

La medida autosatisfactiva para abortos no punibles y adopción plena luego de muerta la guardadora.

Por Carlos Alberto Carbone

Sumario: 1 La Media autosatisfactiva y proyección de los precedentes de la Corte Suprema de Justicia 2. Medida autosatisfactiva: autorización de aborto fruto de violación 2.1. El *regreso de la medida autosatisfactiva* del caso F.A.L. 3. Medida autosatisfactiva de adopción plena

1 La Media autosatisfactiva y proyección de los precedentes

Podemos decir que nadie quedará indiferente al sentido de trascendentes fallos de la CSJN en temas tan sensibles como el aborto seguido de una violación o la adopción plena pedida para un menor luego que falleciera su guardadora.

Pero nosotros pondremos el acento en los procesos de primera instancia que motivaron estos planteos y acogimientos y que al fin llegaron a la Corte.

Es que en estos casos se iniciaron medidas autosatisfactivas y a la postre el Máximo Tribunal termina convalidando las pretensiones de los actores, claro que sin decir *agua va* del continente procesal referido.

No está demás recordar que estas ordenes en danza no tienen nada de cautelar puesto que los requisitos de las medidas cautelares, accesorias de los principales no son otros que la verosimilitud en el derecho, el peligro en la demora; llevan como recaudo de ejecución la contracautela y tienden a asegurar el resultado práctico de la sentencia.¹

¹ Peyrano Jorge "Régimen de las medidas autosatisfactivas. Nuevas Propuestas" L.L. diario del 16/02/98

Es necesario recordar que el Congreso de Corrientes de 1997 las definió como "*una solución urgente no cautelar, despachable in extremis que procura aportar una respuesta jurisdiccional adecuada, a una situación que reclama una pronta y expedita intervención del órgano judicial. Posee la característica de que su vigencia y mantenimiento no depende de la interposición coetánea o ulterior de una pretensión principal.*"

También se dijo en ese foro en las conclusiones N° 7 que "*Resulta imperioso reformular la teoría cautelar ortodoxa, dándole así cabida legal a los procesos urgentes y a las llamadas medidas autosatisfactivas.* 8) ... 9) *Su dictado está sujeto a los siguientes requisitos: Concurrencia de una situación de urgencia, fuerte probabilidad de que el derecho material del postulante sea atendible; quedando la exigibilidad de la contracautela sujeta al prudente arbitrio judicial.* 10) *Hasta tanto se regule legalmente la medida autosatisfactiva, puede fundamentarse su dictado en la potestad cautelar genérica o en una válida interpretación analógica extensiva de las disposiciones legales que expresamente disciplinan diversos supuestos que pueden calificarse como medidas autosatisfactivas"*²

Por eso pensamos que se produce una suerte de consagración larvada del remedio autosatisfactivo en el ámbito cortesano y que puede graficarse con cierta imaginación utilizando institutos propios del derecho de familia: abre el camino por lo menos de una *guarda* procesal en torno al instituto para los más escépticos, y para otros una verdadera *adopción* que luego habrá que discutir si es *simple o plena*.

Es que este silencio procesal que se ve en los precedentes que comentaremos del Máximo Tribunal en torno a la naturaleza del proceso, su constitucionalidad, etc. (que todavía algunas mentes - cada vez menos

² Libro de Conclusiones del XIX Congreso de Corrientes 1997. Comisión de Derecho Procesal Civil y Concursal. Tema 1: La Reforma Procesal Civil. Bases, presupuestos y propuestas para un Código General del Proceso...

y con pareja intensidad – suelen criticar), no puede ser interpretado como negativa por ciento, ni tampoco indiferencia: al contrario, revela la existencia real de una verdadera *cabeza de playa* del instituto en la jurisprudencia de la Corte, puesto que termina consagrando la pretensión contenida en dicha medida autosatisfactiva.

No imaginamos que estos precedentes algún día puedan ser omitidos en pos de una desacreditación de dichas medidas, verdaderos procedimientos o procesos según el tamiz del observador procesal.

2. Medida autosatisfactiva: autorización de aborto fruto de violación

El primer antecedente *larvado* de la CSJN se dio en un proceso autosatisfactivo incoado para que se autorice el aborto de una menor que había concebido víctima de una violación, donde se termina confirmando el criterio de la Corte provincial que así lo había autorizado.

Se trató del caso “F.,A.L.” -originado en la provincia de Chubut y que fue objeto de una sentencia “institucional” al decir de Peyrano ³ por la Corte Suprema de Justicia de la Nación ⁴

Se trataba de una menor de quince años de edad embarazada a raíz de una violación que sufriera de manos de su padrastro, y que motivara la promoción por la madre de la víctima de una autosatisfactiva enderezada a que se habilitara judicialmente el aborto de su hija, calificándolo como “no punible” en los términos del art. 86. 2 del Código Penal.

En las instancias de grado se desestimó lo postulado (que consistía en recabar la autorización judicial para interrumpir el embarazo en curso), por

³ Peyrano Jorge W “Trascendencia procesal del reciente fallo de la Corte sobre “aborto no punible” L.L. 2012

⁴ CSJN F. 259. XLVI. “F., A. L. s/ medida autosatisfactiva”. 13 de marzo de 2012

entender que la norma solo prevé lo requerido cuando la violación de trate de una mujer idiota o demente – que no era la situación de la menor - llegando finalmente la causa al Superior Tribunal de Justicia de Chubut que, teniendo en cuenta la especial premura en juego, imprimió un trámite “urgentísimo” y en seis días emitió pronunciamiento, en tiempo todavía útil para concretar la práctica abortiva.

Dicha decisión, declaró, centralmente, que se daba en la especie una “judicialización” indebida e inoficiosa, por lo que no era menester pronunciarse sobre un tema que posee solución legal; aunque no por ello dejó de arbitrar ciertas providencias tendientes al bienestar y protección integral de la salud de la menor involucrada.

Elevada la causa a la Corte Federal, ésta resolvió, por mayoría, ratificar la línea de pensamiento del máximo tribunal chubutense, no obstante que ya se había materializado la práctica abortiva para la cual había reclamado autorización judicial la madre de la menor violada y se declara inadmisibile el recurso extraordinario.

2.1. El regreso de la medida autosatisfactiva del caso F.A.L.

En dicha medida autosatisfactiva la Corte actuó obiter dictum, una suerte de instrucción a los poderes administradores a fin que reglamenten las prácticas de los abortos frutos de una violación.

Como se prevía, estas implementaciones generaron nuevos planteos.

Hace días una ONG vinculada a la promoción de la familia inicia una acción declarativa con el objeto de que se declare la nulidad de la Resolución N° 1174 MSGC-07 de la ciudad autónoma reglamentando la práctica abortiva a tenor del 86 inc. 1 y 2 del CP .

La Jueza de primera instancia hace lugar al decretar como medida cautelar de no innovar, la suspensión del aborto programado para ese mismo día de

la resolución en el Hospital Ramos Mejía o cualquier otro hospital de esta ciudad. “También deberá interrumpirse cualquier preparación previa que se estuviere llevando a cabo con ese fin.- Disponer que las autoridades sanitarias provean a la madre del niño de una adecuada asistencia para resguardar su salud e integridad física y psíquica” reza el decisorio ⁵

En muestra a los altos intereses en juego y la urgencia propia de la medida cautelar en danza el asunto llega nada menos que tres días después a ser fallado en la Corte Suprema de la Nación vía incidente de competencia ante la previa existencia de otro proceso en la justicia contenciosa administrativa y previo paso expeditivo por la Cámara de Apelaciones.

En esta cuestión de competencia y también ensanchando los horizontes del incidente suspende la ejecución de la medida cautelar dictada por la justicia nacional en lo civil y hace saber a las autoridades de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que ante el pedido de realizar el aborto no punible de que se trata, deberán proceder a la realización de la practica prescindiendo de la resolución judicial que suspendió su realización.⁶

La fuerza expansiva del fallo autosatisfactivo F.A.L. es tan notoria que ordena al órgano administrador desconocer orden judicial en contrario.

⁵ Juzgado nacional de 1ra instancia civil N°106 – C. 91012/2012 in re "Asociación Civil para la Promoción y Defensa de la familia s/ acción declarativa" 09/10/2012

⁶ CSJN Competencia N° 783. XLVIII in re "Pro Familia Asociación Civil c/ GBCA y otros c/ impugnación de actos administrativos" — 11/10/2012

3. Medida autosatisfactiva de adopción plena

En otro singular proceso autosatisfactivo exorbitando sus límites, contornos y razón de ser, un juzgado de primera instancia de la ciudad de Gualeguaychú (Entre Ríos) otorgó una adopción plena *posmortem* incoada por el Defensor Oficial, lo que también pone en jaque el propio instituto de la adopción.

Nosotros, precursores y defensores de lo que sea la medida autosatisfactiva y reconociendo que no somos para nada especializados en el tema familiar, no podemos dejar de acotar que su campo de acción es mucho más limitado, un tanto extraño para un proceso de adopción y enderezado usualmente para cuestiones por lo general de hecho, sino que además no permite una cabal sustanciación.

Precisamente ello es así por especial naturaleza aparejada en la fuerte probabilidad del derecho que no necesita de un proceso declarativo común, sumado a la urgencia de la pretensión y para nosotros también sin necesidad de acreditar ésta, la evidencia.

Dado lo original e inusual del planteo y acogimiento nos permitimos resumir los hechos para su mejor comprensión tal cual lo hace el decisorio de la Corte en sus considerandos N° 2 a 6. Veamos:

Luego de fallecida la guardadora de un niño, la Defensora de Menores solicitó como medida autosatisfactiva que se lo declarará hijo adoptivo de aquella, petición que fue concedida: el 30 de agosto de 2005 se otorgó a M. I. M. d. S., vda. de R., la guarda preadoptiva del menor A. J. R. S. — nacido el 30 de enero de 2003—, quien había permanecido bajo su cuidado y recibido el trato de hijo desde los primeros días de septiembre de 2003, cuando tenía 8 meses de vida. Dicha decisión se fundó no sólo en el hecho

de que la solicitante había demostrado su solvencia e idoneidad moral, espiritual, afectiva, económica y material, sino también porque el juez entendió que en el hogar provisto por la guardadora se había generado una realidad afectiva producto de una arraigada y consolidada estabilidad familiar.

2º) Que seis meses después de haber sobrevivido a un accidente con una avioneta que cayó en el Río de La Plata y días después de haber aceptado formalmente el cargo de guardadora preadoptante, el 16 de abril de 2006 M. I. M. d. S. falleció como consecuencia de un accidente automovilístico en la localidad de Mar de Ajó, Provincia de Buenos Aires, sin que hasta ese momento hubiese promovido el correspondiente juicio de adopción propiamente dicho.

Frente a dicha situación y en atención al vínculo que se había generado entre la guardadora y el niño, quienes habían convivido por más de dos años y medio, el 3 de mayo de 2006 la Defensora de Pobres y Menores n° 1 de Gualeguaychú, Provincia de Entre Ríos, en ejercicio de la representación promiscua del menor, solicitó como medida autosatisfactiva que se declare a A. J. R. hijo adoptivo de su guardadora fallecida, por ser la medida que mejor contemplaba el interés superior del menor.

Dicho planteo tuvo favorable acogida, concediéndose la adopción plena, ordenándose su anotación con el nombre de A. que le había dado la causante desde su temprana edad y por el cual era pública y familiarmente conocido, designándosele además una tutora legal.

En forma simultánea, el 4 de mayo de 2006, R. M. d. S. y M. S. E. de M. d. S., padres de M. I., promovieron la sucesión ab intestato de su hija, en la que el niño fue declarado único heredero el 19 de abril de 2007 (con posterioridad la resolución fue ampliada, nombrándose a M. M. M. d. S.,

hermana de la causante, heredera instituida según testamento ológrafo declarado válido).

Cabe destacar que con fecha 26 de abril de 2007, la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral de Entre Ríos confirmó la sentencia de grado que había designado tutora del niño a otra de las hermanas de la causante, M. E. M. d. S., con fundamento en la aludida disposición de última voluntad.

Ante tal situación, alegando como perjuicio concreto que el menor A. los desplazaba de la línea sucesoria, los progenitores de la causante promovieron acción autónoma de revisión de la cosa juzgada, con el objeto de que se declarara la nulidad de la sentencia de adopción y de la declaratoria de herederos. Invocaron que existían vicios formales y sustanciales que invalidaban los distintos pronunciamientos, tales como la extinción de la guarda preadoptiva por el fallecimiento de la guardadora; la falta de legitimación de la defensora de menores para promover la adopción; la improcedencia del trámite de medida autosatisfactiva acordado a la causa y la incompetencia del juez de familia para decidir sobre dicho aspecto al haberse iniciado la sucesión.

Contra el pronunciamiento del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Entre Ríos que, al casar la sentencia de Cámara, hizo lugar a la acción planteada y declaró la nulidad de las citadas resoluciones, el señor Defensor General de la Provincia de Entre Ríos dedujo el recurso extraordinario cuya denegación dio origen a la presente queja.

Llegado el caso a la Corte nacional deja sin efecto el fallo del Superior Tribunal de Entre Ríos apelando fundamentalmente a los derechos del niño y cita un precedente del mismo Tribunal provincial en el que intervino la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En este caso se alegaba la

violación del derecho de protección a la familia de un padre y su hija biológica en un proceso de adopción también tramitado en la Provincia de Entre Ríos, donde la Corte Internacional declaró que “toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho de un niño o niña, debe tomar en cuenta el interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia”; que dicho interés superior “...se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades ”, y que su determinación “...en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales, probados y no especulativos o imaginarios, en el bienestar del niño...” (caso “Forneron e hija vs. Argentina”, sentencia del 27 de abril

2.1. El interés superior del niño como excepción a la perentoriedad de los plazos

Más allá del fondo del asunto no podemos dejar de anotar que en el caso en que confirma aquella adopción la Corte Argentina intervino vía de queja aún cuando el Defensor General de la provincia de Entre Ríos dedujo el recurso de queja por apelación extraordinaria denegada, fuera del plazo establecido por los arts. 282 y 285 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, con más la ampliación del art. 158.

Esta excepción a la perentoriedad de los plazos en materia recursiva extraordinaria, más allá que no invocara gravedad institucional, da por tierra la doctrina consolidada en la materia de consuno con otros precedentes donde se ha resuelto que cuando se trata de resguardar el

interés superior del niño, atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia y la naturaleza de las pretensiones, encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con particular tutela constitucional, según la Corte Suprema con apoyo en su precedente s espigados en Fallos: 324:122 y 327:2413 y 5210.

Para finalizar este tópico, diremos que la Corte Suprema de Justicia declara admisible el Recurso Extraordinario haciendo cita de los pactos constitucionales a favor de salvaguardar los superiores intereses del niño y revoca el fallo de la Corte entrerriana, con lo cual se produce una estabilización de ese vínculo declarado en un proceso singular como el referido y la coronación de los derechos hereditarios.

Es la segunda vez que la Corte Suprema *larvadamente* consagra sin decirlo expresamente la existencia de la medida autosatisfactiva⁷ lo que no deja de ser trascendente puesto que algunos creyeron ver su total oposición a este tipo de procedimiento autónomo a juzgar de lo dicho en algunos precedentes.

⁷ CSJN in re “ M.d. S., R. y otra s/ ordinario s/ nulidad de sentencia e impugnación declaratoria de herederos” Fallo M. 73. XLVII del 26/09/12