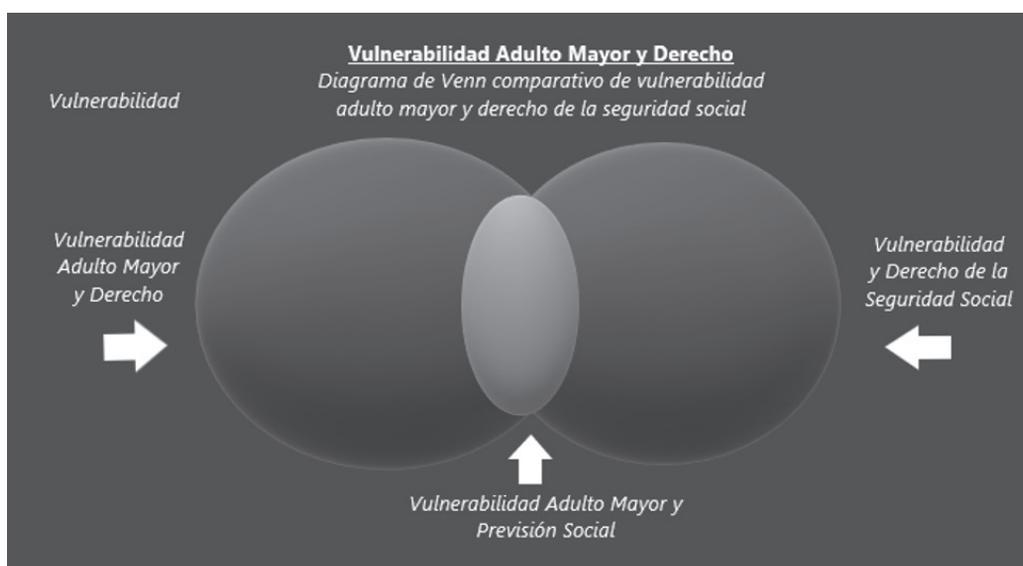
(32) CFed. Córdoba, Sala B, 12/4/2021, "O., B. N. c/Estado Nacional -Agencia Nac. de Discapac. s/amparo ley 16986"

(33) CSJN, 4/9/2007, "Reyes Aguilera, Daniela c/Estado Nacional". Fallos: 330:3853

(34) CFSS, Sala II, 9/11/2017 y 5/3/2019, "Asociación REDI y otro c/EN - M. Desarrollo Social s/amparos y sumarísimos" y también en incidente

En el punto f de la resolución del Parlamento Europeo sobre la Segunda Asamblea Mundial de las Naciones Unidas sobre el Envejecimiento (Madrid, del 8 al 12/4/2002) considera “*que es necesario un cambio de actitud si se desea que la sociedad se convierta en una sociedad para todas las edades, teniendo en cuenta la distinción que existe en las sociedades europeas entre los que pertenecen a la tercera edad, que llevan vidas saludables, activas e independientes y que deberían participar plenamente en la sociedad en la que viven, y aquellos que pertenecen a la cuarta edad, cuya independencia y salud son más delicadas y que merecen atención y cuidados específicos con el fin de que puedan vivir dignamente*”.

Inveteradamente, la avanzada edad fue un factor de relevancia para la resolución de las causas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.<sup>(35)</sup>



## VII - NORMAS PROTECTORIAS DE LA VULNERABILIDAD

La jurista brasileña Claudia Lima Márquez destaca que una de las características de la posmodernidad es la diversidad y pluralidad normativa. Ante casos difíciles (*hard cases*), el derecho no encuentra solución acabada en una ley, y por eso nuestro Código Civil y Comercial de la Nación refiere a que se aplicarán “leyes” en el artículo 1, aludiendo al denominado “diálogo de fuentes”.

(35) CSJN, 29/3/1993, “Iachemet, María Luisa c/Armada Argentinas/pensión”. Fallos: 316:780. CSJN, 17/5/2016, “Suárez, Sixto Axel c/ANSeS s/ejecución previsional”. Fallos: 339:649. CSJN, 27/12/2016, “Sola, Vicente Miguel c/ANSeS s/ejecución previsional”. Fallos: 339:1808. CSJN, 6/5/2021, “García Blanco, Esteban c/ANSeS s/reajustes varios”. Fallos: 344: 983

- Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad (CSJN, Acordada 5/2009).
- Consumidores: resolución Secretaría de Comercio 139/2020. En las consideraciones esgrime *“que la existencia de condiciones de vulnerabilidad en las que se encuentran ciertos grupos de personas requiere la intervención de los tres Poderes de la República Argentina en aras a mitigar las desigualdades mencionadas en los considerandos inmediatos anteriores. Que, así también, el reconocimiento de estos grupos desaventajados obliga al resto del aparato de la Administración Pública a intervenir en las situaciones de desigualdad y privación de derechos, especialmente cuando se trata de sujetos en situación de vulnerabilidad”*. En el artículo 2, inciso c), considera vulnerables para la ley 24240 a las personas mayores de 70 años de edad; en el inciso d) estipula la protección diferencial para personas discapacitadas con certificado que así lo acredite; y vulnerables socialmente a jubilados y pensionados con haberes inferiores a dos haberes mínimos vitales y móviles (pto. 1, inc. i, art. 2). Este grupo tendrá derecho al lenguaje accesible y la colaboración reforzada entre otros.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, resolución 1/2020, “Pandemia y Derechos Humanos en las Américas”, punto III, “Grupos en especial situación de vulnerabilidad”.<sup>(36)</sup>
- Protocolo San Salvador: *“Artículo 17. Toda persona tiene derecho a protección especial durante su ancianidad. En tal cometido, los Estados partes se comprometen a adoptar de manera progresiva las medidas necesarias a fin de llevar este derecho a la práctica y en particular a: a) proporcionar instalaciones adecuadas, así como alimentación y atención médica especializada a las personas de edad avanzada que carezcan de ella y no se encuentren en condiciones de proporcionársela por sí mismas; b) ejecutar programas laborales específicos destinados a conceder a los ancianos la posibilidad de realizar una actividad productiva adecuada a sus capacidades respetando su vocación o deseos; c) estimular la formación de organizaciones sociales destinadas a mejorar la calidad de vida de los ancianos”*.
- Observación general, Comité DESC N° 6: los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores.
- Observación general, Comité DESC N° 19: el derecho a la seguridad social.
- Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, ley 27360.
- Asambleas de Naciones Unidas sobre Envejecimiento de Viena 1982 - Madrid 2002.

---

(36) *“Recordando que al momento de emitir medidas de emergencia y contención frente a la pandemia del COVID-19, los Estados de la región deben brindar y aplicar perspectivas interseccionales y prestar especial atención a las necesidades y al impacto diferenciado de dichas medidas en los derechos humanos de los grupos históricamente excluidos o en especial riesgo, tales como: personas mayores y personas de cualquier edad que tienen afecciones médicas preexistentes, personas privadas de libertad, mujeres, pueblos indígenas, personas en situación de movilidad humana, niñas, niños y adolescentes, personas LGBTI, personas afrodescendientes, personas con discapacidad, personas trabajadoras, y personas que viven en pobreza y pobreza extrema, especialmente personas trabajadoras informales y personas en situación de calle; así como en las defensoras y defensores de derechos humanos, líderes sociales, profesionales de la salud y periodistas. Teniendo en particular consideración que, en el contexto de pandemia, por lo general, los cuidados de las personas enfermas o necesitadas de especial atención recaen fundamentalmente en las mujeres, a expensas de su desarrollo personal o laboral, existiendo un escaso nivel de institucionalización y reconocimiento social o económico para tales tareas de cuidados que en tiempo de pandemia se vuelven aún más necesarios y exigentes”*

## VIII - JURISPRUDENCIA SOBRE VULNERABILIDAD DE ADULTOS MAYORES

### a) Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El Tribunal de Estrasburgo recurrió reiteradamente a la vulnerabilidad en sus argumentos, descubriendo y desarrollando el concepto con miras a una mejora en el razonamiento legal<sup>(37)</sup>. En una estadística efectuada por la jurista Besson concluye que la Corte Europea de Derechos Humanos ha mencionado la vulnerabilidad en 326 casos hasta finales del año 2012<sup>(38)</sup>. De un análisis más reciente se detectan 577 casos de vulnerabilidad tratados por el Tribunal Europeo.

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado vulnerables a las mujeres<sup>(39)</sup>, embarazadas, niños<sup>(40)</sup>, enfermos mentales<sup>(41)</sup>, portadores de HIV<sup>(42)</sup>, refugiados, entre otros. La Corte Europea no incluye dentro de los grandes grupos de vulnerables a las personas mayores, aunque tal circunstancia reviste importancia al estimar los tiempos razonables del proceso y verificando el accionar estatal en los supuestos de vulnerabilidad combinada.

La Corte Europea reiteradamente sostiene que la avanzada edad de las personas del proceso requiere una especial diligencia excepcional protegido por el artículo 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos.<sup>(43)</sup>

### b) Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

- *La vulnerabilidad grupal considerada.* En el caso “Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay”<sup>(44)</sup>, la sentencia enfatiza la vulnerabilidad de los niños, ancianos y mujeres de la comunidad indígena. La vulnerabilidad es considerada en los términos del colectivo o grupo, deteniéndose en el análisis del impacto que se generaba especialmente en estos grupos vulnerables.

(37) Timmer, Alexandra, op. cit.

(38) Besson, Samantha, op. cit.

(39) TEDH, 12/6/2008, “Bevacqua and S. V. Bulgaria”

(40) TEDH, 20/3/2012, “C.A.S. and C.S. v. Romania”

(41) TEDH, 20/8/2010, “Alajos Kiss v. Hungary”

(42) TEDH, 15/9/2011, “Kiyutin v. Russia”

(43) ECHR, 9/3/2004, “Caso Jablonská Vs. Polonia”, párr. 43: “Having regard to all the relevant circumstances and, more particularly, to the fact that in view of the applicant’s old age -she was already 71 years old when the litigation started- the Polish courts should have displayed particular diligence in handling her case, the Court concludes that the ‘reasonable time’ requirement was not satisfied”. ECHR, 2/9/2009, “Caso Codarcea Vs. Rumanla”, párr. 89. ECHR, 6/4/2004, “Caso Krzak Vs. Polonia”, párr. 42

(44) CIDH, 17/6/2005, “Comunidad Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas”. Serie C N° 125. Ficha Técnica- Sumario: “El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por no haber garantizado el derecho de propiedad ancestral de la Comunidad Yakye Axa, lo cual generó numerosas afectaciones a sus miembros”

- *La vulnerabilidad considerada en el rubro reparaciones.* En el caso “García Lucero y otras Vs. Chile”<sup>(45)</sup>, la Corte nota que el actor se encuentra en una situación especial de vulnerabilidad, con 79 años de edad y sufriendo una discapacidad permanente (párr. 231). La Corte, en el rubro de reparaciones de los daños inmateriales, resalta la primordial importancia de la celeridad de los procesos judiciales en relación con personas en situación de vulnerabilidad, dada la incidencia particular que la demora puede tener en tales individuos (párr. 246).
- *Derecho a la salud reforzado del adulto mayor por su vulnerabilidad.* En el fallo “Poblete Vilches y otros Vs. Chile”<sup>(46)</sup>, la Corte destaca que, como en el caso del señor Vilches de 76 años de edad, en muchas situaciones se presenta una particular vulnerabilidad de las personas mayores frente al acceso a la salud por factores como las limitaciones físicas, de movilidad, la condición económica o la gravedad de la enfermedad y posibilidades de recuperación. En el siguiente párrafo, la Corte visibiliza a las personas mayores como sujetos de derechos con especial protección y por ende de cuidado integral, con el respeto de su autonomía e independencia. Respecto de las personas adultas mayores, como grupo en situación de vulnerabilidad, existe una obligación reforzada de respeto y garantía de su derecho a la salud (párrs. 131 y 132). También, la Corte Interamericana sostiene que la contribución de parte del Estado para crear o agravar la situación de vulnerabilidad de una persona posee un impacto significativo en la integridad de las personas que le rodean, en particular de los familiares cercanos que se ven obligados a afrontar la incertidumbre e inseguridad generada por la vulneración de su familia nuclear o cercana (párr. 205).
- *Derecho a la efectividad de las sentencias acentuado por la vulnerabilidad.* En el caso “Muelle Flores Vs. Perú”<sup>(47)</sup>, la Corte Interamericana relacionó el carácter de beneficiario de pensiones de vejez con la vulnerabilidad al expresar que estas pensiones son otorgadas a personas mayores, quienes, en algunos supuestos, se encuentran en una situación de vulnerabilidad (párr. 197). Al tiempo del fallo, el señor Oscar Muelle Flores tiene 82 años de edad y padece demencia senil tipo Alzheimer, que es considerada dentro de las reparaciones inmateriales, además de la espera de 27 años de juicio con 25 años de ejecución de sentencia de la seguridad social. Respecto de los tiempos del proceso, para la Corte Interamericana, el paso del tiempo incide de manera relevante en la situación jurídica del individuo, por lo que resultará necesario que el procedimiento avance con mayor diligencia a fin de que el caso se resuelva en un tiempo breve (párr. 162). Tratándose del derecho a la seguridad social, es decir, una prestación de carácter alimentario y sustitutivo del salario, de una persona mayor con discapacidad auditiva, la Corte Interamericana estima que es exigible un criterio reforzado de celeridad (párr. 163). En virtud de su situación de mayor vulnerabilidad se genera una obligación reforzada de respeto y garantía de sus derechos.

---

(45) CIDH, 28/8/2013, “García Lucero y otras Vs. Chile. Excepción preliminar, Fondo y Reparaciones.” Serie C N° 267. Ficha Técnica- Sumario: “El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la falta de investigación y reparación integral de los actos de tortura sufridos por el señor Leopoldo García Lucero desde su detención el 16 de setiembre de 1973 hasta el 12 de junio de 1975, fecha en la que salió de Chile por decreto del Ministerio del Interior, así como por la falta de investigación y sanción de los responsables. Cabe resaltar que a la fecha el señor García Lucero se encuentra exiliado en Reino Unido y tiene de una discapacidad permanente”

(46) CIDH, 8/3/2018, “Poblete Vilches y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas”. Serie C N° 349

(47) CIDH, 6/3/2019, “Muelle Flores Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”. Serie C N° 375

### c) Corte Suprema de Justicia de la Nación

La Corte Suprema de Justicia de la Nación se refiere a la “vulnerabilidad” en 126 fallos hasta el 17 de julio de 2021<sup>(48)</sup>. La frecuencia de menciones se incrementa en el año 2007 con un máximo en el año 2008. Mayoritariamente, estos casos versan sobre internaciones psiquiátricas o por adicciones. Posteriormente, en el ámbito del derecho de la salud se presentará la vulnerabilidad en acciones contra obras sociales estatales o privadas.

Desde el año 2011, el vocablo se repite en materias diversificadas, con una sostenida presencia en demandas contra el Estado, como se observa en la columna de administrativo, siendo que en tal categoría se consignó también derecho provincial, municipal, tributario, ambiental y DDHH -institucional.

Jurisprudencia de la CSJN: “vulnerabilidad”							
Período	Fallos	Penal	Administrativo	Previsional	Salud	Otros	Remisiones
1995/1997	3	1				2	0
2005	1				1		31
2006	1		1			1	0
2007	15		1		9	5	25
2008	23	3	1		14	5	8
2009	9		1		6	2	0
2010	4		1		3		0
2011	4	1	3				1
2012	4	1	2			1	22
2013	7		4			3	20
2014	4	2	1	1		2	14
2015	3			1		2	10
2016	2		2			1	28
2017	3		2			1	26
2018	12	1	4	1	4	2	362
2019	6		1	1		4	39
2020	17	7	5	2	1	2	11
2021	8		3	1		4	2
Total 7/2021	126	16	32	7	38	37	599

(48) Información obtenida por el sistema de búsqueda web de la Secretaría de Jurisprudencia de la CSJN. Únicamente comprende la palabra “vulnerabilidad” (no incluye otras acepciones semejantes)

La relevancia del concepto de vulnerabilidad en los fallos puede estimarse primordialmente de dos modos: a) en la incidencia en la resolución final; b) el espectro de impacto del fallo, configurándose en *precedente* para casos análogos.

En el derecho de la seguridad social, y la previsión social, la calificación constitucional de los ancianos como grupo particularmente vulnerable es introducido en el año 2005 en el voto del doctor Ricardo Lorenzetti en el expediente “Itzcovich, Mabel”<sup>(49)</sup>. Por un lado, la vulnerabilidad incorpora una regla hermenéutica que no se compadece con la introducción de diferencias que, lejos de protegerlos, desmejoran su posición jurídica, configurándose una discriminación negativa. Por otro lado, en el caso de la ancianidad la regla general del acceso a la justicia en materia de derechos fundamentales justificaría una tutela más acentuada, pero no una diferencia en perjuicio de ese sector. La tutela judicial más acentuada se justifica en razón de las particularidades de la avanzada edad.

Posteriormente, en materia de seguridad social la Corte Suprema dicta fallos emblemáticos siendo el primero de la nueva serie receptiva de las Reglas de Brasilia el fallo “Pedraza, Héctor Hugo”<sup>(50)</sup>, que en aplicación de la regla 42, contextualizando la situación generalizada del fuero, ordena atribuir competencia a las cámaras federales de interior de país como instancia de apelación de los expedientes previsionales. En este se declara la inconstitucionalidad del artículo 18 de la ley 24463 por el cual la Cámara Federal de la Seguridad Social era la única instancia de apelación especializada en razón de la materia. Esta disposición se amplía, haciendo extensivo el criterio a las ejecuciones previsionales *in re* “Constantino, Eduardo Francisco”.<sup>(51)</sup>

En diciembre de 2018, la vulnerabilidad en previsión social aplicada para el control constitucional de normas procesales comienza a cambiar su enfoque prismático hacia el derecho de fondo, presentándose en el fallo “Blanco, Lucio Orlando”<sup>(52)</sup>, como estándar valorativo de la resolución final en el considerando 23 y 26, destacando que corresponde poner a resguardo los créditos de la clase pasiva, grupo vulnerable e históricamente postergado, procurando hacer efectiva la protección que la Constitución Nacional garantiza a la ancianidad [art. 75, inc. 23), CN] y atender las situaciones de vulnerabilidad en momentos coyunturales adversos.

A los tres meses, nuevamente se aplica al test de razonabilidad a las normas tributarias que omiten el tratamiento diferenciado y acentuado que requiere la clase pasiva por su condición de vulnerabilidad, ya sea por envejecimiento y/o discapacidad, resultando declarado inconstitucional el impuesto a las ganancias sobre los beneficios previsionales, *in re*: “García, María Isabel”, en una acción meramente declarativa

---

(49) CSJN, 29/6/2005, “Itzcovich, Mabel c/ANSeS s/reajustes varios”. Fallos: 328:566. Voto Dr. Lorenzetti, Consid. 12. Cita digital IUSJU014641B

(50) CSJN, 6/5/2014, “Pedraza, Héctor Hugo c/ANSeS s/reajustes varios”. Fallos: 337:530. Cita digital IUSJU216000D

(51) CSJN, 7/6/2016, “Constantino, Eduardo Francisco c/ANSeS s/ejecución previsional”. Fallos: 339:740. Cita digital IUSJU007931E

(52) CSJN, 18/12/2018, “Blanco, Lucio Orlando c/ANSeS s/reajustes varios”. Fallos: 341:1924. Cita digital IUSJU033962E

interpuesta contra la AFIP<sup>(53)</sup>. En el corriente año, en el caso “García Blanco, Esteban”<sup>(54)</sup>, se reitera la declaración de inconstitucionalidad de tal retención en los haberes retroactivos en un expediente en el que se demanda al organismo previsional ANSeS. En este último fallo, se interrelacionan en la ponderación la avanzada edad (97 años) y la naturaleza de los derechos vinculados con la subsistencia durante la ancianidad, así como la preferente tutela constitucional de la que goza (Consid. 8).

En el caso “Internas de Unidad N° 31”<sup>(55)</sup>, como el voto de disidencia de “Silva Leal, Alicia”<sup>(56)</sup>, no se aborda el grupo de adultos mayores sino la protección de mujeres (CEDAW) y niños en el primer caso, y la vulnerabilidad vital por discapacidad en pensiones no contributivas en el segundo caso.

Vulnerabilidad (grupo vulnerable) en Seguridad Social- Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación			
AÑO	CASO	Remisión	Sumario
2005	Itzcovich, Mabel	2	Inconstitucionalidad del artículo 19 de la ley 24.463
2014	Pedraza, Héctor Hugo	9	Inconstitucionalidad del artículo 18 de la ley 24.463
2016	Constantino, Eduardo F.	8	Competencia en ejecuciones previsionales de la Cámara Federal del interior del país
2018	Blanco, Lucio Orlando	355	Inconstitucionalidad Res. ANSeS 56/18, Res.SSS 1/18-
2019	García, María Isabel	35	Inconstitucionalidad del Impuesto a las ganancias (ley 20.628) en el beneficio previsional
2020	Internas de Unidad 31	0	Derecho a la AUH de las internas de la Unidad n° 31
2020	Silva Leal, Alicia	0	Abstracto- Residencia- Pensión no contributiva- Vulnerabilidad Vital- Voto disidencia Dr. Maqueda y Rosatti
2021	García Blanco, Esteban	0	Ordena a ANSeS reintegrar la retención de impuesto a las ganancias en el retroactivo
2021	Gimenez, Rosa Elisabe	2	Inconstitucionalidad del artículo 49, párr. 4, Ley 24.241

En las remisiones pueden observarse el espectro de impacto de los fallos a través de la casuística particular, en su relevancia como precedente o *leading case*. También estos fallos produjeron efectos *erga omnes* inclusive por fuera del ámbito judicial. La trascendencia del fallo “Itzcovich” ha derivado que, transcurrido un mes de su dictado, el Congreso derogara el artículo 19 de la ley 24463 declarado inconstitucional en tal fallo. El mismo día de emisión del fallo “Pedraza”, la Corte Suprema emite la Acordada 14/14, en la cual se plasma una reorganización en la distribución y envío de las causas al interior del país. En el fallo “Constantino” se resuelve la cuestión de competencia de igual modo y en la misma línea interpretativa el fallo “Giménez”<sup>(57)</sup> guarda coherencia con los fallos anteriores en materia de apelaciones de retiro por invalidez, respetando la proximidad de los sistemas de justicia.

En este gráfico, se muestra la operatividad en la masividad de los fallos previsionales, por cuanto la sentencia del caso “Blanco, Lucio Orlando”, abordando la vulnerabilidad, es el que posee mayor cantidad de remisiones en la casuística individual de los reajustes por movilidad.

(53) CSJN, 26/3/2019, “García, María Isabel c/AFIP s/acción meramente declarativa de inconstitucionalidad”. Fallos: 342:411

(54) CSJN, 6/5/2021, “García Blanco, Esteban c/ANSeS s/reajustes varios”. Fallos: 344:983. Cita digital IUSJU005248F

(55) CSJN, 11/2/2020, “Internas Unidad N° 31 s/habeas corpus”. Fallos: 343:15

(56) CSJN, 3/12/2020, “Silva Leal, Alicia c/Comisión Nacional de Pensiones Asistenciales s/amparos y sumarisimos”

(57) CSJN, 15/7/2021, “Giménez, Rosa Elisabet c/Comisión Médica Central y/o ANSeS s/recurso directo ley 24241”. Fallos: 344:1788

## **IX - COROLARIO**

---

La vulnerabilidad del adulto mayor es un estándar valorativo como mandato constitucional y derechos humanos, para garantizar la igualdad real, evitando las discriminaciones y propiciando las medidas de acción positiva, para el colectivo, grupo o individuo vulnerable. La importancia jurisprudencial de la inclusión de la vulnerabilidad queda acreditada a lo largo de todo el trabajo, con 126 casos de la Corte Suprema de Justicia, con 577 fallos de la Corte Europea de Derechos Humanos, con la permanente consideración de la vulnerabilidad del adulto mayor en todas las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El control constitucional en materia de previsión social aplica principios generales de la seguridad social (sustitutividad, integralidad, proporcionalidad, no-regresividad, progresividad) y principios hermenéuticos basados en circunstancias de hecho que habilitan normas protectorias como la naturaleza alimentaria del beneficio y la avanzada edad del titular. Cabe ahora adicionar la vulnerabilidad a tales principios de la materia.

La vulnerabilidad de los adultos mayores correctamente invocada, adecuadamente valorada y responsablemente implementada evitará la frustración de derechos y producirá progresivamente soluciones justas con igualdad real en el ejercicio de los derechos.

## LOS MENORES COMO SUJETOS DE DERECHO VULNERABLES

### I - INTRODUCCIÓN

---

En la actualidad no se encuentra discutido que los menores son sujetos de derecho, y no objetos que deban ser tutelados.<sup>(3)</sup>

La reforma constitucional de 1994 ha dado máxima jerarquía a numerosos instrumentos internacionales de derechos humanos. Entre ellos, en los que interesa a los efectos de este trabajo, cabe destacar a la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) que ha dado lugar a significativos y profundos cambios respecto a la mirada que se tiene sobre los menores y sus derechos.

---

(1) Abogada. Juez Nacional en lo Civil. Profesora de derecho civil de grado y posgrado. Subdirectora del Departamento de Derecho Privado I de la Facultad de Derecho de la UBA. Autora de libros y artículos de doctrina

(2) Abogado. Funcionario judicial. Docente de derecho civil en grado y posgrado UBA. Autor de libros y artículos de doctrina

(3) Kemelmajer de Carlucci, Aída y Molina de Juan, Mariel F.: "La participación del niño y el adolescente en el proceso judicial", RCCyC 2015 (noviembre), 3, DJ 4/5/2016, 10; Baliero de Burundarena, Ángeles: "Código Civil y Comercial de la Nación comentado", Título Preliminar y Libro Primero, Directores: Marisa Herrera, Gustavo Caramelo, y Sebastián Picasso, Infojus, Bs. As., 2015, pág. 217; CSJN, "M., G. c/P., C. A. s/Recurso de hecho deducido por la defensoría oficial de M. S. M." (Del dictamen de la Procuración al que remite la Corte), 26/6/2012, Fallos: 335:1136, LL 2012-D, 601

Ello ha llevado a replantear, en el plano legal interno, muchas normas e institutos (por ejemplo, el régimen de la capacidad civil, el derecho de los menores a expresarse en los asuntos de su interés, su participación en los procesos, etc.).

A su vez, tales replanteos tienen en cuenta la especial situación de vulnerabilidad de los menores. Así, desde el punto de vista de la jurisprudencia también se impone tomar conciencia sobre la especial situación de vulnerabilidad en que se encuentran los menores -y en su caso, la perspectiva de género-<sup>(4)</sup>. En muchas ocasiones a la vulnerabilidad propia de la niñez se adiciona la derivada de la afectación de la salud -por ejemplo, menores con discapacidad-. Así, encontramos numerosos precedentes jurisprudenciales en los que se pone el acento en la vulnerabilidad de las personas menores con discapacidad.<sup>(5)</sup>

## II - EL PARADIGMA CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL

---

### 1. El menor como sujeto de derecho

Hemos dicho que en los últimos años se consolidó el paradigma que considera a los menores como sujetos de derecho.

Esta tesis fue postulada en la OC 17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la condición jurídica y derechos humanos del niño solicitada por la Comisión IDH, en la que se determinó con claridad que: *“Los niños no deben ser considerados ‘objetos de protección segregativa’ sino sujetos de pleno derecho, deben recibir protección integral y gozar de todos los derechos que tienen las personas adultas, además de un grupo de derechos específicos que se les otorgan por la particularidad de que los niños se encuentran en desarrollo”*.

Los niños son sujetos de derecho pleno que transitan por un todavía incompleto proceso natural de constitución de su aparato psíquico y de incorporación y arraigo de los valores, principios y normas<sup>(6)</sup>. Por ello, como sujetos vulnerables, requieren que el reconocimiento de su capacidad progresiva o autonomía armonice con un eficiente sistema de protección.

Asimismo, como principio, siempre debe tenerse en cuenta la tutela del interés superior del niño (art. 3, CDN).

---

(4) En tal sentido se ha dicho que *“A diferencia de los casos de violación sexual en perjuicio de mujeres adultas, cuando las víctimas son niñas conviene imperioso adoptar un enfoque interseccional que tenga en cuenta el género y la edad de la niña, para tomar real dimensión del estado de vulnerabilidad en el que se encuentra”* (CS de Tucumán, Sala Civil y Penal, 5/8/2021, TR LALEY AR/JUR/131710/2021)

(5) Cám. Apel. Cont. y Trib. de CABA, Sala I, *“Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia c/ GCBA y otros s/Incidente de apelación - Amparo - Educación - Otros”*, 16/12/2020, TR LALEY AR/JUR/68271/2020

(6) CSJN, *“M., G. c/P., C. A. s/Recurso de hecho deducido por la defensoría oficial de M. S. M.”* (Del dictamen de la Procuración al que remite la Corte), 26/6/2012, Fallos: 335:1136, LL 2012-D, 601; y en CSJN, *“García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina s/causa N° 7537”*, 2/12/2008, Fallos: 331:2691

Como puede verse, en la CDN existe una tensión permanente entre la autonomía, la intervención y la protección<sup>(7)</sup>, los cuales deben coexistir en forma armónica.

## 2. El derecho del niño a expresar su opinión (en la CDN)

Los menores, como sujetos de derecho, tienen derecho a expresarse.

El artículo 12, primer apartado de la CDN<sup>(8)</sup> establece el derecho de los menores a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que los afectan. La extensión en el ejercicio de este derecho estará dada por la edad y grado de madurez del menor.

En su segunda parte el artículo 12 de la CDN contempla el derecho de los niños a ser escuchados en todo proceso (judicial o administrativo), ya sea que ejerzan el derecho directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado. El ejercicio de este derecho debe ejercerse en consonancia con las normas de procedimientos de la ley nacional.

El Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, a través de la Observación General N° 12, ha dicho que: *“El párrafo 2 del artículo 12 especifica que deben darse al niño oportunidades de ser escuchado, en particular ‘en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño’. El Comité recalca que esta disposición es aplicable a todos los procedimientos judiciales pertinentes que afecten al niño, sin limitaciones y con inclusión de, por ejemplo, cuestiones de separación de los padres, custodia, cuidado y adopción, niños en conflicto con la ley, niños víctimas de violencia física o psicológica, abusos sexuales u otros delitos, atención de salud, seguridad social...”*

Es dable insistir en que esta participación de los menores en los procesos que los atañen debe desarrollarse dentro del marco de la tutela del interés superior del niño.

Finalmente, cabe adelantar que si bien la Convención consagra el derecho del menor a ser oído, ello no conlleva automáticamente a asumir, en cualquier circunstancia, la calidad de parte en sentido técnico procesal.<sup>(9)</sup>

## 3. Las acciones positivas

El artículo 75, inciso 23) de la Constitución Nacional establece que le corresponde al Congreso legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

(7) Famá, María V.: “Capacidad progresiva de niñas, niños y adolescentes en el Código Civil y Comercial”, LL 2015-F, 463

(8) “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 procedimientos de la ley nacional”

(9) CSJN, “M., G. c/P., C. A. s/Recurso de hecho deducido por la defensoría oficial de M. S. M.” (Del dictamen de la Procuración al que remite la Corte), 26/6/2012, Fallos: 335:1136, LL 2012-D, 601; Gozaini, Osvaldo A.: “Capacidad, legitimación y representación en el Código Civil y Comercial”, LL Online AR/DOC/1512/2016

Se advierte que en la Constitución Nacional se reconoce a los menores como sujetos destinatarios de una especial protección debido a su situación de vulnerabilidad.

### **III - LAS LEYES ESPECIALES ANTERIORES A LA REFORMA DEL CCYCO.**

---

Antes de la reforma del Código Civil y Comercial (CCyCo.) se dictó la ley 26061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.

En su artículo 27 la ley establece que los Organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías:

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

Como puede advertirse, la ley 26061 toma, aun antes de la reforma del CCyCo., el camino que marcan la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional de reconocimiento de que los menores son sujetos de derecho.

Por su lado, el artículo 2, inciso e) de la ley 26529 de Derechos del Paciente -también anterior a la sanción del CCyCo.- establece que *“Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la ley 26061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud”.*

A su vez, el decreto reglamentario 1089/2012 en su artículo 2 establece que los profesionales de la salud deben tener en cuenta la voluntad de los niños, niñas y adolescentes sobre esas terapias o procedimientos, según la competencia y discernimiento de los menores. También dispone que en los casos en que de la voluntad expresada por el menor se genere un conflicto con el o los representantes legales, o entre ellos, el profesional deberá elevar, cuando correspondiere, el caso al Comité de Ética de la institución asistencial o de otra institución si fuera necesario, para que emita opinión, en un todo de acuerdo con la ley 26061.

En igual sentido, la ley 26743 de identidad de género en su artículo 5 preceptúa que con relación a las personas menores de dieciocho (18) años de edad la solicitud del trámite a que refiere el artículo 4 -rectificación registral del sexo- deberá ser efectuada a través de sus representantes legales y con expresa conformidad del menor, teniendo en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño/a de acuerdo

con lo estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la ley 26061 de protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes. Asimismo, la persona menor de edad deberá contar con la asistencia del abogado del niño prevista en el artículo 27 de la ley 26061.

Como hemos adelantado, es indiscutible que hace ya varios años se reconoce a los menores como sujetos de derecho, y ello se refleja en el dictado de varias normas.

## **IV - EL RÉGIMEN DE LA CAPACIDAD EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL**

### **1. El Código de la igualdad**

Corresponde señalar que, acorde con el mandato constitucional, el CCyCo. es un Código de la Igualdad. No se trata de una igualdad abstracta. Por el contrario, versa sobre una efectiva igualdad para lo cual despliega un conjunto de normas orientadas a materializar una auténtica ética de los vulnerables.

Se trata de un Código basado en el paradigma de la ausencia de discriminación. De este modo afloran la mujer, las personas con capacidades diferentes, el consumidor, las comunidades originarias, entre otros -ausentes del Código Civil derogado-. Y los menores ocupan un lugar destacado.<sup>(10)</sup>

En este contexto, y partiendo de la premisa de que los niños son sujetos de derecho vulnerables y no objetos que merecen una tutela especial, se elabora un nuevo y flexible régimen de capacidad civil que busca estar en consonancia con los mandatos constitucionales-convencionales.

En las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bahía Blanca, 2015) la Comisión N° 1, con una sola disidencia, concluyó que *“El régimen de capacidad de la persona humana incorporado en el CCyCo. resulta acorde con el bloque de constitucionalidad y, en general, superador”*.

### **2. La clasificación de la capacidad**

El CCyCo. distingue entre la capacidad de derecho y la de ejercicio. Respecto de la primera, en el artículo 22 establece que toda persona humana goza de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos. A su vez, la ley puede privar o limitar esta capacidad respecto de hechos, simples actos o actos jurídicos determinados.

Luego, en relación con la capacidad de ejercicio, el artículo 23 señala que toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en el Código y en una sentencia judicial. El artículo 24 señala quiénes son personas incapaces de ejercicio, y entre ellas se encuentran las personas que no cuentan con la edad y grado de madurez suficiente, con los alcances dispuestos a partir del artículo 25.

---

(10) Highton, Elena I.: “Capacidad de los menores de edad”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Personas humanas, 2015-3, Ed. Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2016, pág. 197

### 3. La capacidad progresiva

La constitucionalización del derecho privado incorpora en nuestro derecho positivo la noción de “capacidad progresiva”.<sup>(11)</sup>

El reconocimiento de la capacidad progresiva o autodeterminación de los niños, niñas y adolescentes significa consagrar una gradación evolutiva en la toma de decisiones inherentes al ejercicio de sus derechos en función de su desarrollo psicofísico.<sup>(12)</sup>

Resulta fundamental para comprender el nuevo régimen legal de capacidad de los menores tener presente que en el Código de Vélez la personalidad se desprendía de la capacidad. De este modo, la persona era tal por tener capacidad de derecho.

En cambio, el CCyCo. parte de la concepción de que se tiene capacidad por ser persona. Como puede advertirse se trata de un cambio de paradigma, de un giro copernicano. En efecto, para el nuevo sistema la preexistencia de la persona es condición necesaria para ser titular de derechos. Así, la identificación de la capacidad está relacionada con la dignidad y con la autonomía de cada persona y por ello cualquier limitación es excepcional.<sup>(13)</sup>

Se advierte que la imposición de reglas rígidas o inflexibles conspira contra el mandato convencional.

Esto se manifiesta en distintas áreas de la vida y de los derechos de los menores. Por ejemplo, en temas de salud se concretiza en la posibilidad de participar en la toma de decisiones vinculadas con el cuidado de su propio cuerpo. Esta participación se puede manifestar a través del derecho a ser oído o de expresar libremente su opinión o, a partir de determinada edad, en el reconocimiento de la aptitud para decidir por sí mismo algunas cuestiones o con asistencia de sus representantes legales (conf. art. 26, CCyCo.).

De este modo, al momento de determinar si un menor tiene aptitud para ejercer por sí mismo determinados derechos la edad pasa a ser solo una pauta más a considerar a la par del concepto de “madurez suficiente” para el acto del que se trate. En este punto el CCyCo. observando las normas constitucionales cumple el mandato que deriva de la obligación estatal de control de convencionalidad y, en consecuencia, regula el sistema a la luz del principio constitucional y convencional de autonomía progresiva (art. 5, CDN, OC 17/2002 de la CIDH).<sup>(14)</sup>

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en su OC 17/2002 sostuvo que al efecto del ejercicio de los derechos se deberán tomar en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de este, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el

(11) Baliero de Burundarena, A.: “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, Título Preliminar y Libro Primero, Directores: Marisa Herrera, Gustavo Caramelo, Sebastián Picasso, ob. cit., pág. 206; Famá, M. V.: “Capacidad progresiva de niñas, niños y adolescentes en el Código Civil y Comercial”, LL 2015-F, 463

(12) Famá, M. V.: “Capacidad progresiva de niñas, niños y adolescentes en el Código Civil y Comercial”, LL 2015-F, 463

(13) Highton, E.: “Capacidad de los menores de edad”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Personas humanas, 2015-3, ob. cit., pág. 200

(14) Fernández, Silvia E.: “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, Título Preliminar y Libro Primero, Directores: Marisa Herrera, Gustavo Caramelo, Sebastián Picasso, Infojus, Buenos Aires, 2015, pág. 68

mayor acceso en la medida posible. Afirma que *“La capacidad de decisión de un niño de 3 años no es igual a la de un adolescente de 16 años. Por ello debe matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño en los procedimientos, con el fin de lograr la protección efectiva de su interés superior, objetivo último de la normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en este dominio”*.

Personas con idénticas edades no necesariamente tienen aptitudes o capacidades iguales. No todos los niños tienen las mismas capacidades ni transitan el mismo camino en su evolución hacia la madurez<sup>(15)</sup>. Asimismo, un niño puede presentar capacidad suficiente para ciertos actos y no para otros.<sup>(16)</sup>

El aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo o judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar su participación, según corresponda<sup>(17)</sup>. También debe tener en cuenta -tal como lo desarrollaremos más adelante- su especial situación de vulnerabilidad.

#### 4. La capacidad y la competencia

Para una mejor comprensión de cómo se capta desde el punto de vista legal este “proceso” natural de constitución de la persona menor es útil distinguir entre la “capacidad civil” y la “competencia”.

La capacidad es una noción propia del ámbito de los contratos en tanto que la segunda campea en el ámbito de los derechos personalísimos.

Kemelmajer de Carlucci<sup>(18)</sup> explica que *“La noción de ‘competencia’ no es intercambiable con la de ‘capacidad’ regulada en el Código. La capacidad es una noción usada principalmente en el ámbito de los contratos, y por cuestiones de seguridad, generalmente la ley establece un determinado tiempo a partir de la cual se alcanza la mayoría de edad.*

*Por su parte, el término competencia es una palabra que proviene de la literatura norteamericana y que pertenece al área de los derechos personalísimos. La misma no se alcanza en un momento preciso, ni se adquiere o pierde en un día, sino que se va formando y requiere una evolución, no es algo rígido. Se trata de un elemento que se va adquiriendo con la madurez psicológica y cognitiva, y que debe graduarse en función de la decisión a tomar y del alcance y magnitud de sus consecuencias. Bajo esta denominación se analiza en concreto si una persona puede o no entender acabadamente aquello que se le dice, cuáles son los alcances de su comprensión, si puede comunicarse, si puede razonar sobre las alternativas o si tiene valores para poder juzgar”*.

(15) Bacigalupo de Girard, María: “Una primera aproximación al análisis de la ley 26061”, JA 2006-I, 942; Herrera, Marisa, en “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, T. IV, Director: Ricardo L. Lorenzetti, Ed. Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2015, pág. 478

(16) Fernández, S.: “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, Título Preliminar y Libro Primero, Directores: Marisa Herrera, Gustavo Caramelo, Sebastián Picasso, ob. cit., pág. 68

(17) Gozaini, O. A.: “Capacidad, legitimación y representación en el Código Civil y Comercial”, LL Online AR/DOC/1512/2016

(18) Kemelmajer de Carlucci, A., “Dignidad y autonomía progresiva de los niños”, en Derechos del paciente, Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2010-3, Ed. Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2011, pág. 131

## 5. ¿El menor es capaz o incapaz?

Un tema que ha generado opiniones encontradas consiste en determinar si el principio general consiste en que los menores son personas capaces de ejercicio, aun cuando su capacidad sea restringida, o si son incapaces.

En la Comisión N° 1 de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 2015 -realizadas durante la vigencia del nuevo CCyCo.-, se suscribieron dos despachos en relación a la capacidad de los menores.

En el despacho A (de la Mayoría) se determinó que *“En materia de menores de edad la regla es la incapacidad de ejercicio y la excepción, la capacidad de ejercicio”*.<sup>(19)</sup>

En el despacho B (de la Minoría) se concluyó que *“En materia de menores de edad la regla es la capacidad de ejercicio y la excepción, la incapacidad de ejercicio”*.<sup>(20)</sup>

Cabe aclarar que corresponde distinguir entre los actos jurídicos patrimoniales y los relacionados con el ejercicio de los derechos personalísimos; asimismo, reiteramos resulta útil la comprensión entre las nociones de capacidad y competencia.

El artículo 26 del CCyCo. determina, como principio general, que la persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales.

Por su parte, el artículo 24, inciso b) del CCyCo. establece que es incapaz de ejercicio la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente. Debemos tener presente que el artículo 261, inciso c) establece que el menor tiene discernimiento para los actos lícitos a partir de los trece (13 años), y antes de esa edad sus actos son jurídicamente involuntarios -obviamente por falta de ese elemento interno de la voluntad-.

Ahora, como hemos dicho el CCyCo. establece un sistema flexible que busca aproximarse a la realidad del desarrollo de la persona humana. En efecto, las personas no se convierten en adultas de un día para el otro, y la noción de competencia ha reflejado esta tendencia de pensamiento.

Así, el artículo 24, inciso b) del CCyCo. nos lleva a pensar que si el menor cuenta con edad y grado de madurez suficiente -esto debe ponderarse en cada caso- es capaz, aunque con capacidad restringida. Si el menor carece de edad y grado de madurez suficiente entonces es incapaz y actuará a través de sus representantes.

En consonancia con ello, el artículo 26 del CCyCo. establece que el menor que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico [por ejemplo, arts. 680, 684, 1323, art. 1922, inc. a), etc.]. Así, el Código recepta esta noción flexible de capacidad -nutrida de las enseñanzas de la competencia- de fuente constitucional convencional.

(19) Despacho suscripto por Ossola, Palmero, Saux, Reyna, Carlván, Chaipperro, Plovanich, Valente, Muñiz, Laferrière, Giavarino, Balmaceda, Mazzinghi, Jorge, Mazzinghi, Gabriel, Castro, Montaldo, González, Cossio, Escudero, Zerdan, Ibáñez, Abasolo, Isuquiza, Hess, Louge Emiliozzi, Borda, Rappoport Arnolfo, Diego, Rappoport, Daniela, Gonzalía, Sierz, Palacios, Peralta Mariscal, Palacios Amanda. En igual sentido, ver Highton, E.: “Capacidad de los menores de edad” en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Personas humanas, 2015-3, ob. cit., págs. 202 y 203

(20) Despacho suscripto por Wallace. Curti, Lotrica, De la Torre, wolkokics; Lloverás; Loyarte, Vega, Herrera, Peracca, Molina de Juan, Zabalza, Schiro, Duprat. En igual sentido, Lloveras, Nora; Orlandi, Olga; Tavip, Gabriel: “Tratado de derecho de familia”, según el Código Civil y Comercial de 2014, Directoras: Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera, Nora Lloveras, T. IV, Ed. Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2014, pág. 296

Creemos que ello aplica para los adolescentes -menores de más de trece (13) años- puesto que a partir de esa edad tienen discernimiento para los actos lícitos, y antes de ello no pueden otorgar actos voluntarios -por ausencia de uno de los elementos internos de la voluntad-.

De todos modos, el derecho a ser oído no tiene límites mínimos de edad, aunque el ejercicio de este derecho debe ser ponderado conforme a su edad y grado de madurez.

Se han receptado en el CCyCo. los principios internacionales en materia de niñez, como son el de “capacidad progresiva”, el de “participación de los niños, niñas y adolescentes de acuerdo a su desarrollo y grado de madurez”, el “derecho a ser oídos” y que su “opinión sea tenida en cuenta”, entre otros.<sup>(21)</sup>

Como puede advertirse, el régimen legal del derogado Código Civil en materia de incapacidad de hecho fue suplantado por un sistema que admite la capacidad o autonomía progresiva que se ajusta a la edad y grado de madurez suficiente del menor y a su inserción en la sociedad<sup>(22)</sup>. En otras palabras, se pasa de un sistema estático de protección a otro representativo, elástico y proporcional a la extensión de la limitación y a la capacidad del sujeto.<sup>(23)</sup>

De este modo a mayor autonomía, menor es el ámbito de actuación del representante.<sup>(24)</sup>

## 6. Algunas consideraciones sobre la realización de actos médicos

### ***a) Las decisiones a partir de los 16 años.***

El artículo 26 del CCyCo. señala que el adolescente mayor de dieciséis años tiene capacidad para adoptar decisiones sobre el cuidado de su propio cuerpo, siendo “considerado” como un adulto<sup>(25)</sup>. Recepta la idea de la mayoría de edad anticipada para el acto médico.<sup>(26)</sup>

(21) Baliero de Burundarena, A.: “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, Título Preliminar y Libro Primero, Directores: Marisa Herrera, Gustavo Caramelo, Sebastián Picasso, ob. cit., pág. 217; Kemelmajer de Carlucci, A. - Molina de Juan, M.: “La participación del niño y el adolescente en el proceso judicial”, RCCyC 2015 (noviembre), 3, DJ 4/5/2016, 10

(22) Cobas, Manuel: “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, T. I, Director: Ricardo L. Lorenzetti, Ed. Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2014, pág. 117; Lloveras, Nora; Orlandi, Olga; Tavip, Gabriel: “Tratado de derecho de familia”, según el Código Civil y Comercial de 2014, Directoras: Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera, Nora Lloveras, T. IV, Ed. Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2014, pág. 292

(23) Baliero de Burundarena, Á.: “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, Título Preliminar y Libro Primero, Directores Marisa Herrera, Gustavo Caramelo, Sebastián Picasso, ob. cit., pág. 210

(24) Kemelmajer de Carlucci, A.; Molina de Juan, M.: “La participación del niño y el adolescente en el proceso judicial”, RCCyC 2015 (noviembre), 3, DJ 4/5/2016, 10

(25) Cobas, M.: Código Civil y Comercial de la Nación comentado, T. I, Dir.: R. Lorenzetti, ob. cit., pág. 114

(26) Famá, M. V.: “Capacidad progresiva de niñas, niños y adolescentes en el Código Civil y Comercial”, LL 2015-F, 463

**b) Adolescentes de entre 13 y 16 años.**

El artículo 26 del CCyCo. determina que se presume que el adolescente entre trece (13) y dieciséis (16) años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. En estos casos quien decide es el menor en forma autónoma. Existe una presunción de autonomía del adolescente en orden a tomar por sí mismo las referidas decisiones.<sup>(27)</sup>

Luego, señala que si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su “consentimiento” con la “asistencia” de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico.

Se ha criticado la utilización de ciertas expresiones para caracterizar el acto médico, tales como “tratamientos invasivos y no invasivos”. En tal sentido, se ha señalado que lo relevante a la hora de calificar la modalidad del acto no debe ser tanto lo invasivo en sí (si se entiende por tal el procedimiento o dispositivos que involucran instrumentos que rompen la piel o penetran físicamente en el cuerpo) sino el riesgo que cause para la salud, la integridad o la vida, tanto cuando se trate de aceptar una decisión autónoma del adolescente, como cuando se deba resolver un conflicto de opiniones entre el joven y sus progenitores.<sup>(28)</sup>

En estos casos, quien presta el “consentimiento” es el adolescente aunque es asistido por su representante. Este último no representa ni sustituye al menor, solo le brinda asistencia.<sup>(29)</sup>

Cabe aclarar que el derecho de los menores no es absoluto, y siempre podrían judicializarse los casos por oposición de sus progenitores. Por ejemplo, si estamos ante un adolescente que sufre anorexia y rehúsa tratamiento. Es sabido que esta enfermedad produce graves trastornos alimentarios, que se caracteriza por una pérdida autoinducida de peso y puede minorar la aptitud para expresar deseos y sentimientos siendo uno de los síntomas el deseo de no mejorarse.<sup>(30)</sup>

En estos casos de judicialización, debe intervenir el Ministerio Público de Menores, siendo en principio su actuación complementaria. Su omisión causa la nulidad relativa del acto.

(27) Famá, M. V.: “Capacidad progresiva de niñas, niños y adolescentes en el Código Civil y Comercial”, LL 2015-F, 463

(28) Rivera, Julio C.: “Las claves del Código Civil y Comercial en materia de personas humanas. Comienzo de la existencia. Capacidad de los Menores”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario 2015, Número extraordinario, Claves el Código Civil y Comercial, Ed. Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2015, pág. 217; Famá, M. V.: “Capacidad progresiva de niñas, niños y adolescentes en el Código Civil y Comercial”, LL 2015-F, 463

(29) Fernández, S.: “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, Título Preliminar y Libro Primero, Directores: Marisa Herrera, Gustavo Caramelo, Sebastián Picasso, ob. cit., pág. 73

(30) Highton, E.: “Capacidad de los menores de edad”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Personas humanas, 2015-3, ob. cit., pág. 237

Se ha señalado que tratándose de personas vulnerables a fin de autorizar la decisión el juez deberá considerar lo que en bioética se ha dado en llamar “principio de utilidad”, que se vincula con la necesidad del acto médico y exige evaluar que los beneficios e inconvenientes estén equilibrados.<sup>(31)</sup>

De todos modos, tal como se señaló por unanimidad en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil “*En los casos del artículo 26 del CCyCo. deben extremarse las medidas tendientes a evitar la judicialización del conflicto entre los adolescentes y sus progenitores*”.

### **c) Menores de trece años.**

Los niños y las niñas, es decir los menores de trece (13) años, son incapaces para tomar decisiones en materia de salud, y por ello requieren de la representación de sus progenitores quienes prestarán el consentimiento para el acto médico, sin perjuicio de la necesaria información y participación del niño conforme resulta del artículo 2, inciso e) de la ley 26529 de Derechos del Paciente.<sup>(32)</sup>

La participación del menor en la toma de decisiones admite distintos grados o niveles y uno de los modos de participar es mediante el ejercicio del derecho a ser oído.

Debe tenerse presente que el artículo 26 establece en su tercer párrafo que “*La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona*”. Y si bien la CDN consagra el derecho del menor a ser oído, ello no conlleva automáticamente a asumir, en cualquier circunstancia, la calidad de parte en sentido técnico procesal<sup>(33)</sup>. En otras palabras, para que el menor sea escuchado no se requiere que técnicamente sea parte procesal.

Aun cuando estos menores carecen de discernimiento (art. 261, CCyCo.) ello no obsta a que puedan ser escuchados u “oídos”.

El Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas a través de la Observación General N° 12 que interpreta el artículo 12 de la CDN consideró que: “... *los Estados partes no pueden partir de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones. Al contrario, los Estados partes deben dar por supuesto que el niño tiene capacidad para formarse sus propias opiniones y reconocer que tiene derecho a expresarlas; no corresponde al niño probar primero que tiene esa capacidad*”.

Luego agregó que: “*El Comité hace hincapié en que el artículo 12 no impone ningún límite de edad al derecho del niño a expresar su opinión y desaconseja a los Estados Partes que introduzcan por ley o en la práctica límites de edad que restrinjan el derecho del niño a ser escuchado en todos los asuntos que lo afectan*”.<sup>(34)</sup>

(31) Famá, M. V.: “Capacidad progresiva de niñas, niños y adolescentes en el Código Civil y Comercial”, LL 2015-F, 463

(32) Famá, M. V.: “Capacidad progresiva de niñas, niños y adolescentes en el Código Civil y Comercial”, LL 2015-F, 463

(33) CSJN, “M., G. c/P., C. A. s/Recurso de hecho deducido por la defensoría oficial de M. S. M.” (Del dictamen de la Procuración al que remite la Corte), 26/6/2012, Fallos: 335:1136, LL 2012-D, 601; Gozaini, O.: “Capacidad, legitimación y representación en el Código Civil y Comercial”, LL Online AR/DOC/1512/2016

(34) A ese respecto, el Comité destaca lo siguiente:

- En primer lugar, en sus recomendaciones a raíz del día de debate general sobre la realización de los derechos del niño en la primera infancia celebrado en 2004, el Comité subrayó que el concepto

De la lectura de los textos constitucionales-convencionales y legales no surge que para el ejercicio del derecho a ser escuchado u oído se requiera una edad determinada. Toda persona menor de edad tiene derecho a expresarse sin restricciones.<sup>(35)</sup>

Que el menor sea escuchado no significa que sin más se lleve adelante su decisión, o que su opinión sea vinculante. En efecto, en cada caso será diferente el impacto que la escucha tendrá en la toma de decisión y para ello se tendrá en cuenta la edad del niño y su madurez. También debe tenerse en cuenta, y respetarse, la identidad cultural de los menores.<sup>(36)</sup>

En definitiva, el representante no podrá tomar una decisión basándose exclusivamente en su iniciativa o en su criterio sustituyendo la voluntad del representado, sino que debe oír los deseos, aspiraciones, etc., de la persona por quien actúa.

Asimismo, cuando el juez decida apartarse de su voluntad deberá ofrecer argumentos que lo justifiquen (conf. art. 3, CCyCo.).<sup>(37)</sup>

También cabe recordar que ya en las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 1997 -Comisión N° 5-) la doctrina había puesto su atención en el derecho de los niños a ser escuchados personalmente por el juez, a ser informados debidamente y a tener la garantía de patrocinio letrado en cuanto sea necesario.

del niño como portador de derechos está "*firmemente asentado en la vida diaria del niño*" desde las primeras etapas. Hay estudios que demuestran que el niño es capaz de formarse opiniones desde muy temprana edad, incluso cuando todavía no puede expresarlas verbalmente. Por consiguiente, la plena aplicación del artículo 12 exige el reconocimiento y respeto de las formas no verbales de comunicación, como el juego, la expresión corporal y facial y el dibujo y la pintura, mediante las cuales los niños muy pequeños demuestran capacidad de comprender, elegir y tener preferencias.

- En segundo lugar, 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.

- En tercer lugar, los Estados Partes también tienen la obligación de garantizar la observancia de este derecho para los niños que experimenten dificultades para hacer oír su opinión. Por ejemplo, los niños con discapacidades deben tener disponibles y poder utilizar los modos de comunicación que necesiten para facilitar la expresión de sus opiniones. También debe hacerse un esfuerzo por reconocer el derecho a la expresión de opiniones para los niños pertenecientes a minorías, niños indígenas y migrantes y otros niños que no hablen el idioma mayoritario.

- Por último, los Estados partes deben ser conscientes de las posibles consecuencias negativas de una práctica desconsiderada de este derecho, especialmente en casos en que los niños sean muy pequeños o en que el niño haya sido víctima de delitos penales, abusos sexuales, violencia u otras formas de maltrato. Los Estados partes deben adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que se ejerza el derecho a ser escuchado asegurando la plena protección del niño

(35) Kemelmajer de Carlucci, A.; Molina de Juan, M.: "La participación del niño y el adolescente en el proceso judicial", RCCyC 2015 (noviembre), 3, DJ 4/5/2016, 10

(36) Se ha dicho que "*Habiéndose mantenido contacto directo con el niño y los progenitores, teniendo especial consideración a su identidad cultural wichi, la partes han sido acabadamente informadas de todas las implicancias del estado de salud del niño, se ha logrado su completa comprensión, debe respetarse la voluntad de este y de sus progenitores a no someterse al tratamiento médico prescripto, que consiste en una cirugía*" (Juzg. Prim. Inst. Civ. de Personas y Familia Segunda. Nominación, de Orán, "V., E. J.; G., V. V.; V., B. P. S. - s/medida autosatisfactiva de acceso a la información y al consentimiento informado", 29/4/2021, TR LALEY AR/JUR/68460/2021)

(37) Kemelmajer de Carlucci, A.; Molina de Juan, M.: "La participación del niño y el adolescente en el proceso judicial", RCCyC 2015 (noviembre), 3, DJ 4/5/2016, 10

El rol del menor ha devenido más participativo y protagónico. En razón del principio de proporcionalidad de la representación cuando mayor es la autonomía del representado menor es la representación.

No debe perderse de vista que el artículo 3 de la CDN consagra el principio del interés superior del niño que implica que el desarrollo y ejercicio pleno de los derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de las normas -por ejemplo, en la redacción del CCyCo.- y en la aplicación de estas en todos los órdenes relativos a la vida del niño -por ejemplo, en temas tan importantes y trascendentes como el cuidado de la propia salud-.<sup>(38)</sup>

## 7. La participación procesal

El reconocimiento de los derechos sustanciales referidos requiere de un conjunto de reglas que garanticen su tutela efectiva.

La inconsistencia o dilación de la tutela jurisdiccional se traduce inexorablemente en un déficit de operatividad de las normas sustanciales. Por ello, el CCyCo. incorpora pautas de actuación y reglas de valoración de cada intervención permitida a la persona menor de edad. Ellas operan como recaudo institucional mínimo aplicable a todas las Provincias por debajo de las cuales no es posible proteger adecuadamente este tipo especial de derechos.<sup>(39)</sup>

Nuestro Máximo Tribunal tiene dicho que *“Si bien las Provincias tienen la facultad constitucional de darse sus propias instituciones locales y, por ende, para legislar sobre procedimientos, ello es sin perjuicio de las disposiciones reglamentarias que dicte el Congreso, cuando considere del caso, prescribir formalidades especiales para el ejercicio de determinados derechos establecidos en los Códigos fundamentales que le incumbe dictar”*.<sup>(40)</sup>

En tal sentido, el CCyCo. reconoce capacidad procesal a las personas menores de edad, vale decir, la aptitud necesaria para realizar por sí mismas actos procesales válidos, lo que constituye una proyección y consecuencia necesaria de la capacidad progresiva de ejercicio reconocida por el derecho de fondo<sup>(41)</sup> -recuérdese que el art. 26 se refiere a los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico-.

El Código reconoce dos situaciones, por un lado los juicios contra terceros (arts. 677 y 678) y, por el otro, los juicios contra los progenitores (art. 679).

El artículo 677 del CCyCo. referido a la representación establece que: *“Los progenitores pueden estar en juicio por su hijo como actores o demandados. Se presume que el hijo adolescente cuenta con suficiente autonomía para intervenir en un proceso conjuntamente con los progenitores, o de manera autónoma con asistencia letrada”*.

(38) CSJN, “M., G. c/P., C. A. s/Recurso de hecho deducido por la defensoría oficial de M. S. M.” (Del dictamen de la Procuración al que remite la Corte), 26/6/2012, Fallos 335:1136, LL 2012-D, 601

(39) Ferreyra de De la Rúa, Angelina; Bertoldi de Fourcade, María V.; De los Santos, Mabel: “Tratado de derecho de familia”, según el Código Civil y Comercial de 2014, Directoras: Aída Kemelmajer de Carlucci; Marisa Herrera; Nora Lloveras, T. IV, Ed. Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2014, pág. 425; Kemelmajer de Carlucci, A.; Molina de Juan, M.: “La participación del niño y el adolescente en el proceso judicial”, RCCyC 2015 (noviembre), 3, DJ 4/5/2016, 10

(40) CSJN, “Bernabé, Correa en autos con Barros, Mariano R.”, 22/6/1923, Fallos: 138:157

(41) Famá, M. V.: “Capacidad progresiva de niñas, niños y adolescentes en el Código Civil y Comercial”, LL 2015-F, 463

De esta norma se desprende que cuando se trata de un juicio contra terceros se habilita a los progenitores a actuar en representación de sus hijos.

En los primeros años de vida del hijo la función de representación de los progenitores es plena, necesaria e indiscutible. Se interpreta que la función de representación en las cuestiones de índole personal y económica que involucran a los hijos constituye un “deber” que la ley positiva impone a los progenitores, cuya realización hace al funcionamiento básico de la institución. Así, se concluye que -en rigor de verdad se los obliga en cuanto el mejor interés del hijo así lo exigiera- a actuar en nombre de la descendencia por ante las instancias jurisdiccionales competentes ya sea en calidad de parte actora o demandada.<sup>(42)</sup>

A partir de los trece (13) años se presume que el hijo adolescente -recuérdese que a partir de esa edad tiene discernimiento para los actos lícitos- cuenta con suficiente autonomía para intervenir en forma coadyuvante en un proceso juntamente con sus progenitores, o bien puede hacerlo de manera autónoma con asistencia letrada. De este modo, la representación de los padres tiene carácter eventual.

Se trata de una presunción *iuris tantum*. Por lo que se admite la alegación de todo tipo de circunstancias que pudiera generar la convicción al juez respecto de la insuficiencia del desarrollo del adolescente que desaconseje su participación activa en la causa. Debe tenerse presente que siempre debe estarse a la mejor protección del superior y mejor interés del niño<sup>(43)</sup> (entendido como persona menor de 18 años).

Asimismo, el adolescente no está obligado a participar de manera personal en el proceso -le es optativo- y tampoco es necesario notificarlo de la participación de sus progenitores. Se presume que estos actúan en ejercicio de su responsabilidad parental representando a su hijo.<sup>(44)</sup>

Recuérdese que en cuestiones atinentes al cuidado del propio cuerpo a partir de los dieciséis (16) años el menor es considerado como un adulto, y a fin de hacer efectiva esta disposición sustancial el derecho adjetivo debe acompañar en el reconocimiento de la autodeterminación.

Por su parte, el artículo 678 preceptúa que: “*Si uno o ambos progenitores se oponen a que el hijo adolescente inicie una acción civil contra un tercero, el juez puede autorizarlo a intervenir en el proceso con la debida asistencia letrada, previa audiencia del oponente y del Ministerio Público*”.

El artículo 678 contempla el caso en que uno o ambos progenitores se oponen a que el hijo adolescente (mayor de 13 años) inicie una acción civil contra un tercero. La disputa se resuelve en una instancia judicial.

En esta hipótesis el juez puede autorizarlo a intervenir en el proceso con la debida asistencia letrada. Antes de resolver el juez deberá realizar una audiencia con el oponente y el Ministerio Público. Y aun cuando la ley no lo diga es razonable que el adolescente

---

(42) Herrera, M.: “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, T. IV, Dir.: R. Lorenzetti, ob. cit., págs. 478 y 479; Lloveras, N.; Orlandi, O.; Tavip, G.: “Tratado de derecho de familia”, según el Código Civil y Comercial de 2014, Dir: A. Kemelmajer de Carlucci; M. Herrera; N. Lloveras, T. IV, ob. cit., pág. 295

(43) Herrera, M.: “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, T. IV, Dir.: R. Lorenzetti, ob. cit., pág. 478

(44) Lloveras, N.; Orlandi, O.; Tavip, G.: “Tratado de derecho de familia”, según el Código Civil y Comercial de 2014, Dir: A. Kemelmajer de Carlucci; M. Herrera; N. Lloveras, T. IV, ob. cit., pág. 303

tome intervención en la audiencia puesto que de lo contrario el juez no contaría con los elementos convictivos suficientes para decidir respecto a la conveniencia o no de la promoción de la acción civil contra el tercero, ya que estaría prescindiendo del legítimo parecer de una de las personas interesadas en el resultado de la decisión.<sup>(45)</sup>

## V - LA VISIÓN JURISPRUDENCIAL

Hemos dicho que los menores son sujetos de derecho. También hemos sostenido que son personas vulnerables y que ello necesariamente debe ser tenido en cuenta por la jurisprudencia al resolver los casos en concreto. Seguidamente, recopilamos algunos precedentes en los cuales se pone en evidencia esta tendencia.

### 1. Procesos de familia

El artículo 707 del CCyCo. reconoce a los niños, niñas y adolescentes el derecho a ser oídos en todos los procesos que los afectan directamente. Su opinión debe ser tenida en cuenta y valorada según su grado de discernimiento y la cuestión debatida en el proceso.

El proceso debe respetar los principios de tutela judicial efectiva, intermediación, buena fe y lealtad procesal, oficiosidad, oralidad y acceso limitado al expediente. Los jueces deben facilitar el acceso a la justicia.

En toda decisión debe respetarse el interés superior de los menores. En este sentido, se ha dicho que *“En toda actuación judicial en la que se encuentren involucrados niños, deben velarse por el interés supremo de estos, que se erige como principio rector del derecho procesal de familia”*.<sup>(46)</sup>

### 2. Abuso sexual

También en el ámbito del derecho penal se advierte una especial preocupación por la situación de vulnerabilidad de las víctimas menores.

Se ha dicho que *“En los casos de abuso sexual infantil, los jueces deben adoptar las medidas que resulten adecuadas para moderar los efectos negativos del delito y también deben procurar que el daño sufrido no se vea incrementado como consecuencia de su contacto con el sistema de justicia; en todas las fases del procedimiento penal, deben proteger su integridad física y psicológica”*.<sup>(47)</sup>

En algunos precedentes además de tenerse en cuenta la situación de la víctima menor, se pondera la incidencia de la decisión en todo el colectivo que forman los niños, niñas y adolescentes. En este sentido se dijo que *“Es indiscutible que el menor*

(45) Herrera, M.: “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, T. IV, Dir.: R. Lorenzetti, ob. cit., pág. 481; Lloveras, N.; Orlandi, O.; Tavip, G.: “Tratado de derecho de familia”, según el Código Civil y Comercial de 2014, Dir.: A. Kemelmajer de Carlucci; M. Herrera; N. Lloveras, T. IV, ob. cit., pág. 305

(46) CNCiv., Sala C, “O. R., J. C. c/A., E. M. s/art. 250, CPC - Incidente familia”, 6/4/2021, TR LALEY AR/JUR/11335/2021

(47) TOCyC N° 18 de la Capital Federal, Causa N° 33595/2017, 24/3/2021, RDP 2021-7, 114, TR LALEY AR/JUR/5942/2021

*víctima de abuso sexual es un sujeto especialmente vulnerable a quien el Estado le debe obligatoriamente deberes especiales, lo cual no puede ser neutralizado por un instituto de normativa interna cuando tal niño, menoscabado en su dignidad, acude a la justicia para que se brinde una respuesta a eventos que le sucedieron siendo chico y que hasta entonces no había podido poner en palabras, y ninguna trascendencia tiene que aquel niño sea hoy adulto, puesto que por un lado se entiende desde lo fáctico la demora en la denuncia, y desde lo jurídico porque priorizar el interés del que habla la CDN es juzgar atendiendo a que lo que se decida tendrá incidencia no solo en quienes fueron niños al tiempo de los hechos -las víctimas individualmente-, sino a todo el colectivo que forman los niños, niñas y adolescentes en general, el reconocimiento del plus de tutela se relaciona con eso, va más allá (del voto del Dr. Perroud)”.*<sup>(48)</sup>

### 3. El derecho a la educación

Respecto a la educación se ha dicho que *“El derecho a la educación constituye un instrumento primordial para que los niños y adolescentes superen sus limitaciones y progresen intelectualmente; circunstancia que permitirá afrontar con el transcurso de los años y en la adultez aquellas barreras que deberán ir superándose para lograr el progreso económico y social a través del trabajo”.*<sup>(49)</sup>

En otro precedente se consideró que *“corresponde al GCBA asegurar la disponibilidad de una vacante, entendida como existencia de instituciones educativas en cantidad suficiente para que todos los niños en edad escolar puedan ejercer el derecho. También debe garantizar la accesibilidad, sin discriminaciones ilegítimas y con particular énfasis en que la localización geográfica de las instituciones educativas resulte de acceso razonable”.*<sup>(50)</sup>

### 4. El acceso a la vivienda

En la jurisprudencia se ha reconocido el derecho a acceder a la vivienda en los casos en que existen menores con enfermedades. En tal sentido, se sostuvo que *“corresponde ordenar a la Municipalidad de la ciudad de Paso de los Libres y al Gobierno de la Provincia de Corrientes el otorgamiento de una vivienda digna para un niño de seis años que padece de insuficiencia renal crónica y para su grupo familiar y que le provea de los alimentos y medicación necesaria, pues de la normativa vigente surge el derecho a acceder a una vivienda digna y el deber de protección, especialmente a los más vulnerables como las personas con discapacidad, con mayor razón tratándose de un niño, sin que ninguna autoridad pública pueda válidamente dejarlo de lado, antes bien, están compelidas a actuar coordinadamente a fin de satisfacerlos”.*<sup>(51)</sup>

(48) Cám. Casación Penal de Concordia, Sala II, “M., M. R. - Promoción de la corrupción”, 14/12/2020, LL Online TR LALEY AR/JUR/71025/2020

(49) Cám. Apel. Cont. y Trib. de CABA, Sala I, “Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia c/ GCBA y otros s/Incidente de apelación - Amparo - Educación - Otros”, 16/12/2020, TR LALEY AR/JUR/68271/2020

(50) Juz. Cont. y Trib. N° 23 de CABA, “J. L. G. c/GCBA s/Amparo - Educación - Vacante”, 19/2/2021, LL Online TR LALEY AR/JUR/624/2021

(51) Juz. de Familia de Paso de los Libres, “Asesora de Menores c/Municipalidad de Paso de Los Libres y/o Estado de la Provincia de Corrientes y/o Instituto Provincial de la Vivienda de Corrientes y/o quien resulte responsable s/Amparo”, 12/2/2021, LL Online TR LALEY AR/JUR/152/2021

## 5. El derecho a la intimidad, a la imagen, al honor y a formar su identidad digital

Se ha reconocido el derecho de los menores a la intimidad, a la imagen, al honor y a formar la identidad digital, y a ejercerlos en la medida de su grado de madurez. En tal sentido se sostuvo que *“El derecho a la intimidad, a la imagen, al honor y a formar su identidad digital son derechos de cada niño y adolescente y está en ellos el derecho de ir disponiendo de ellos a medida que vayan alcanzando el grado de madurez suficiente para hacerlo”*. *“Toda vez que se ha podido constatar la exposición del menor de edad que realiza el progenitor difundiendo e, incluso, realizando manifestaciones contra quienes han participado de los procesos en los que se ha visto involucrado, corresponde ordenar al demandado abstenerse de difundir o publicar en las redes sociales información referida a su hijo”*.

## 6. El derecho alimentario: necesidad de armonizar los derechos

En algunas ocasiones el obligado a brindar alimentos es una persona en estado de vulnerabilidad, y en tales casos se impone la necesidad de armonizar el derecho alimentario y la obligación de pagarlos. Se ha dicho que *“La obligación alimentaria que tienen los abuelos en relación con sus nietos menores de edad flexibiliza y particulariza el contenido y procedencia de la obligación entre parientes cuando se involucra a los niños, niñas y adolescentes, que reclaman a los ascendientes por existir una dificultad o limitación de los principales responsables que son los progenitores. También debe verificarse en cada caso en particular las posibilidades del abuelo, a quien se reclama, ya que, si se tratara de adultos mayores en estado de vulnerabilidad, ambos derechos deben ser compatibilizados y armonizados”*.<sup>(52)</sup>

## 7. El derecho a la comunicación

La protección integral de los niños, niñas y adolescentes recoge el derecho a mantener y preservar vínculos con los miembros de la familia ampliada y de su comunidad.

En tal sentido se sostuvo que *“En el entendimiento de que para el desarrollo integral del ser humano resulta útil y proficua la transferencia generacional entre abuelos y nietos, cuando no ha logrado justificar la recurrente que se presenten en el caso circunstancias que den acabada cuenta de la inconveniencia de la vinculación del niño con sus abuelos paternos, hemos de confirmar la decisión recurrida, cuando el régimen de comunicación y contacto que determina, se presenta como beneficiosa para el desarrollo y crecimiento del niño y en tanto constituye una herramienta adecuada para lograr el restablecimiento del derecho consagrado por el artículo 555 del Código Civil y Comercial de la Nación y en las pautas rectoras de la Convención de los Derechos del Niño, al consultar el interés superior del niño”*. *“El paradigma de protección integral de la infancia recoge el derecho del niño a mantener y preservar vínculos con los miembros de la familia ampliada y de su comunidad, lo que incluye el contacto no solo con sus parientes más cercanos (abuelos, hermanos, padre afín), sino además con padrinos, amigos, vecinos, exconvivientes -entre quienes no*

---

(52) Juzg. de Familia de Seg. Nominación de Córdoba, “G., M. N. y otro s/solicita homologación”, 24/11/2020, RCCyC 2021 (junio), 79, TR LALEY AR/JUR/68269/2020

*nace un lazo de parentesco- y demás allegados que constituyan referentes afectivos y representen vínculos significativos en su historia de vida”.*<sup>(53)</sup>

## 8. El derecho a ser escuchado: barreras en la expresión

Existen varios precedentes en los cuales se reconoce el derecho del menor a ser escuchado. En tal sentido, se sostuvo que *“Era la Cámara quien debía convocar al menor y garantizar su escucha y participación en un proceso que indudablemente lo afecta y mucho por cuanto define quién será el responsable de su cuidado personal y el modo en que deberá llevarse a cabo. Si previo a tener la oportunidad de evaluarlo se advirtió la presencia de ‘barreras’ de expresión, era también la encargada de sortearlas sin suponer un resultado adverso”.*<sup>(54)</sup>

## 9. El derecho a la salud

El derecho a la salud es un derecho humano fundamental. Su afectación puede poner en riesgo el derecho a la vida y dificultar el ejercicio de los demás derechos. Existe copiosa jurisprudencia que reconoce el derecho a gozar el máximo nivel posible de salud, y más aun cuando se trata de menores con alguna discapacidad.

Se ha dicho que *“No se ha cuestionado la patología de la niña, su carácter de beneficiaria de la obra social demandada, ni mucho menos, que la leche medicamentosa que le fuera prescrita por el médico especialista resulta indispensable para su alimentación dado el tipo de alergia que padece, y que su falta de provisión pone en riesgo su salud; aspectos todos estos que han sido reconocidos por el demandado”.*<sup>(55)</sup>

Como hemos dicho, en muchos casos se tiene en cuenta la doble vulnerabilidad que está dada por la niñez y la discapacidad. Así, se ha dicho que *“El colectivo afectado conforma un conjunto que merece especial protección a partir de dos condiciones que lo definen como eminentemente vulnerable, ya que por un lado, son menores de edad; y, por el otro, presentan una discapacidad”.* Y en el mismo caso se sostuvo que *“Las personas menores de edad -máxime cuando presentan una discapacidad- son sujetos de especial protección, rigiendo a su respecto el interés superior del niño; principio a partir del cual deben idearse e implementarse las políticas públicas que los tengan como destinatarios, y al cual cabe ajustar la actuación del Poder Judicial”.*<sup>(56)</sup>

También se ha juzgado que *“Encontrándose acreditada la discapacidad producto de la microcefalia que padece la hija de la accionante y ponderando que corresponde la aplicación de normas jurídicas de superior jerarquía, debe condenarse a la empresa de energía eléctrica demandada a mantener el inmueble donde habita aquella como edificio protegido, no susceptible de cortes del suministro y como usuario electrodependiente a la*

(53) CNCiv., Sala J, “S., C. D. y otro c/A., E. D. s/Régimen de comunicación”, 17/11/2020, TR LALEY AR/JUR/57020/2020

(54) STJ Río Negro, Sala Civ., Com. y de Minería, “L. H., M. A. c/F, A. E. s/cuidado personal”, 21/10/2020, RDF 2021-III, 175, TR LALEY AR/JUR/50934/2020

(55) CJ Salta, “D., N. S. en representación de su Hija Menor R., G. M. c/Instituto de Salud Provincial de Salta s/Amparo - Recurso de apelación”, 23/12/2020, LL Online TR LALEY AR/JUR/69461/2020

(56) Cám. Apel. Cont. y Trib. CABA, Sala I, “Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia c/GCBA y otros s/Incidente de apelación - Amparo - Educación - Otros”, 16/12/2020, TR LALEY AR/JUR/68271/2020

*amparista, pues es la solución necesaria para evitar riesgos en su salud y no vulnerar su calidad de vida*".<sup>(57)</sup>

## 10. El derecho al ambiente sano y equilibrado

Estrechamente vinculado con el derecho a la salud se encuentra el derecho a gozar de un ambiente sano y equilibrado. Dicha tutela adquiere mayor fuerza cuando los afectados, o incluso amenazados, son menores vulnerables. En tal sentido se sostuvo que *"En tanto que pudiera verse específicamente afectado -o, al menos, amenazado- el derecho a un ambiente sano y equilibrado del que gozan los alumnos que concurren a un establecimiento educativo rural, el interés superior del niño adquiere o cobra una consideración primordial en todas las medidas que adopten las instituciones públicas"*.<sup>(58)</sup>

## 11. La inscripción ante el Registro de las Personas

Se ha dicho que *"Corresponde admitir medida autosatisfactiva solicitada por los padres del niño, ordenando a la Dirección General del Registro Provincial de las Personas proceda a inscribir en forma inmediata al menor como hijo de los actores, con el apellido compuesto de su padre, otorgándole el correspondiente documento nacional de identidad, ya que existió una evidente omisión de la autoridad registral, quien debió en forma inmediata registrar al niño atento a su condición de sujeto de derecho en estado de vulnerabilidad o en su defecto expedirse de alguna manera fehaciente de los fundamentos de su negativa. Máxime cuando los padres requirieron en distintas oportunidades su inscripción por medio de carta documento y exposición policial"*.<sup>(59)</sup>

## 12. Medidas de protección ante la situación de violencia familiar

Se ha resuelto que *"La medida que intenta proteger en forma inmediata a la persona, en este caso menor de edad, contra una situación de maltrato verbal o físico ante la probable situación de violencia familiar o doméstica sea que esta provenga o no de alguno de sus progenitores, debe ser adoptada con premura, siendo suficiente la mera sospecha del maltrato, sea este físico, psíquico o sexual, que ponga en riesgo la integridad psicofísica, el bienestar o la dignidad del niño, niña o adolescente afectado, pues atento a la extrema fragilidad que deriva de su condición de tal y la situación de poder y dominación que es dable presumir en la persona adulta, en este caso, en su progenitor, se presenta una clara situación de desigualdad, que torna aún más vulnerable al hijo menor de edad"*.<sup>(60)</sup>

---

(57) Cám. Nac. Apel. Civ. y Com. Federal, Sala I, "A., S. c/Edesur SA s/amparo", 6/12/2019, TR LALEY AR/JUR/49279/2019

(58) TSJ Córdoba, Sala electoral, de comp. originaria y asuntos institucionales, "Fischer, Diego Agustín y otros c/Comuna Dique Chico s/Amparo (Ley 4915)", 13/4/2021, TR LALEY AR/JUR/7736/2021

(59) Juzg. Primera Inst. Civ. y Com. N° 2 Goya, "U. M. J. y/o otro s/medida autosatisfactiva", 3/7/2020, RDF 2021-II, 121, TR LALEY AR/JUR/70338/2020

(60) Cám. de Fam. de Mendoza, "DINAF por P., G. A. s/medida conexa", 13/3/2020, LL Online TR LALEY AR/JUR/16121/2020

El suplemento completo que contiene todos los artículos detallados en el sumario forma parte de las suscripciones de Erreius. Conocé todos nuestros servicios en el siguiente enlace: <https://www.erreius.com/Suscripciones>

ERREIUS