



EL DERECHO

Diario de Doctrina y Jurisprudencia

Director: Guillermo F. Peyrano

Consejo de Redacción:
Gabriel Fernando Limodio
Pablo María Garat
Luis María Caterina
Martín J. Acevedo Miño
Daniel Alejandro Herrera
Nelson G. A. Cossari

El principio de reunificación familiar en el derecho internacional de los refugiados. El caso de los menores no acompañados o separados en Argentina^(*)

por Sofía M. Parra Senfet^(**)

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. — II. EL PRINCIPIO DE REUNIFICACIÓN FAMILIAR EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS REFUGIADOS. — III. LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS MENORES NO ACOMPAÑADOS. — IV. EL CASO DE LOS MENORES NO ACOMPAÑADOS EN ARGENTINA. IV.A. PROCEDIMIENTO DE DETERMINACIÓN DE LA CONDICIÓN DE REFUGIADOS EN EL CASO DE MENORES NO ACOMPAÑADOS O SEPARADOS. IV.B. PROCEDIMIENTO DE REUNIFICACIÓN FAMILIAR DE LOS MENORES NO ACOMPAÑADOS O SEPARADOS. — V. CONCLUSIONES.

I Introducción

Cuando la vida de una persona corre peligro, el primer instinto que surge es huir para sobrevivir. Diariamente cientos de niños cruzan solos las fronteras huyendo de la violencia. Su mejor opción y la de otras muchas familias separadas por los conflictos armados será la reunificación familiar en el país de acogida: reencontrarse con sus seres queridos y vivir juntos en un país seguro. La reunificación familiar es uno de los principios que garantiza el derecho de los refugiados a una vida en familia tras la huida.

El siguiente trabajo tiene como objeto determinar si existen casos de peticionantes de refugio de menores no acompañados o separados de sus familias en Argentina y, en caso afirmativo, comprobar qué protección se les brinda y si existen los mecanismos que permitan la reunificación familiar en Argentina o en un tercer Estado. Para ello, se recabaron los datos empíricos y las aplicaciones de normativa internacional y de derecho interno argentino por parte de los siguientes organismos: la Comisión para la Asistencia Integral y Protección del Refugiado y Peticionante

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *Migrantes y refugiados. Acerca de la globalización, los límites, las fronteras y los derechos fundamentales*, por EDUARDO PABLO JIMÉNEZ, ED, 243-931; *El caso "Apablaza" y los refugiados en el derecho argentino*, por JESICA SIRCOVICH, ED, 243-1079; *El caso "Lariz Iriondo", el Terrorismo y el Derecho Internacional Humanitario*, por GUILLERMO LIVY, EDPE, 09/2005-5; *El Estatuto de Roma y el Derecho Humanitario Internacional*, por JUAN FERNANDO GOUVERT, EDPE, 03/2007-17; *Actualidad y tendencias de la costumbre internacional ante el derecho internacional humanitario*, por LEOPOLDO ADOLFO MARIO GODIO, EDCO, 2010-464. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderecho.com.ar.

(*) Este artículo es un trabajo de investigación realizado bajo la dirección de la profesora María del Rosario de la Fuente en el marco de las actividades de investigación de su cátedra de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho, UCA.

(**) Abogada (UCA, 2016). Adscripta en la cátedra de Derecho Internacional Público de la profesora María del Rosario de la Fuente, Facultad de Derecho, UCA.

de Refugio del Ministerio Público de la Defensa (DGN), la Secretaría Ejecutiva de la Comisión Nacional para los Refugiados (CONARE), la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) y la Comisión Episcopal para la Pastoral de Migrantes e Itinerantes o Fundación Comisión Católica Argentina de Migraciones (FCCAM).

La cuestión se analizará desde una perspectiva de derecho internacional público, en particular, el derecho internacional de los refugiados. Se abordará conforme el siguiente esquema: el principio de reunificación familiar en el derecho internacional de los refugiados (II); la protección internacional de los menores no acompañados o separados (III); el caso de los menores no acompañados o separados en Argentina (IV); el procedimiento de determinación de la condición de refugiados en el caso de menores no acompañados o separados (IV.A); el procedimiento de reunificación familiar de los menores no acompañados o separados (IV.B); y conclusiones (V).

II El principio de reunificación familiar en el derecho internacional de los refugiados

La familia es universalmente reconocida como la unidad natural, fundamental y primordial para el libre desarrollo de la personalidad de los individuos que integran una comunidad. Como tal, tiene derecho a la protección y asistencia por parte de la sociedad y el Estado.

El derecho internacional público contiene normas de protección de las familias, entre ellas, el derecho internacional de los refugiados que recepta el principio de reunificación familiar. Este proceso de rastreo de la familia y su reunificación difiere dependiendo del país que lo lleve a cabo. Para que proceda la solicitud de reunificación familiar el solicitante debe poseer estatus de refugiado.

La Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados⁽¹⁾ (en adelante, Convención de 1951) define al refugiado como una persona que está fuera de su país de origen y tiene fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas. Inicialmente, dicha convención se había pensado solo para las víctimas de los sucesos acaecidos en Europa hasta 1951, luego de la Segunda Guerra Mundial.

(1) ONU: Asamblea General, Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, 28-7-1951, 189 UNTS 137, disponible en <https://www.refworld.org/es/docid/47160e532.html> (último acceso el 28-11-18). En vigor desde el 21-4-1954.

EL DERECHO hace llegar a sus colaboradores, suscriptores y amigos un cordial saludo con motivo de la festividad de Navidad, deseándoles muchas felicidades.

Diciembre 2018



Debido a la creciente extensión del problema del desplazamiento por el mundo, en 1967 se amplía el alcance de la definición de la Convención mediante el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de 1967 (en adelante Protocolo de 1967)⁽²⁾. Este instrumento elimina las limitaciones geográficas y temporales contenidas en la Convención de 1951.

Ambos documentos sirvieron de inspiración a instrumentos regionales tales como la Convención de la Organización de la Unidad Africana de 1969⁽³⁾ y la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984⁽⁴⁾. Así, Estados de África y América Latina han ampliado la definición de la Convención para incluir a personas que huyen de su país a causa de disturbios civiles, guerra o violaciones masivas a los derechos humanos.

Si bien ni la Convención de 1951 ni su Protocolo de 1967 receptan el principio de reunificación familiar, este proviene de la interacción de la Convención con otras normas. Existen, además, algunos principios de reunificación familiar aplicables específicamente a quien necesita protección internacional, codificados en convenciones sobre los derechos de los niños en instrumentos regionales de protección en Europa y América Central⁽⁵⁾, y en disposiciones re-

(2) UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), Protocolo sobre el estatuto de los refugiados, 31-1-1967, 606 UNTS 267, disponible en <https://www.refworld.org/docid/4f5893e12.html> (último acceso el 28-11-18).

(3) Organización para la Unidad Africana (OUA), Convención de la OUA por la que se regulan los Aspectos Específicos de Problemas de los Refugiados en África, 10-9-1969, 1001 UNTS 45, disponible en <https://www.refworld.org.es/docid/50ac934b2.html> (último acceso el 29-11-18).

(4) Declaración de Cartagena sobre Refugiados, 22-11-84, disponible en <https://www.refworld.org.es/docid/50ac93722.html> (último acceso el 29-11-18).

(5) Directiva 2001/55/EC del Consejo de la Unión Europea, 20-7-01, relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida, DO 2001 L212/12, 7 de agosto de 2001, art. 15. El Consejo de Europa, Comité de ministros, Recomendación n° R (2001) 18, 27 de noviembre de 2001, sobre la protección subsidiaria, párr. 6°, y el Consejo de Europa, Comité de ministros, Recomendación n° R (2000) 9, 3 de mayo de 2000, sobre la protección temporal, párr. 4°, se refieren a Consejo de Europa, Comité de ministros, Recomendación R (99) 23, 15 de diciembre de 1999, sobre la reunión familiar de los refugiados y otras personas necesitadas de protección internacional. Consejo de Europa, Asamblea Parlamentaria, Recomendación 1327 (1997), 24 abril de 1997, sobre la protección y el fortalecimiento de los derechos humanos de los refugiados y solicitantes de asilo en Europa, párrafo 8.vii [o]-[q].

CONTENIDO

DOCTRINA

El principio de reunificación familiar en el derecho internacional de los refugiados. El caso de los menores no acompañados o separados en Argentina, **por Sofía M. Parra Senfet..** 1

JURISPRUDENCIA

COMERCIAL

Factura: Virtualidad probatoria: requisitos. **Contabilidad:** Valor probatorio. **Hechos y Actos Jurídicos:** Doctrina de los actos propios: aplicación. **Multa:** Multa procesal: procedencia (CNCom., sala F, septiembre 27-2018)..... 6

OPINIONES Y DOCUMENTOS

Las notas más visitadas de nuestra página web, **por www.centrodebioetica.org**..... 8

ferentes a los desplazados internos⁽⁶⁾. El Comité Ejecutivo del ACNUR también se ha ocupado del tema de la reunificación familiar de los refugiados en varias ocasiones⁽⁷⁾.

La Declaración de Cartagena de 1984 reconoce que la reunificación de las familias constituye un principio fundamental en materia de refugiados⁽⁸⁾. Este principio debe inspirar el régimen de tratamiento humanitario en el país de asilo y las facilidades que se otorguen en los casos de repatriación voluntaria.

La Declaración de Principios del MERCOSUR sobre protección internacional de los Refugiados⁽⁹⁾ señala la necesidad de adoptar un enfoque amplio del reagrupamiento familiar, reconocido como elemento indispensable para la estabilidad plena de los refugiados⁽¹⁰⁾. En ese orden de ideas, el Plan de Acción de Brasil⁽¹¹⁾ tiene dentro de sus objetivos reforzar el enfoque diferencial de edad, género y diversidad, tanto en los procedimientos de determinación de la condición de refugiado como en las decisiones sobre solicitudes de reunificación familiar, según corresponda.

III La protección internacional de los menores no acompañados

Cuando ocurren conflictos armados o desastres naturales, muchos niños quedan separados de sus padres o de quienes los cuidan. Dado que su condición no queda clara de inmediato, en lugar de “huérfanos” se los considera “niños no acompañados” o “niños separados”. A fin de determinar el alcance de la protección a nivel internacional y consensuar la terminología relacionada con la materia, los representantes del Comité Internacional de la Cruz Roja, del Comité de Rescate Internacional, Save the Children, Reino Unido, el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), de ACNUR y de World Vision International desarrollaron un documento denominado “Directrices Generales Inter-Agenciales”⁽¹²⁾. Ese documento brinda las siguientes definiciones:

– Niño: persona menor de 18 años de edad, a menos que, de acuerdo con las leyes nacionales aplicables al niño, se obtenga antes la mayoría de edad⁽¹³⁾ (Convención de los Derechos del Niño, art. 1º).

– Niños o menores separados: aquellos separados de ambos padres o de su anterior tutor legal o la persona que acostumbra cuidarlos, pero no necesariamente de otros parientes. Esta categoría, entonces, incluye a niños acompañados por otros adultos de su familia.

– Niños o menores no acompañados: quienes han quedado separados de ambos padres y otros parientes, y no están al cuidado de un adulto que, por ley o por costumbre, es responsable de hacerlo.

– Huérfanos: niños cuyos padre y madre se sabe que han muerto. Sin embargo, en algunos países, a un niño que ha perdido a uno de sus padres también se lo considera huérfano.

Cuando un individuo huye de su país por temor fundado a una persecución, y, en particular, cuando quien huye

es un menor no acompañado o separado, es necesario que la comunidad internacional le brinde refugio. Esa separación de la familia puede ser una separación accidental como consecuencia natural de la huida, o una separación deliberada por motivos de falta de comida, violencia doméstica u otros abusos, falta de acceso a la educación, entre otros. Esos niños no acompañados o separados se encuentran en una especial situación de vulnerabilidad, en particular, los menores de cinco años.

El Comité de los Derechos del Niño aborda con frecuencia en sus observaciones finales aspectos relacionados con los menores no acompañados o separados de sus familias⁽¹⁴⁾. En muchos países, se rehúsa sistemáticamente la entrada de los menores no acompañados o separados de su familia, o son detenidos por funcionarios de los servicios de fronteras o de inmigración. En otros casos, son admitidos, pero se les deniega el acceso a los procedimientos de solicitud de asilo o sus solicitudes no se tramitan de forma que se tengan en cuenta su edad y sexo. En algunos países se prohíbe a los menores no acompañados o separados que han sido reconocidos como refugiados solicitar la reunificación familiar; en otros se permite la reunificación, pero se imponen unas condiciones tan restrictivas que resulta prácticamente imposible de llevarse a cabo. Son también muchos los menores que disfrutaban de un régimen solo temporal que finaliza al cumplir los 18 años y, alcanzada esa edad, se encuentran con que existen muy pocos programas eficaces de retorno.

El art. 22 de la Convención sobre los Derechos del Niño impone a los Estados la obligación de adoptar las medidas necesarias para lograr que los niños que hayan sido reconocidos como refugiados o estén tramitando la solicitud a fin de obtener el estatuto gocen de la protección y asistencia humanitaria adecuada para el disfrute de los derechos reconocidos en dicha Convención o en otros instrumentos internacionales de derechos humanos⁽¹⁵⁾. Asimismo, los Estados deben cooperar con las Naciones Unidas y demás organizaciones intergubernamentales competentes u organizaciones no gubernamentales que cooperen con las Naciones Unidas en la tarea de proteger a todo niño refugiado y en la tarea de localizar a sus padres u otro familiar a fin de poder eventualmente asegurar la reunificación familiar⁽¹⁶⁾.

El ACNUR le da prioridad a la tarea de reunir a los niños con sus padres, parientes o tutores apropiados⁽¹⁷⁾. Los niños y adolescentes tienen la necesidad especial de un entorno familiar estable para garantizar el desarrollo de sus destrezas personales y sociales. La reunificación familiar, no obstante, puede no siempre ser la mejor solución para el niño o adolescente. Reconociendo que puede haber tensiones y situaciones disfuncionales con el potencial de que se den abusos y abandono, es importante asegurar que “el interés superior” del niño sea lo que prevalezca. Se requiere, entonces, de una valoración cualitativa de la relación entre el niño y sus padres o con la persona encargada de su cuidado para determinar si tales adultos podrán ofrecer la orientación, el apoyo y los cuidados emocionales necesarios.

(14) Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas (CRC). Observación General N° 6 (2005), Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, disponible en <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2005/3886.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2005/3886> (último acceso el 19-10-18).

(15) CDN, art. 22.1: “Los Estados Partes adoptarán medidas adecuadas para lograr que el niño que trate de obtener el estatuto de refugiado o que sea considerado refugiado de conformidad con el derecho y los procedimientos internacionales o internos aplicables reciba, tanto si está solo como si está acompañado de sus padres o de cualquier otra persona, la protección y la asistencia humanitaria adecuada para el disfrute de los derechos pertinentes enunciados en la presente Convención y en otros instrumentos internacionales de derechos humanos o de carácter humanitario en que dichos Estados Partes”.

(16) CDN, art. 22.2: “A tal efecto los Estados Partes cooperarán, en la forma que estimen apropiada, en todos los esfuerzos de las Naciones Unidas y demás organizaciones intergubernamentales competentes u organizaciones no gubernamentales que cooperen con las Naciones Unidas por proteger y ayudar a todo niño refugiado y localizar a sus padres o a otros miembros de su familia, a fin de obtener la información necesaria para que se reúna con su familia. En los casos en que no se pueda localizar a ninguno de los padres o miembros de la familia, se concederá al niño la misma protección que a cualquier otro niño privado permanente o temporalmente de su medio familiar, por cualquier motivo, como se dispone en la presente Convención”.

(17) Consultas Anuales Tripartitas sobre el Reasentamiento: Nota de antecedentes sobre el punto de la agenda: La Reunificación Familiar en el Contexto del Reasentamiento y la Integración. Protegiendo a la familia: Desafíos en la implementación de la política en el contexto del reasentamiento, Ginebra, 20 y 21 de junio de 2001, 8, disponible en <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/openssl.pdf.pdf?reldoc=y&docid=50acbdb52> (último acceso el 19-10-18).

El concepto de “protección” se refiere a todas las actividades destinadas a asegurar el total respeto de los derechos del individuo –en este caso, un niño–. Hay, esencialmente, tres tipos complementarios de acción para ayudar a los niños no acompañados o separados:

1. acción preventiva destinada a prevenir, poner fin y aliviar los efectos inmediatos de un determinado patrón de abuso;

2. acción de recuperación destinada a restaurar condiciones de vida dignas mediante la rehabilitación, restitución y reparación;

3. construcción del ambiente, con el fin de crear y consolidar un ambiente político, institucional, legal, social, cultural y económico, que lleve al total respeto de los derechos del individuo.

Es sabido que miles de niños no acompañados o separados huyen diariamente de sus países, pero solo algunos de ellos reciben la protección que les otorga el estatuto del refugiado. Los niños no acompañados o separados que obtuvieron el estatuto de refugiado pueden reunirse con su familia. Tales niños se encuentran en más riesgo que los otros refugiados. Sus padres o cuidadores puede que aún se encuentren en el país de origen o incluso en un tercer país. Además, han perdido la protección de su propio gobierno. Las necesidades de los niños refugiados no acompañados o separados son las mismas que las de los otros niños no acompañados o separados no refugiados. No obstante, se deben considerar los siguientes temas especiales:

– Los niños no acompañados o separados que solicitan el estatuto de refugiado deben ser admitidos en el país de asilo.

– Los niños solicitantes de asilo o refugiados no deben ser detenidos. Sin embargo, en situaciones en las que son detenidos, esta detención debe ser usada como una medida de último recurso y debe durar el menor tiempo posible.

– Al evaluar una solicitud individual de asilo de un menor, se deben tomar en cuenta los siguientes aspectos: su edad y puntos de vista, haciendo hincapié en la necesidad particular de contar con la evaluación de un experto; el nombramiento de un representante legal, así como un tutor que promueva una decisión basada en el interés superior del niño, y el reconocimiento de que al menor se le debe dar el beneficio de la duda si existiera alguna preocupación sobre la credibilidad de su historia.

– En los casos de movimientos de refugiados a gran escala, en los que no es posible hacer la determinación individual del estatuto de los refugiados, los Estados pueden otorgar el estatuto de refugiados a todos los integrantes de un grupo particular. En tales circunstancias, todos los niños no acompañados o separados tienen derecho a recibir el estatuto de refugiados al igual que los demás miembros del grupo.

– Los casos de niños a quienes no se les ha concedido el estatuto de refugiados después de haber atravesado todo el proceso de determinación de la condición de refugiado, incluyendo la etapa de apelación.

– Se debe considerar el regreso al país de origen cuando la reunificación es factible; o cuando, después de consultar a las autoridades responsables en el país de origen, un adulto o una organización gubernamental o no gubernamental apropiada haya aceptado proporcionar protección y cuidado inmediato después del arribo.

Los niños refugiados no acompañados que permanecen acogidos por familias en el país de asilo encaran un riesgo incrementado de explotación y negación de derechos básicos. El monitoreo es particularmente difícil en tales circunstancias. Además, colocarlos con familias en el país de asilo entorpece las oportunidades del regreso a casa una vez que la repatriación se hace posible. Es fundamental que se hagan esfuerzos en las primeras etapas por identificar a los niños refugiados no acompañados que se encuentran acogidos por familias en el país de asilo, se inicien los pasos para legitimar su situación civil, en colaboración con el ACNUR y las autoridades responsables, se monitoree de forma cercana la situación de los niños refugiados no acompañados que residen con familias sustitutas y se promueva la ubicación de los niños en su misma comunidad refugiada, desalentando los hogares de guarda en el país de asilo.

Al igual que para todos los niños, la reunificación familiar debería ser prioritaria para el niño refugiado separado, ya sea en el país de asilo, en el país de origen por medio de la repatriación voluntaria o en un tercer país. La decisión de regresar a un niño a su país de origen para la reunificación familiar debe estar de acuerdo con su interés superior. Cada caso debe ser revisado de forma individual balanceando la necesidad de la reunificación familiar con la siguiente lista

(6) Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño, art. 25, dispone: “... Los Estados Parte en la presente Carta (...) adoptarán todas las medidas necesarias para localizar y reunir a los niños con sus padres o familiares, cuando la separación haya sido causada por desplazamientos internos o externos consecuencia de conflictos armados o catástrofes naturales”. Principios Rectores sobre el Desplazamiento Interno, presentado a la Comisión de la ONU sobre Derechos Humanos, 1998, Principio 17(3).

(7) Comité Ejecutivo, Conclusión n° 1 (XXVI), 1975, párr. f); n° 9 (XXVIII), 1977; n° 24 (XXXII), 1981; n° 84 (XLVIII), 1997; n° 85 (XLIX), 1998, párrs. u-x; n° 88 (LI), 1999. Ver también ACNUR, *Manual de Procedimientos y Criterios para determinar la Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados* (Ginebra, 1979, reeditado en 1992), párr. 186.

(8) Ídem nota 4.

(9) *Declaración de principios del MERCOSUR sobre protección internacional de los refugiados*, 23-11-12, Fortaleza, República Federativa de Brasil, disponible en <http://www.migraciones.gov.ar/conare/pdf/fortaleza%202012.pdf> (último acceso el 28-11-18).

(10) *A necessidade de uma abordagem ampla El reunificação familiar, reconhecida como elemento indispensável a estabilidade plena dos refugiados* (traducción no oficial de la autora), disponible en <http://www.migraciones.gov.ar/conare/pdf/fortaleza%202012.pdf> (último acceso el 16-10-18).

(11) Disponible en <http://www.acnur.org/5b5100c04.pdf> (último acceso el 19-10-18).

(12) COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. *Directrices Generales Inter-Agenciales sobre niñas y niños no acompañados y separados*, Ginebra, 2004, págs. 9/10, disponible en <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2005/3534.pdf> (último acceso el 18-10-18).

(13) ONU: Asamblea General, Convención sobre los Derechos del Niño, 20-11-89, 1577 UNTS 3, disponible en <https://www.refworld.org/es/docid/50ac2492.html> (último acceso el 28-11-18).

no taxativa de factores: condiciones en el lugar de retorno propuesto en el país de origen en términos de la amenaza a la seguridad física del niño y el riesgo de persecución; condiciones en el país de asilo; los deseos del niño; la calidad del cuidado en el país de asilo; cuando se han ubicado en el país de origen parientes que no sean los padres o los tutores, se debe tener cuidado antes de proceder a esta reunificación familiar, que podría traer como consecuencia una separación permanente del niño y sus padres o tutores.

Si no es posible la reunificación a pesar de todos los esfuerzos, la mejor solución será encontrar una ubicación alternativa del niño en el país de origen siempre y cuando no hayan ocurrido cambios fundamentales que hacen imposible la repatriación. Es esencial una cuidadosa planificación y un monitoreo del traslado, recepción y arreglos para el cuidado del niño. Toda la documentación pertinente debe acompañar al niño. Solo si no se consiguiera cuidado adecuado para el niño en su país de origen, se podrá considerar ubicarlo en una familia adoptiva en otro país, ya sea mediante integración local en el país de asilo o reasentamiento en un tercer país, por ejemplo, mediante la adopción internacional. Esta debe tener lugar solo si no es factible en el futuro cercano la repatriación voluntaria al país de origen en condiciones de seguridad y dignidad, y las opciones en ese país no favorecerán el bienestar del niño.

En el ámbito interamericano la Corte Interamericana de los Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) se ha pronunciado sobre los procedimientos para identificar necesidades de protección internacional de niños migrantes, a fin de adoptar medidas de protección especial⁽¹⁸⁾. Entre esas medidas, la Corte IDH consideró que el procedimiento de evaluación inicial debería contar con mecanismos efectivos, cuyo objetivo sea obtener información tras la llegada de la niña o niño al lugar, puesto o puerto de entrada o tan pronto como las autoridades tomen conocimiento de su presencia en el país, para determinar su identidad y, de ser posible, la de sus padres y hermanos, a fin de transmitirla a las entidades estatales encargadas de evaluar y brindar las medidas de protección, de conformidad con el principio del interés superior de la niña o del niño.

La Corte IDH consideró que el mecanismo procedimental que los Estados adopten tras el arribo de los menores, aparte de ofrecer ciertas garantías mínimas, debe tener como meta los siguientes objetivos básicos: (i) tratamiento acorde a su condición de niño, en caso de duda sobre la edad, su evaluación y determinación. Cuando no sea posible llegar a una determinación certera de la edad, debe considerarse que se trata de un menor y brindarle un tratamiento acorde; (ii) determinación de si se trata de un niño no acompañado o separado; (iii) determinación de la nacionalidad del menor o, en su caso, de su condición de apátrida; (iv) obtención de información sobre los motivos de su salida del país de origen, de su separación familiar si es el caso, de sus vulnerabilidades y cualquier otro elemento que evidencie o niegue su necesidad de algún tipo de protección internacional; y (v) adopción, en caso de ser necesaria y pertinente de acuerdo con el interés superior del niño, de medidas de protección especial. Estos datos deberían recabarse en la entrevista inicial y registrarse adecuadamente, de modo tal que se asegure la confidencialidad de la información.

Con el propósito de asegurar un acceso a la justicia en condiciones de igualdad, garantizar un efectivo debido proceso y velar por que el interés superior del niño haya sido una consideración primordial en todas las decisiones que se adopten, los Estados deben garantizar que los procesos administrativos o judiciales en los que se resuelva acerca de derechos de los menores estén adaptados a sus necesidades y sean accesibles para ellos. Sobre esta base, la Corte IDH se refirió a los siguientes aspectos: (i) el derecho a ser notificado de la existencia de un procedimiento y de la decisión que se adopte en el marco del proceso migratorio; (ii) el derecho a que los procesos migratorios sean llevados por un funcionario o juez especializado; (iii) el derecho del niño a ser oído y a participar en las diferentes etapas procesales; (iv) el derecho a ser asistido gratuitamente por un traductor y/o intérprete; (v) el acceso efectivo a la comunicación y asistencia consular; (vi) el derecho a ser asistido por un representante legal y a comunicarse libremente con dicho representante; (vii) el deber

de designar a un tutor en caso de menores no acompañados o separados; (viii) el derecho a que la decisión que se adopte evalúe el interés superior de la niña o del niño y sea debidamente fundamentada; (ix) el derecho a recurrir la decisión ante un juez o tribunal superior con efectos suspensivos; y (x) el plazo razonable de duración del proceso.

Los espacios de alojamiento deben respetar el principio de separación y el derecho a la unidad familiar, de modo tal que, si se trata de niños no acompañados o separados, deben alojarse en sitios distintos del que corresponde a los adultos. En cambio, si se trata de niños acompañados, deben alojarse con sus familiares, salvo que lo más conveniente sea la separación en aplicación del principio del interés superior del niño y, además, asegurar condiciones materiales y un régimen adecuado para los menores en un ambiente no privativo de libertad.

En suma, la Corte IDH estableció que los menores migrantes requieren del Estado receptor una actuación específicamente orientada a la protección prioritaria de sus derechos, que debe ser definida según las circunstancias particulares de cada caso concreto, es decir, si se encuentran junto con su familia, separados o no acompañados, y atendiendo a su interés superior. A tal fin, los Estados, en cumplimiento de sus obligaciones internacionales en la materia, deben diseñar e incorporar en su ordenamiento interno un conjunto de medidas no privativas de libertad para ser ordenadas y aplicadas mientras se desarrollan los procesos migratorios que propendan de forma prioritaria a la protección integral de los derechos del niño, de conformidad con las características descriptas, con estricto respeto de sus derechos humanos y al principio de legalidad.

IV El caso de los menores no acompañados en Argentina

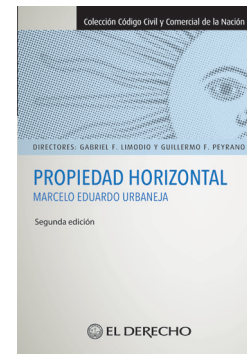
Conforme lo establece el Preámbulo de la Constitución Nacional, la República Argentina es un país abierto a quien quiera habitar el suelo argentino. En materia de refugiados, desde 1961 es Parte en la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo Adicional de 1967, y, por lo tanto, asumió obligaciones internacionales en materia de protección de refugiados. Estos son a su vez complementados por otros instrumentos internacionales de derechos humanos que estructuran un sistema de protección internacional de los derechos humanos de solicitantes de asilo y refugiados.

A fines del año 2006 se sancionó la Ley General de Reconocimiento y Protección al Refugiado 26.165, primera ley argentina de protección de refugiados que significó un avance normativo y cualitativo en la materia, y ha sido considerada como un aporte fundamental y una ley modelo en la región. Esta norma contiene una definición amplia en relación con la legislada en la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y en el Protocolo Adicional de 1967, a saber: puede solicitar refugio cualquier persona que padezca "... amenazas provocadas por la violencia generalizada, agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público".

En suma, la ley 26.165 establece que la protección de los peticionantes de refugio y de quienes obtienen el estatus de refugiados se rige por el derecho internacional de los derechos humanos, la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967 y lo dispuesto en esa ley. Las normas y principios de protección contenidos en dicha norma son aplicables desde que la persona se encuentra bajo jurisdicción argentina y se extiende hasta que cese el estatus de refugiado o se le deniegue dicho estatus. Asimismo, se aplican el principio del trato más favorable y, en ningún caso, menos favorable que el concedido a otros extranjeros en las mismas circunstancias.

Esta norma recepta el principio de la unidad familiar. El art. 6º de la ley 26.165 recepta ese principio disponiendo la extensión del derecho a la unidad familiar en los siguientes términos: "Los efectos del reconocimiento de la condición de refugiado se aplicarán por extensión, a su cónyuge o a la persona con la cual el refugiado se halle ligado en razón de afectividad y de convivencia, ascendientes, descendientes y colaterales en primer grado que de él dependan económicamente. Las autoridades competentes resolverán las solicitudes en cada caso y de manera fundada, teniendo en cuenta el derecho vigente, las necesidades invocadas por los solicitantes y los valores culturales de sus países de origen. La decisión que rechaza una solicitud

NOVEDADES 2018



COLECCIÓN CÓDIGO CIVIL
Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

Marcelo Eduardo Urbaneja

PROPIEDAD HORIZONTAL

Segunda edición

El Derecho

2018

216 páginas

ISBN 978-987-3790-72-0

Venta telefónica: (11) 4371-2004
Compra online: ventas@elderecho.com.ar
www.elderecho.com.ar

basada en la aplicación del principio de la unidad familiar no podrá fundarse en la falta de reconocimiento legal de las relaciones invocadas".

El primer órgano de determinación del estatus de refugiado que existió en la Argentina fue el Comité de Elegibilidad para los Refugiados (C.E.Pa.Re.)⁽¹⁹⁾ con competencia para resolver, en primera instancia, los aspectos relativos a la determinación del estatuto del refugiado. Con la sanción de la ley 26.165 su competencia fue temporalmente prorrogada⁽²⁰⁾ hasta la conformación definitiva de la CONARE⁽²¹⁾. Esa comisión fue creada en el ámbito del Ministerio del Interior y está conformada por un representante de ese ministerio; el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto; el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos; el Ministerio de Desarrollo Social; el Instituto Nacional contra la Discriminación, el Racismo y la Xenofobia (INADI) y el ACNUR y una organización no gubernamental. Estos últimos dos organismos participan de la comisión con voz, pero sin voto.

La CONARE tiene competencia para resolver, en primera instancia, sobre el reconocimiento y la cesación de la condición de refugiado⁽²²⁾ y el otorgamiento de autorización para las solicitudes de ingreso al país por motivo de reunificación familiar y reasentamiento⁽²³⁾. Asimismo, posee facultades para convocar a autoridades nacionales, provinciales y municipales a fin de proponer la coordinación de acciones conducentes al cumplimiento de los objetivos de esta ley y, en particular, en lo que concierne a la protección de los derechos de los refugiados para acceder al trámite de solicitud de reconocimiento del estatuto de refugiados; la asistencia de los refugiados y sus familiares y su inserción en la vida social y económica del país⁽²⁴⁾.

La Secretaría Ejecutiva de la CONARE funciona en el ámbito de la Dirección Nacional de Migraciones e instruye los expedientes de solicitudes de estatuto de refugiados, mantiene entrevistas individuales con los solicitantes y elabora un informe técnico no vinculante respecto de cada solicitud. Su funcionamiento interno se encuentra regulado mediante la resolución 800/09 del Ministerio del Interior.

Desde la creación del C.E.Pa.Re. en 1985 hasta la actualidad, la República Argentina recibió más de 13.000 solicitudes de estatuto de refugiados y otorgó tal estatus en 3400 casos. En los últimos cinco años, los refugiados provienen mayoritariamente de Colombia, Haití y países africanos. Estos huyen de la violencia que atraviesan sus países, ya sea por conflictos armados internos como por disputas étnicas o persecuciones políticas, ante la amenaza de ver vulnerados sus derechos humanos fundamentales.

Por su parte, en el Ministerio Público de la Defensa funciona la Comisión para la Asistencia Integral y Protección al Refugiado y Peticionante de Refugio⁽²⁵⁾. En su ámbito, funcionan los siguientes programas:

1) Programa de Tutela, Representación Legal y Acompañamiento de Niños, Niñas y Adolescentes Refugiados y Solicitantes de Refugio⁽²⁶⁾. Por medio de este programa

(19) Decreto PEN 464/85 del 11-3-85.

(20) Decreto PEN 102/07 del 7-2-07.

(21) Resolución 390/2009 del Ministerio del Interior del 17-4-09.

(22) Ley 26.165, art. 25, inc. b).

(23) *Ibidem*, inc. c).

(24) *Ibidem*, inc. d).

(25) Creada por resoluciones DGN 2049/07 del 21-12-07 y 1858/08 del 28-11-08.

(26) Creado por resolución DGN 1071/07 del 18-7-07.

(18) Corte IDH, Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 del 19 de agosto de 2014, Serie A n° 21.

se interviene en todas las etapas del procedimiento para la determinación de la condición de refugiado de los menores no acompañados o separados de sus familias, realizando un acompañamiento y seguimiento integral del niño por parte del personal de la Comisión afectado a dichas tareas. Por su parte, el tutor a cargo de la Tutoría Pública N° 1 asume su tutela y representación legal;

2) Programa de Asesoramiento y Representación Legal para Personas Refugiadas y Solicitantes del Reconocimiento de la Condición de Refugiados⁽²⁷⁾. Este programa tiene como fin brindar asesoramiento y representación legal a toda persona que solicite el reconocimiento de la condición de refugiado;

3) Asistencia a personas refugiadas y solicitantes del reconocimiento de dicha condición que se encuentran privadas de la libertad⁽²⁸⁾. Esta resolución se dictó a fin de instruir a los Defensores Públicos Oficiales y a los Defensores *ad hoc* a cargo de dependencias del Ministerio Público de la Defensa para que, toda vez que tomen conocimiento de que una persona refugiada o solicitante del reconocimiento de dicha condición se encuentra privada de la libertad, arbitren los medios a su alcance para evitar que se practique la notificación a las autoridades consulares del país de su nacionalidad y notifiquen sin demora dicha situación a la Comisión; y

4) Patrocinio jurídico gratuito en procesos de ciudadanía iniciados por personas refugiadas y solicitantes del reconocimiento de dicha condición⁽²⁹⁾. Por medio de este programa la Defensora General de la Nación facultó a la Comisión a brindar patrocinio jurídico gratuito en los procesos de ciudadanía iniciados por personas refugiadas o solicitantes del reconocimiento de dicha condición cuando les sea requerida dicha intervención.

La ley 26.061⁽³⁰⁾ de protección integral de los derechos de los niños y adolescentes garantiza a los menores refugiados que se encuentren en el territorio de la República Argentina el goce, ejercicio pleno, efectivo y permanente de los derechos consagrados en dicha norma. Entre ellos cabe destacar el art. 10, el cual dispone: "... Los Organismos del Estado deben facilitar y colaborar en la búsqueda, localización u obtención de información, de los padres u otros familiares de las niñas, niños y adolescentes facilitándoles el encuentro o reencuentro familiar...".

Quienes acrediten su estatus de refugiados en la República Argentina con Certificado de Radicación expedido por la DNM en el cual conste el estatus de Refugiado, incluidos los menores no acompañados, podrán tramitar su primer DNI ante el RENAPER⁽³¹⁾. La condición de refugiado les permitirá gozar del beneficio de exención de pago de la tasa.

La ley 25.871 de migraciones dispone que el Estado argentino asegurará el acceso igualitario a los inmigrantes y sus familias en las mismas condiciones de protección, amparo y derechos de los que gozan los nacionales. No podrá negárseles o restringírseles en ningún caso el acceso al derecho a la salud, la asistencia social o atención sanitaria a los extranjeros que lo requieran, cualquiera sea su situación migratoria. Su art. 3° recepta el principio de reunificación familiar. Las normas migratorias tienen carácter supletorio respecto de la normativa de protección del refugiado⁽³²⁾. La Dirección Nacional de Migraciones (DNM), como autoridad de aplicación, ha adoptado una serie de disposiciones relativas al ingreso/egreso de niños:

– La necesaria coordinación con los organismos nacionales, provinciales y/o municipales encargados de brindar asistencia y protección a la niñez, su efectiva intervención respecto a los menores de edad no acompañados, en tanto sujetos pasivos de los delitos de orden migratorio, trata de personas y delitos conexos⁽³³⁾.

– A los menores de edad que no hubieren cumplido los TRECE (13) años que no viajen acompañados o no sean aguardados por quien o quienes ejercen la responsabilidad parental o por un tercero autorizado, ya sea que no porte autorización de quien o quienes ejercen la responsabilidad parental para ser acompañado o aguardado por un tercero;

o, a pesar de portar la autorización mencionada, no sea efectivamente acompañado o aguardado por el tercero que conste en la autorización, se procederá:

1) a otorgarles una Autorización Provisoria de Permanencia cuando se trate de extranjeros residentes transitorios, se dará intervención a las autoridades de seguridad con jurisdicción en el lugar de ingreso, para que informe de esta circunstancia a la autoridad judicial con competencia en minoridad, quien resolverá en consecuencia, labrándose acta de entrega; y

2) perfeccionar el ingreso al país cuando se trate de argentinos, extranjeros residentes permanentes o temporarios o residentes precarios, dándoles intervención a las autoridades de seguridad con jurisdicción en el lugar de ingreso para que informen de esta circunstancia a la autoridad judicial con competencia en minoridad, quien resolverá en consecuencia, labrándose el acta⁽³⁴⁾.

En el caso del menor adolescente se estableció la necesidad del consentimiento expreso del menor adolescente, requerido por el art. 645, último párrafo, del cód. civil y comercial de la Nación, el cual se tendrá por materializado con su presentación voluntaria ante la autoridad encargada de efectuar el control migratorio al momento del egreso. En todos los casos, cuando al momento de efectuarse el control migratorio en el ingreso o egreso el funcionario actuante tuviera sospechas fundadas respecto de la autorización, teniendo en cuenta el interés superior del niño, se deberá dar inmediata intervención a la Policía Migratoria Auxiliar, a la autoridad judicial competente y al Ministerio Público Pupilar.

A nivel provincial y local, las constituciones y legislaciones también tutelan los derechos de los niños, sea que se encuentren no acompañados o separados. Esta normativa resulta de aplicación a los menores que residan en forma habitual en la jurisdicción de que se trate.

Asimismo, el Protocolo para la protección, asistencia y búsqueda de soluciones duraderas para los niños no acompañados o separados de sus familias en busca de asilo (en adelante, Protocolo de Atención) tiene como objetivos, entre otros: 1) satisfacer las necesidades de protección y cuidado de los niños no acompañados o separados de sus familias que buscan protección internacional en el país; 2) lograr un mayor entendimiento de las necesidades de protección y asistencia de esos niños y contribuir a una mayor comprensión de los roles y responsabilidades de las distintas instancias involucradas en su atención; y 3) incorporar asuntos no previstos por la ley 26.165.

El Protocolo de Atención es un plan de acción de prevención y respuesta interagencial adoptado en el ámbito interno, para asegurar y garantizar de forma efectiva los derechos humanos de los beneficiarios. Aquel es aplicable dentro del territorio o en cualquier lugar sujeto a la jurisdicción argentina, respecto de todo niño extranjero no acompañado o separado o huérfano, que pudiera necesitar protección internacional como refugiado o la obtención de alguna forma complementaria de protección.

IV.A. Procedimiento de determinación de la condición de refugiados en el caso de menores no acompañados o separados

El Protocolo de Atención incluye un procedimiento de asilo diferenciado para niños no acompañados o separados. Cuando un menor no acompañado o separado se presenta ante la CONARE, el primer paso que realizan sus autoridades es indagar si el niño tiene alojamiento. Si esto es así, se notifica de tal circunstancia a la Comisión, al Consejo de Niñas, Niños y Adolescentes y al Defensor de Menores e Incapaces de Turno, quien se encargará de promover el inicio de medidas precautorias ante un juez de familia. El juez, entre otras medidas (informes socioambientales, psicofísicos) le designa un tutor. A partir de ese momento, el tutor se convierte en el representante legal del menor en el procedimiento de elegibilidad y, además, contribuye a la búsqueda de soluciones transitorias (guarda, adopción) o duraderas (integración local, repatriación voluntaria o reasentamiento en un tercer país) teniendo en miras, siempre, el interés superior del niño. Si el menor no posee alojamiento, los organismos notificados deberán gestionarle una vacante en un hogar de la ciudad de Buenos Aires. El emplazamiento en hogares de estos niños, a veces, se dificulta por factores tales como edad, idioma, estilo de vida, traumas pasados, etc. Estos niños suelen no adaptarse a los

límites horarios impuestos por el hogar respecto de la entrada y la salida. Son niños que poco tienen en común con los niños argentinos que residen en tales hogares.

El siguiente paso es identificar al menor no acompañado o separado. El primer obstáculo reside en comprobar que la edad del solicitante de refugio es la que se declara. Resulta de suma importancia no emplazar en hogares a personas adultas. La labor llevada adelante para determinar la edad del solicitante de refugio no es fácil, ya que difiere según el país de origen la forma en que se registran los nacimientos. Muchos niños saben su edad pero no su fecha de nacimiento⁽³⁵⁾. Para identificar al menor es necesario conocer su nombre. Muchos menores no saben leer y escribir en su idioma. Pronuncian su nombre y se lo asienta del modo que se lo entiende. Puede ocurrir que, con posterioridad, las autoridades reciban copia de los documentos del niño, en cuyo caso rectificarán el nombre conforme conste en la documentación del país de origen. No se presenta este problema si el menor tiene en su poder documentos que prueben su identidad. Una vez resuelto el alojamiento del menor e identificado, se procede a determinar si ese niño requiere protección como refugiado. Si, *prima facie*, se establece que el niño posee un temor fundado de ser perseguido o cuando existen elementos objetivos que hacen inferir que su caso se encuadra dentro de la definición legal de refugiado, aun cuando el niño no pueda expresar su temor concreto, se refiere el caso de ese menor al procedimiento ante la CONARE.

La CONARE procesa las solicitudes de asilo presentadas por niños no acompañados o separados de sus familias en forma prioritaria y de manera apropiada a la edad, a través de un procedimiento de asilo diferenciado. Salvo razones fundadas que justifiquen una prórroga, adopta la resolución sobre la solicitud de asilo antes de transcurridos seis meses, contados desde la fecha de notificación a la Secretaría Ejecutiva de la designación del tutor. Es imprescindible que el menor cuente con un tutor para que pueda ser citado a una entrevista. Al demorarse tal designación ni CONARE ni DGN pueden entrevistar al menor, y el procedimiento se dilata⁽³⁶⁾. El tutor cumple un rol importante en el procedimiento de asilo porque ayuda al niño a presentar su caso y lo representa legalmente ante la CONARE y en las instancias administrativas o judiciales posteriores; ofrece pruebas conducentes a la determinación de los hechos alegados; acompaña al menor durante la(s) entrevista(s); presenta alegatos o los recursos administrativos o acciones judiciales necesarios.

Oportunamente, y una vez que la Secretaría Ejecutiva es informada de la aceptación de la tutela judicialmente designada, programa una entrevista con el niño, que es conducida por un oficial de elegibilidad del sexo elegido por el menor. Durante esa entrevista el niño es acompañado por el tutor y/o el representante autorizado previamente por este. La entrevista se realiza en un espacio adecuado que resguarda la confidencialidad. Cuando las circunstancias lo ameritan y en observancia del interés superior del niño, la Secretaría ofrece al niño la posibilidad de posponerla hasta tanto se encuentre en condiciones de afrontarla. El oficial de elegibilidad explica el procedimiento y cómo se procede durante la entrevista, asegurándose de que el niño comprenda. Adecúa el método de entrevista y la formulación de preguntas a la edad y madurez del niño.

Con relación a la prueba, la Secretaría Ejecutiva de oficio o a pedido del tutor dispone la producción de prueba respecto de los hechos invocados y conducentes a la decisión, fijando el plazo para su producción y su ampliación, si correspondiere. Por su parte, el tutor ofrece toda la prue-

(35) Entrevista de la autora con la Secretaría Ejecutiva de la CONARE, Dra. Rubio, del 11-10-18.

(36) La Dra. Rubio comentó que en su momento ese procedimiento se realizaba de forma rápida y eficiente, y al mes tenían la designación del tutor. En cambio, hoy en día se está dificultando la designación debido a casos de declaraciones de incompetencia por parte de la tutoría N° 1. El problema se debe a que previamente, cualquiera fuera el domicilio real del menor, intervenía la tutoría N° 1. Por el contrario, actualmente, si el domicilio real del niño no se encuentra en el ámbito de competencia de dicha tutoría, se declara incompetente y ello conlleva la necesidad de dar intervención a la defensoría competente de acuerdo al domicilio real. La dificultad que observan tanto la Dra. Rubio, Secretaria Ejecutiva de la CONARE, como la Dra. Cascone, Coordinadora de la Comisión para la Asistencia Integral y Protección al Refugiado y Peticionante de Refugio DGN, es que, por ejemplo, el sistema en la provincia de Buenos Aires no es el mismo que hay en la ciudad de Buenos Aires, tienen distintos procedimientos, a veces son trámites administrativos y no judiciales, no suelen designar tutores enseñada, lo que alarga sobremanera.

(27) Creado por resolución DGN 1055/11 del 30-8-11.

(28) Creado por resolución DGN 770/12 del 6-7-12.

(29) Creado por resolución DGN 771/12 del 6-7-12.

(30) Y sus decretos reglamentarios PEN 415/06 del 17-4-06 y 416/06 del 17-4-06.

(31) Resolución 894/08 del Registro Nacional de las Personas del 22-4-08.

(32) Decreto PEN 616/10 del 3-5-10, reglamentario de la ley 25.871.

(33) Disposición DNM 5866-E/16 del 26-10-16.

(34) Disposición DNM 3328/15 del 28-7-15.

ba pertinente en la primera oportunidad de que disponga y preferentemente antes de la entrevista. Tras la primera entrevista, puede ampliar el ofrecimiento de prueba.

Concluida la instrucción y en forma previa al informe final no vinculante, la Secretaría Ejecutiva corre vista del expediente al tutor por un plazo de 15 días para que alegue sobre los méritos de la solicitud. Si el informe final contiene indicadores de la entrevista, la Secretaría confeccionará un informe de entrevista y lo comparte con el tutor. El alegato presentado por el tutor es elevado a la CONARE junto con el informe técnico preparado por la Secretaría. Este informe considera y reseña lo alegado por el tutor.

Si la CONARE determina que el niño no califica como refugiado puede recomendar a la DNM que considere especialmente el caso del menor, a la luz de su situación actual y/o pasada. Esto a los efectos de que sea otorgada una residencia temporaria por razones humanitarias.

IV.B. Procedimiento de reunificación familiar de los menores no acompañados o separados

La reunificación familiar puede ser solicitada por el peticionante de refugio como por el refugiado. Sin embargo, la reunificación procede solo cuando la persona ha obtenido estatuto de refugiado. En muchos casos se obtiene tal estatus simultáneamente con la reunificación familiar. El peticionante de refugio o refugiado solicita la reunificación ante la CONARE, informando cuáles son los familiares con los que procedería la reunificación. A tal fin es necesario que presente documentación que acredite el vínculo con los familiares, tales como partidas de nacimiento, matrimonio y documentos de viaje válidos y vigentes. En el caso de menores y no siendo los progenitores quienes solicitan la reunificación, deberán presentar además la autorización de viaje de por lo menos un padre, en la que surja expresamente su voluntad de que su hijo se traslade a Argentina. La CONARE resolverá la solicitud de manera fundada, teniendo en cuenta el derecho vigente, las necesidades invocadas por los solicitantes y los valores culturales de sus países de origen. Si la decisión es afirmativa, se otorgará al solicitante y al grupo familiar un documento provisorio que le permita permanecer legalmente en el territorio nacional y desempeñar tareas remuneradas y acceder a los servicios y beneficios básicos sociales, de salud y educación. También tendrán derecho a la obtención de un documento de identidad que les permita ejercer plenamente sus derechos civiles, económicos, sociales y culturales. A fin de que los familiares no tengan dificultades para viajar al país, la CONARE en conjunto con la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) y el ACNUR les otorgan asistencia económica, facilitan acompañantes de viaje, entre otras.

La decisión que rechace una solicitud basada en la aplicación del principio de la unidad familiar no podrá fundarse en la falta de reconocimiento legal de las relaciones invocadas. En ningún caso se concederá asilo por extensión a persona alguna que haya incurrido en alguna de las causales previstas⁽³⁷⁾ en la ley 26.165.

Actualmente hay un único caso de un niño no acompañado debido al fallecimiento de su madre cuando llegaron a la Argentina⁽³⁸⁾. Hay varios casos de niños separados. Si es refugiado, la familia viene para Argentina. Ello, por aplicación del principio de no devolución⁽³⁹⁾ y la improbabilidad de que el refugiado se encontrara en una situación de riesgo en nuestro país. El interés superior del niño y el derecho del menor a ser oído tornan indispensable la actuación del tutor.

Una vez obtenido el estatuto de refugiado y autorizada la reunificación familiar, el menor es acompañado por el personal de la DGN a Cancillería, para gestionar la visa de los familiares. Puede ocurrir que los familiares viajen a Argentina antes de estas gestiones y se incorporen a la solicitud del refugiado.

(37) Ley 26.165, art. 9°: “No le será reconocida la condición de refugiado a persona alguna respecto de la cual existan motivos fundados para considerar: a) Que ha cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad, de los definidos en los instrumentos internacionales elaborados para adoptar disposiciones respecto de tales delitos; b) Que ha cometido un grave delito común, fuera del país de refugio antes de ser admitida en él como refugiada; c) Que ha cometido actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas”.

(38) Entrevista de la autora con la Coordinadora de la Comisión para la Asistencia Integral y Protección al Refugiado y Peticionante de Refugio DGN, Dra. Analía I. Cascone, del 5-10-18.

(39) El principio de no devolución (*non-refoulement*) prohíbe la devolución de una persona a un país en el que pueda ser perseguida. Este principio forma parte del derecho internacional consuetudinario.

Con respecto a la reunificación en un tercer Estado, existen acuerdos de reasentamiento en caso de nacionales colombianos en Ecuador. Estos acuerdos no fueron exitosos.

En 2018, la atención de la CONARE y la DGN se centra en Venezuela. Diariamente se reciben presentaciones de niños venezolanos con sus familiares que solicitan el estatuto de refugiados. Niños que no pueden acreditar el vínculo familiar con quienes los acompañan. Tales situaciones pueden derivar en distintos escenarios, entre otros, que sean los últimos de sus familias en radicarse en el país o posibles casos de tráfico de niños.

El Protocolo de Atención prevé que se realice una búsqueda de la familia. Se realiza una investigación para encontrar a los miembros de la familia del niño o sus cuidadores legales o consuetudinarios. La búsqueda se debe realizar lo más rápido posible. Y resulta importante para restaurar los lazos familiares, aun cuando no sea posible la reunificación familiar inmediata. La búsqueda debe ser proactiva; pero debe priorizarse la seguridad del menor y su familia. Debe evitar poner en peligro la vida del niño y su familia, y, de existir tal riesgo, la búsqueda debe ser postergada. La búsqueda no debe ser abandonada a menos que hayan fallado todos los esfuerzos razonables por encontrar miembros de la familia.

La Agencia Central de Búsquedas del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR)⁽⁴⁰⁾ interviene el procedimiento de reunificación familiar dirigiendo y coordinando todas las actividades relativas a restaurar los lazos familiares, reunificar familias y buscar personas perdidas, realizado por la red internacional de las Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja.

La búsqueda de los familiares del niño puede realizarse con el apoyo del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja. El Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja actúan cuando los medios habituales de comunicación (líneas telefónicas, medios electrónicos y servicios postales) no funcionan y las personas no pueden ponerse en contacto con sus familiares. Las situaciones en que puede solicitarse ayuda al Movimiento se clasifican en tres grupos: conflicto armado o disturbios internos y sus consecuencias directas; catástrofe natural o desastre de otra índole y situaciones diversas en que hay necesidades humanitarias.

Cuando cualquiera de los actores tuviera conocimiento de la intención del niño de localizar a su familia, referirá el caso a la DGN. Luego de una entrevista, la DGN referirá el caso al CICR, que actuará de acuerdo a los principios de su mandato, así como a los criterios y metodología de su Protocolo para la búsqueda de familiares.

A continuación se detallan las estadísticas recolectadas correspondientes a los menores no acompañados en Argentina:

En la tabla 1 se señala la cantidad de niños no acompañados o separados que fueron tutelados durante los años 2010 a 2015.

Tabla 1:
Menores no acompañados o separados bajo tutela en Argentina 2010-2015

PAÍS DE ORIGEN	CANTIDAD DE NIÑOS BAJO TUTELA	FECHA
Países de África, Colombia y República Dominicana	38	7-11-11
Camerún, China Colombia, Costa de Marfil, Gambia, Ghana, Guinea, Liberia, Libia, Mali, Nigeria, Senegal, Zimbabwe	48	29-10-12
Camerún, Colombia, Costa de Marfil, Ghana, Guinea, Liberia, Libia, Mali, Nigeria, Senegal, Zimbabwe, Siria	44	30-9-13
Mali, Nigeria, Haití, Senegal, Siria, Colombia, Ghana	27	30-9-14
Mali, Nigeria, Haití, Senegal, Siria, Colombia, Ghana, India, Ucrania	23	30-11-15

FUENTE: Comisión para la Asistencia Integral y Protección al Refugiado y Peticionante de Refugio⁽⁴¹⁾.

En la tabla 2 se indica el número de niños no acompañados o separados que ingresaron al Programa de la Co-

(40) Además de su papel de coordinadora, la Agencia Central de Búsquedas del CICR ha sido reconocida por los Estados como un asesor técnico al servicio de estos.

(41) Informes Anuales de la Comisión, disponibles en <https://www.mpd.gov.ar/index.php/informes-anuales-de-la-comision> (último acceso el 30-11-18).

NOVEDADES 2018

OBRA COMPLETA

OBLIGACIONES

Sobre los derechos y deberes de acreedores y deudores

DANIEL BAUTISTA GUFFANTI

Tomo I
Año 2017
ISBN 978-987-3790-3-4
675 páginas

Tomo II
Año 2018
ISBN 978-987-3790-71-3
790 páginas

Venta telefónica (11) 4371-2004
Compra online: ventas@elderecho.com.ar
www.elderecho.com.ar

misión durante los períodos señalados, los cuales abarcan desde 2010 a 2015.

Tabla 2:
Menores no acompañados o separados ingresantes en Argentina 2010-2015

PAÍS DE ORIGEN	CANTIDAD DE NIÑOS INGRESANTES	PERÍODO
No registrado	14	12-11-10 al 7-11-11
No registrado	28	7-11-11 al 29-10-12
No registrado	0	1-11-12 al 30-9-13
Ghana, Costa de Marfil, Haití	21	1-10-13 al 30-9-14
Ghana, Senegal, Haití, India, Nigeria, Ucrania	11	1-10-14 al 30-11-15

FUENTE: Comisión para la Asistencia Integral y Protección al Refugiado y Peticionante de Refugio⁽⁴²⁾

En 2018 la CONARE registra el ingreso de 2 niños separados, nacionales de Senegal y Colombia respectivamente, los cuales tienen a sus hermanos en Argentina.

V Conclusiones

Las estadísticas demuestran que afortunadamente las cifras de menores no acompañados o separados solicitantes de refugio o refugiados en Argentina son relativamente bajas. Sin embargo, preocupa a los operadores el aumento de los casos de niños separados provenientes de Venezuela, debido a la falta de documentación que acredite los vínculos de estos menores con quienes vienen al país con ellos.

Existen solicitudes de asilo presentadas por niños no acompañados o separados que no requieren de la protección internacional del refugiado; estos trámites se inician con el único fin de regularizar la situación migratoria de los menores. Estas solicitudes representan, en la actualidad, el 80 % de los trámites iniciados ante la CONARE.

(42) Ídem nota 40.

Ello desvirtúa el empleo de recursos (tiempo, presupuesto, recursos humanos capacitados, entre otros) destinados a los refugiados que son empleados en migrantes que de-sean regularizar su situación en Argentina.

A fin de atender los casos de niños no acompañados o separados los procedimientos que incorpora el Protocolo de Atención son, en líneas generales, efectivos a la hora de buscar soluciones duraderas. Si bien hoy en día el Protocolo de Atención no tiene fuerza de ley, sirvió para plasmar lo que venían haciendo los organismos firmantes, dándole un marco a la práctica.

Es necesaria la sanción de una ley marco a la que adhieran las provincias, a fin de unificar los procedimientos provinciales y así evitar demoras que dificultan el proceso, las cuales terminan afectando gravemente los derechos de los niños no acompañados o separados.

Es también necesario que se analice una futura reglamentación de la ley 26.165, así como también que se modifique el Protocolo de Atención a la luz de las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación. Ello, a fin de incorporar los principios relativos a la capacidad de los niños, con vistas a que tomen parte más activamente en los procesos tanto de solicitud de la condición de refugiados como de reunificación familiar, con la debida representación mediante un letrado patrocinante.

La reunificación familiar es la primera prioridad para los niños no acompañados o separados. Si la reunificación no conviniera al interés superior de los menores, o no fuera posible dentro de un período de tiempo apropiado, deben buscarse otras soluciones a mediano y largo plazo tales como hogares de guarda, cuidado en instituciones o la adopción. Cualquier solución a largo plazo debe ser planificada en función del interés superior del niño en cuestión y debe responder a sus necesidades de desarrollo.

VOCES: DERECHO INTERNACIONAL - DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO - TRATADOS Y CONVENIOS - TRATADOS INTERNACIONALES - DERECHOS HUMANOS - FAMILIA - MENORES - CIUDADANÍA, NACIONALIDAD Y NATURALIZACIÓN - EXTRANJEROS - ESTADOS EXTRANJEROS

JURISPRUDENCIA

Factura:

Virtualidad probatoria: requisitos. Contabilidad: Valor probatorio. Hechos y Actos Jurídicos: Doctrina de los actos propios: aplicación. Multa: Multa procesal: procedencia.

1 – Si bien la factura constituye el elemento de prueba por excelencia de la celebración del contrato de compraventa, por el hecho de ser un instrumento emanado del comerciante unilateralmente no determina por sí la existencia de un crédito a favor del emisor, sino que su virtualidad probatoria se encuentra en su recepción y aceptación en forma expresa o tácita.

2 – Dado que las facturas presentadas en autos no se encuentran receptadas ni aceptadas por la demandada, cabe concluir que no pueden considerarse cuentas liquidadas; máxime cuando tampoco ha sido acreditado que tales instrumentos se encuentren registrados en los libros de la accionante. Ello sin perjuicio de que, aunque se encontraran asentadas en la contabilidad de la actora, estos libros constituirían tan solo un principio de prueba por escrito, pues en la causa no se acreditó que la accionada fuera comerciante.

3 – Habida cuenta de que las conclusiones del perito no evidencian que las facturas reclamadas estén registradas en los libros de la actora, cabe concluir que, frente a la falta de recepción y aceptación de tales instrumentos por parte de la accionada, y el expreso desconocimiento de estos por parte de esta última al contestar demanda, la accionante no logró demostrar su versión de los hechos, por lo cual la deuda reclamada es ilegítima. Tanto más que la conducta de la demandante resulta contraria a la doctrina de los actos propios, pues su planteo se opone a la postura procesal que adoptó en una causa penal iniciada previamente, en la que declaró que la aquí demandada nada le debía.

4 – Cabe confirmar la aplicación de una multa procesal a la actora, pues ha omitido informar en su escrito inaugural el

inicio previo de una causa penal en la que declaró que la aquí accionada nada le debía e igualmente la demandó sobre la base de facturas cuya legitimidad no logró acreditar; con lo cual quedó evidenciado que, al comenzar estas actuaciones, la accionante no podía ignorar que su pretensión carecía de fundamento conforme las pautas mínimas de razonabilidad. R.C.

60.002 – CNCom., sala F, septiembre 27-2018. – Ricale Viajes S.R.L. c. J., S. J. s/ordinario.

En Buenos Aires a los veintisiete días del mes de septiembre de dos mil dieciocho, reunidos los Señores Jueces de Cámara en la Sala de Acuerdos fueron traídos para conocer los autos “Ricale Viajes SRL c/ S. Y. J. s/ ordinario” expediente N° COM 12911/2015; en los que al practicarse la desinsaculación que ordena el art. 268 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación resultó que la votación debía tener lugar en el siguiente orden: Vocalías N° 17, N° 18, N° 16.

La Dra. Alejandra N. Tevez interviene en su carácter de subrogante de la vocalía N° 17, que se encuentra a la fecha vacante.

¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada de fs. 353/363?

La Sra. Juez de Cámara Dra. Alejandra N. Tevez dice:

I. ANTECEDENTES DE LA CAUSA

a. Ricale Viajes SRL (en adelante, “Ricale”) demandó a S. Y. J. a fin de obtener el cobro de \$51.911,60 con más sus intereses legales, costas y costos.

Relató que es una de las empresas más importantes de agencia de viajes IATA del país y que actúa tanto en el mercado mayorista como minorista. Indicó que ello puede verse reflejado en que emite, en promedio, 14.000 pasajes mensuales, además de los restantes productos turísticos que comercializa.

Explicó que resulta común, habitual, consentido y legal que en las grandes o medianas agencias de turismo existan personas que realicen tareas dentro o fuera del ámbito de la empresa, en características especiales.

Manifestó que tales individuos, que funcionan como intermediarios, poseen clientes particulares –empresas o individuos– que forman su capital de trabajo y que son atendidos como clientes exclusivos.

Agregó que estos intermediarios tienen plena libertad en su gestión y que no deben cumplir con horarios, asistencia diaria, régimen de vacaciones, entre otras cosas. Especificó que actúan como dueños, salvo por las condiciones comerciales y administrativas dadas por las agencias, que deben cumplir.

Aclaró que, muchas veces, dada la relación especial que los intermediarios tienen con sus clientes, realizan también la cobranza de las ventas e ingresan en la agencia los fondos en forma habitual.

Añadió que, en la actividad de las agencias de turismo, dichas personas son denominadas “free lance” y resultan equiparables a productores o vendedores en otros rubros.

De seguido, introdujo los hechos que sustentan su presentación. Así, afirmó que la demandada requirió dos pasajes aéreos a uno de estos intermediarios y que Ricale, como agencia Iata autorizada, emitió los tickets 5477169925 y 5477169924, de American Airlines.

Dijo que, en virtud de tal operación, emitió la factura N° 0010-00015729 del 08.09.2014, por un valor de \$32.018,40. Explicó que, frente a otra solicitud, emitió el ticket 5242863444, facturado bajo el N° 0011-00010439.

Señaló que, ante la falta de pago, el 05.01.2015 reclamó mediante la carta documento RAA08130455 a la accionada, quien el 13.01.2015 desconoció la emisión de los pasajes y la deuda.

Ofreció prueba y fundó en derecho.

b. S. Y. J. contestó demanda en fs. 32/42.

En primer lugar, opuso excepción de pago. Relató que en el año 2013 conoció a O. M., quien vendía pasajes emitidos por la actora, a través de G. G., empleado de Ricale por más de 20 años.

Expresó que M. cumplió tempestivamente con la entrega de todos los pasajes que le compró, salvo con cuatro pasajes Open con destino a Europa en “economy”, que fueron abonados el 28.07.2013.

Indicó que la modalidad para adquirir boletos era la siguiente: i) ella solicitaba por e-mail la cantidad y los destinos de los vuelos; ii) M. le enviaba por la misma vía las opciones y los costos; iii) una vez que ella elegía, M. le enviaba las reservas; iv) ella posteriormente le abonaba en efectivo y M. cancelaba, también en efectivo, a Ricale; y v)

acreditado el pago, aproximadamente unos quince días antes de la fecha del vuelo, M. le enviaba los pasajes emitidos por Ricale.

Sostuvo que la agencia nunca emitió facturas, pese a haberse reclamado. Agregó que el argumento para negarlas consistía en que, al haberse abonado en efectivo, el ticket electrónico resultaba comprobante suficiente de pago.

Mencionó que el 07.01.2015 recibió una carta documento de la actora, por medio de la cual le reclamaba \$51.911, imputados a viajes con destino a New York en julio y septiembre del 2014.

Resaltó que las facturas acompañadas por su contraria llevan fechas posteriores a las fechas de partidas de los vuelos. Asimismo, hizo hincapié en que los instrumentos detallan como forma de pago la figura de “cuenta corriente”, pese a que su parte era un cliente “particular”. Aseguró que las facturas fueron emitidas para justificar el arbitrario y falaz reclamo, y para ser presentadas en la mediación previa obligatoria.

Aclaró que, frente al reclamo, su parte contactó a M., quien le explicó que Ricale también le estaba reclamando pasajes a él, a pesar de que a la agencia le constaba el ingreso del dinero que él le había entregado a G. G., pero que éste no había ingresado a la caja de Ricale.

Manifestó que M. también le comentó que dicho fraude provocó que Ricale denunciara penalmente a G. G. Resaltó que, en tal denuncia, V. E. C. –en representación de la agencia– indicó que G., R. M. y M. A., fraguando los archivos y cambiando las fechas, se quedaban con el dinero que los clientes abonaban.

Remarcó que, en sede penal, la aquí actora afirmó: “este mecanismo de apoderamiento del dinero en efectivo y cheques haciendo creer que los clientes estaban impagos ocurrió en varios casos entre los que se encuentran los que se detallan a continuación: (...) J. S. Y.” (fs. 34 vta., énfasis removido).

Relató que C. declaró que las irregularidades se produjeron a fines de 2013 y principios de 2014 y que, conocido el fraude: A. confesó la maniobra y renunció; M. abandonó la empresa; y a G. se le permitió conservar su puesto de trabajo.

Puntualizó que C. agregó que “además en ese momento figuraban muchos clientes como deudores y se exigía que esos clientes paguen, pero en verdad en ese momento, nosotros desconocíamos que los clientes ya habían pagado y el dinero había sido ocultado a Ricale” (fs. 35, énfasis removido).

Dijo que C. también afirmó que la operatoria de venta coincidía con el relato de la aquí demandada y aseguró que jamás pudo haberse emitido un pasaje sin constatar que se hubiera abonado.

Luego de sustentar su planteo de excepción de pago, negó categórica y pormenorizadamente los hechos alegados por la actora, y narró su propia versión de lo ocurrido.

En sustancia, indicó que la accionante intentó deslindar la responsabilidad que le corresponde por los actos de sus dependientes e insistió en que su parte había cancelado los pasajes.

Por último, solicitó la intervención de M. en los términos del art. 94 del CPCCN, fundó en derecho y ofreció prueba.

c. En fs. 44/44 vta. la actora se opuso al pedido de citación de tercero y, con relación a la prueba ofrecida correspondiente al fuero penal, únicamente observó que las piezas acompañadas eran parciales e incompletas.

d. En fs. 45/48, el anterior sentenciante rechazó la citación de O. A. M. como tercero en los términos del art. 94 del CPCCN.

II. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

En fs. 353/363, el magistrado rechazó la demanda promovida por Ricale contra S. Y. J., con costas a la actora. Asimismo, le impuso una multa equivalente al 10 % del monto reclamado, en los términos del art. 45 del CPCCN.

Para así decidir, sostuvo que la accionante no había cumplido con la carga probatoria establecida en el art. 377 CPCCN. Dijo que, en tanto las facturas acompañadas resultan instrumentos unilaterales y no contienen constancia de recepción por parte de la demandada, son insuficientes para conferir verosimilitud a la pretensión de autos.

De seguido, resaltó que la factura emitida el 21.07.2014, es decir, con anterioridad a la del 08.09.2014, posee numeración superior a la emitida con posterioridad.

Asimismo, remarcó que el instrumento del 08.09.2014 fue impreso el 16.03.2015, seis meses después de la fecha

señalada como de emisión y una vez cerrada la etapa de mediación previa obligatoria.

Agregó que conspiraban dirimentemente contra la postura de la actora las constancias de la causa penal N° 60163/2014 –radicadas en el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional N° 21–, promovida por la aquí actora contra G. G., R. M., M. A. y P. S., donde les imputó la comisión de los delitos de estafa y falsificación de documento privado.

En sustancia, indicó que según lo manifestado por Ricale en sede penal, entre enero de 2013 y mayo de 2014, G. se apropió del pago de ciertos clientes de Ricale, entre los que se hallaba la aquí demandada, identificada con el número de cliente 31068.

Luego, consideró que atento al deber de colaboración que le cabía a Ricale para la dilucidación de esta litis, su condición de profesional dedicada a la venta de pasajes aéreos, y la estrecha vinculación entre el reclamo de autos y los hechos ventilados en sede criminal, la accionante debió dar a conocer la existencia del trámite penal en el escrito inaugural de este proceso.

Aclaró que este juicio fue promovido en mayo de 2015 y que la querella había sido iniciada en octubre de 2014.

En esa inteligencia, sostuvo que el silencio guardado en ese sentido, así como la admisión de la cancelación de la deuda expresada en sede penal, conducían a la desestimación de la demanda.

Por último, juzgó configuradas las conductas obstruccionistas endilgadas a la accionante. En consecuencia, la sancionó con una multa en los términos del art. 45 del CPCCN equivalente al 10 % del monto reclamado, comprensivo de capital e intereses.

Impuso las costas a la actora vencida (art. 64 CPCCN) y reguló honorarios.

III. EL RECURSO

Apeló Ricale en fs. 364/365 y su recurso fue concedido libremente en fs. 366. Su expresión de agravios de fs. 386/398 fue contestada en fs. 400/407.

En fs. 374, la mediadora Ana María Svab apeló por bajos los estipendios que le fueron fijados. Su recurso fue concedido en fs. 375.

En fs. 413 se llamaron autos para dictar sentencia y en fs. 414 se practicó el sorteo previsto en el Cpr. 268.

IV. LOS AGRAVIOS

La actora se queja de la valoración de la prueba efectuada por el *a quo* a fin de rechazar su demanda.

Asimismo, cuestiona la multa que le fue impuesta por aplicación del art. 45 CPCCN, por entender que no se cumplen en autos los requisitos establecidos en tal norma.

V. LA SOLUCIÓN

1. Aclaro, preliminarmente, que el análisis de los agravios esbozados por la recurrente no seguirá el método expositivo adoptado por ella, y que no atenderé todos sus planteos recursivos, sino aquellos que estime esenciales y decisivos para dictar el veredicto de la causa (Cfr. CS-JN: “Altamirano Ramón c/ Comisión Nacional de Energía Atómica”, del 11.11.1986; íd.: “Soñes, Raúl c/ Administración Nacional de Aduanas”, del 12.2.1987; Fallos: 221:37; 222:186; 226:474; 228:279; 233:47; 234:250; 243:563; 247:202; 310:1162; entre otros).

2. Ricale se queja por cuanto el sentenciante rechazó su reclamo. Insiste en que cumplió con la carga procesal de demostrar los hechos invocados y que la accionada se limitó a afirmar la cancelación de la deuda sin acompañar recibo alguno (art. 377 Cpr.).

Asimismo, critica que el magistrado haya basado su decisorio sobre ciertas copias certificadas de la causa penal N° 60163/2014, sin tener a la vista la totalidad de dicho expediente. En esa línea, solicita la producción de dicha prueba en esta instancia.

Adelanto que las quejas serán rechazadas.

i. Las partes están contestes en cuanto a que la demandada utilizó los pasajes aéreos emitidos por la accionante en los meses de julio y septiembre de 2014.

Sin embargo, mientras la actora reclama su falta de pago mediante las facturas N° 0010-00015729 y N° 0011-00010439, la accionada rechaza tales instrumentos y niega la deuda que se le imputa.

Así, habrá que analizar si la acreencia invocada es legítima.

ii.a) Sabido es que la factura constituye el elemento de prueba por excelencia de la celebración del contrato de compraventa. Resulta ser un instrumento emanado del comerciante unilateralmente, a través del cual se describe el objeto del negocio jurídico celebrado, el precio pactado, el plazo del pago –si lo hubiere– y el nombre del cliente. No obstante, no determina por sí la existencia de un crédito a favor del emisor, ya que su virtualidad probatoria no se encuentra en su confección unilateral sino en la recepción y aceptación en forma expresa o tácita (Cfr. Zavala Rodríguez, Juan, “Código de Comercio Comentado y Concordado”, Depalma, Buenos Aires, 1965, t° II, p. 143 y ss.; esta Sala F, en “Adecco Argentina S.A. c/ Fernández Esteban Ignacio s/ ordinario”, del 29.10.15, y, en particular, mis votos en “Mach Electronics S.A. c/ Conexus S.R.L. s/ ordinario”, del 18.11.10 y en “Industrias Eyro S.C. c/ Metalglass S.A. s/ ordinario” del 22.9.16).

Sentado ello, señalo que las facturas presentadas en autos no se encuentran receptadas ni aceptadas por la demandada. Tal omisión no pierde virtualidad por el hecho de que la recurrente considere que dichos requisitos tienen una “parcial aplicación, bastando con preguntarse quién ha firmado alguna vez, un recibo de la factura que recibe. Nadie” (fs. 389 vta.).

En consecuencia, los documentos arrimados no pueden presumirse cuentas líquidas (art. 474 Cód. Com., vigente al momento de los hechos).

b) Asimismo, el dictamen contable, apreciado a la luz de las reglas de la sana crítica y en concordancia con los demás elementos de convicción que la causa ofrece (art. 477 Cpr.), no permite concluir que los instrumentos reclamados se encuentren registrados en los libros de la accionante. Veamos.

Preguntado el experto para que informe “si las facturas que acompaña la actora se encuentran debidamente contabilizad[a]s, informando acerca de las fechas de las mismas”, contestó: “Si – Con fecha 26/02/2014 se encuentra registrada el *Ticket* N° 0006121 por \$16.288,50” (fs. 81/81 vta., pto. 2, del cuestionario de la actora. El subrayado me pertenece).

Así, a pesar de que el experto respondió afirmativamente, es evidente que su contestación fue incompleta y alejada de la cuestión debatida en la causa.

Ello, pues además de que no mencionó ningún asiento contable, tampoco refirió a las facturas reclamadas ni a sus fechas. Por el contrario, detalló un único *ticket*, cuyo número, fecha y monto no se vincula con las presentes actuaciones.

Véase que Ricale demanda por las facturas correspondientes a los *tickets*: N° 5242863444, del 18.07.14, por \$19.893,20; N° 5477169924 –en fs. 6, indicado como 5477169914– y N° 5477169925, ambos del 07.09.14, por \$16.009,20 cada uno (fs. 4, fs. 5, fs. 6, fs. 7, fs. 9, fs. 10, fs. 15 vta. y fs. 16). No obstante, el perito refiere al *ticket* N° 0006121, del 26.02.14, por \$16.288,50.

Es claro, insisto, que la respuesta no se condice con la pregunta.

Luego, al consultársele al experto si “la actora emitió las facturas N° 010-00015729 y 011-00010439” (fs. 81 vta., pto. 2 del cuestionario de la accionada), el contador respondió sobre la base de los instrumentos –desconocidos por la accionada a fs. 37 vta./38–, pero nada refirió acerca de su asiento en los registros de Ricale.

No soslayo que, de la respuesta dada por el profesional a la impugnación de la demandada respecto del pto 4. de la pericia (fs. 103), surge que el *ticket* 5242863444 se encuentra registrado en la contabilidad de la accionante –el experto aludió a “los registros contables de la demandada” (fs. 103), cuando debió referir a los de Ricale, que fueron los únicos libros peritados–.

Sin embargo, aclaro que ello nada predica acerca del registro de la factura mediante la cual se habría instrumentado el *ticket* mencionado. Asimismo, destaco que tal punto del dictamen refería al pago de los boletos entre la actora y la aerolínea, mas no respecto de la demandada.

Por otro lado, remarco que en el mejor escenario para Ricale –es decir, si las facturas se encontraran asentadas en su contabilidad–, no podría otorgársele a sus libros la

fuerza probatoria que prevé el art. 63 del CCom. Ello, pues en la causa no se acreditó que la accionada fuera comerciante. Así, en tal hipótesis, sus libros constituirían tan sólo un principio de prueba por escrito (mi voto en esta Sala, “Antonio y Mariano Tormena S.H. c/ Dorell S.A. y otros s/ ordinario”, 07.03.2013; “E.C.A. S.A. c/ Consorcio Charcas 3611/21 Capital Federal s/ sumarísimo”, del 05.09.2013).

c) En síntesis, las conclusiones del perito no evidencian que las facturas reclamadas estén registradas en los libros de la actora. Y así, frente a la falta de recepción y aceptación de los instrumentos por parte de la accionada, y el expreso desconocimiento de los documentos al contestar demanda, la accionante no logró demostrar su versión de los hechos (art. 377 Cpr.).

iii. Súmase a ello, el inimpugnado testimonio de S. Y. K., que agrega verosimilitud al relato de la demandada en punto a su vínculo con la actora por medio de O. M. y al pago en efectivo de los pasajes aéreos utilizados.

Tal miembro de la comunidad coreana declaró que: a) todos en la colectividad lo conocen a O. M. (fs. 132, pregunta séptima); b) inició su relación comercial con la aquí actora “por su amigo O. M., que a su vez tiene una relación con G. [G.], de Ricale” (fs. 131 vta. pregunta cuarta); y c) “la forma de pago era en efectivo” (fs. 131 vta. pregunta segunda).

iv. Lo decidido hasta aquí alcanzaría para rechazar la demanda. No obstante, agregaré que, tal como lo sostiene la demandada, los dichos de Ricale en sede penal también permiten concluir que la deuda reclamada es ilegítima.

En efecto.

El 6.10.2014, la aquí actora –por intermedio de su socio gerente V. E. C.– interpuso una denuncia penal “por presunta comisión de los delitos de estafa (...), administración fraudulenta (...), falsificación de documento (...) y/o la diferente calificación que corresponda a los hechos (...) contra los Sres. G. G., R. M. y M. A.” (fs. 326).

El 24.10.2014, Ricale se presentó como querellante en la Fiscalía de Instrucción N° 7 y efectuó una breve explicación acerca de la historia de la empresa, el funcionamiento de las agencias de viaje, la relación con los intermediarios G. y M., y las distintas formas en que supuestamente se habían cometido fraudes en su contra (fs. 330/336).

Según lo expuesto por C. al ratificar los términos de la presentación de Ricale como querellante, las irregularidades se detectaron a fines del año 2013 y comienzos del año 2014 (fs. 337 vta.).

En lo que aquí importa, destaco que al describir la “Apropiación de los pagos de los clientes y simulación del saldo de cuenta corriente”, Ricale afirmó: “Las unidades de negocios no estaban facultadas a quedarse con el dinero entregado por los clientes. Sin embargo, G. G. logró burlar ese límite generando una deuda millonaria, mediante un ardido y engaño consistente en hacer creer a Ricale que los clientes no habían pagado, cuando en verdad sí lo habían hecho, y el propio G. se había quedado con el dinero entregado. Este mecanismo de apoderamiento del dinero en efectivo y cheques, haciendo creer que los clientes estaban impagos (...) ocurrió en varios casos entre los que se encuentran los que se detallan a continuación (indicando nombre y número de cliente): (...) J. S. Y. (31068)” (fs. 333 vta., el subrayado me pertenece).

Es evidente que lo transcripto contradice el relato de la actora en estos autos.

EDICTOS

CIUDADANÍA

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 5, Secretaría N° 10, sito en Libertad 731 piso 10° de Capital Federal, hace saber que, FERNANDO GABRIEL NOVAS BECERRA, DNI N°: 92.592.276, de nacionalidad uruguaya y de ocupación empleado, ha iniciado los trámites tendientes a la la obtención de la Ciudadanía Argentina. Cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que pudiere obstar a dicha concesión, deberá hacer saber su oposición fundada al Juzgado. Publíquese por dos veces, en el lapso de quince días. Buenos Aires, 21 de junio de 2018. **M. Andrea Salamendy**, sec.

I. 20-12-18. V. 21-12-18

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal n° 7, a cargo del Dr. **Javier Pico Terrero**, Secretaría n° 13, a mi cargo, sito en Libertad 731, 6° piso de la Capital Federal, comunica que la Sra. KETTY DEL VALLE REYES MARCANO con DNI 93.995.467, nacida el 13 de septiembre de 1962 en La Guaira, Distrito Federal, Venezuela, ha solicitado la declaración de la ciudadanía argentina. Cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que pudiere obstar a dicha concesión, deberá hacer saber su oposición fundada al Juzgado. El presente se publica a los efectos del Art. 11 de la ley 346. Publíquese por dos días dentro de un plazo de quince días. Buenos Aires, 10 de diciembre de 2018. **Fernando G. Galati**, sec. fed.

I. 20-12-18. V. 21-12-18

212



EL DERECHO

Diario de Doctrina y Jurisprudencia

Primer Director: Jorge S. Fornieles (1961 - 1978)

Propietario UNIVERSITAS S.R.L. Cuit 30-50015162-1
Av. Alicia Moreau de Justo 1400 - PB, Contrafrente - Depto.
de Ediciones de la UCA, editoriales EDUCA y El Derecho

REDACCIÓN Y ADMINISTRACIÓN:

Tel. / Fax: 4371-2004 - (011) 4349-0200, int. 1181

E-MAIL: elderecho@elderecho.com.ar • www.elderecho.com.ar

Recuerdo que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha receptado desde antiguo la doctrina de los actos propios, habiéndola formulado en época más reciente en el sentido de que es exigible a las partes un comportamiento coherente, ajeno a los cambios de conducta perjudiciales, debiéndose desestimar toda actuación que implique un obrar incompatible con la confianza que merced a sus actos anteriores, se ha suscitado en la otra parte (CSJN, Fallos: 312:1725; 315:158 y 890).

No soslayo que la accionante insiste en que: i) se vio impedida de aportar la totalidad de la causa penal N° 60163/2014 a este proceso; y ii) dicha prueba debe ser producida en esta instancia por cuanto resulta necesaria para dilucidar el debate de autos (fs. 397 vta.).

Respecto del primer planteo, resalto que —una vez más— la conducta de la actora resulta contraria a la doctrina de los actos propios, pues el planteo se opone a la postura procesal que adoptó en estas actuaciones.

Véase que en el escrito inaugural, del 18.05.2015, Ricale no mencionó el fraude del que habría sido víctima ni la causa penal que ahora solicita traer, originada con su denuncia del 06.10.2014. Ello, pese a que los hechos investigados en sede criminal mantienen estrecha vinculación con esta controversia (tal como hizo saber la titular de la Fiscalía Nacional en lo Criminal de Instrucción N° 39 en su contestación de oficio que luce en fs. 140).

Asimismo, nótese que fue la accionada, al contestar demanda, quien advirtió al magistrado de la existencia del trámite penal. En esa línea, solicitó se librara oficio al “Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional N° 37 a los fines de que remita *ad effectum videndi et probandi* la causa N° 60163/2014. Para el evento en que resulte imposible la remisión de la misma, se expida acerca de la autenticidad de las fs. 2, 14, 31, 32, 34 y 341 que se ajustaran al oficio” (fs. 41 vta., el subrayado me pertenece).

Remarco que el *a quo* consideró debidamente cumplido tal extremo probatorio al momento de rechazar el planteo de la actora, referido al acuse de la negligencia de la demandada en la producción de dicho elemento de juicio (fs. 251/255).

Por otro lado, el pedido de producción de la prueba en esta instancia resulta tardío, pues no fue interpuesto dentro del plazo establecido en el art. 260 Cpr.

Aclaro, además, que si bien la recurrente insiste en que el trámite criminal resulta necesario para esclarecer la cuestión aquí debatida, nada acredita al respecto. En efecto, no invoca la existencia de actuaciones penales que, concretamente, reviertan su declaración inicial —esto es, que la aquí demandada nada le adeudaba—.

Recalco que el temperamento adoptado no configura un ritualismo inoficioso, sino que es la expresión de una exigencia tendiente a consolidar el orden y la preclusión que todo proceso reclama (CNCom., Sala F, 17.9.15, “Derosa, Diana Beatriz c/ Inspección General de Justicia y otro s/ amparo”; 14.08.18, “Polito Beatriz Lucía c/ Caja de Seguros S.A. s/ordinario”, entre otros).

En consecuencia, considero que receptor el injustificado pedido implicaría una medida dilatoria que alteraría las reglas procesales en perjuicio de la accionada.

v. Por todo lo expuesto, concluyo que, mientras la accionante incumplió la carga de probar la acreencia invocada, la demandada aportó elementos que demuestran la ilegitimidad del reclamo (art. 377 Cpr.).

3. Se agravó Ricale de la multa que le fue impuesta por temeridad y malicia, equivalente al 10 % del monto reclamado, comprensivo de capital e intereses.

Dijo que “no se verifican en autos —clara y objetivamente— los elementos necesarios para imponer dicha sanción” (fs. 396 vta.), citó doctrina en su favor y solicitó se dejara sin efecto la multa.

Adelanto que el agravio será desestimado.

Tiene dicho esta Sala que la decisión de imponer este tipo de sanciones importa el ejercicio por parte del juzgador de facultades disciplinarias que le son propias (cfr. “Kamien, Sergio Bernardo s/ concurso preventivo s/ incidente de revisión por Sletatt Ezra Ernesto”, del 18/10/11).

Así porque las inconductas procesales están consustanciadas con la función jurisdiccional: es deber de los magistrados velar por la observación estricta del principio de moralidad, basamento fundamental de la actuación procesal (art. 34, inc. 5°, aps. IV y VI; art. 163 inc. 8° CPCC T.O. Ley n° 26.589; cfr. mis votos en esta Sala F, “Copan Coop. de Seguros Ltda. c/ Ford Argentina S.A. otros s/ ordinario”, del 31/7/12, en “Iglesias Lucas Daniel c/ Aseguradora Federal Argentina S.A. s/ sumarísimo”, del 2/7/13 y en “Guzmán de San Félix Julieta c/ Plan Óvalo S.A. y otro s/ ordinario” del 29/10/15).

El concepto de temeridad denota la conducta de quien deduce pretensiones o defensas cuya falta de fundamento no puede ignorar conforme las pautas mínimas de razonabilidad; la malicia, en cambio, es la conducta procesal que se manifiesta mediante la formulación de peticiones que estén destinadas a obstruir exclusivamente el normal desenvolvimiento del proceso o retardar su decisión, teniendo ambos conceptos como denominador común la mala fe de quien las realiza (cfr. Kielmanovich Jorge L., “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado y Anotado”, Ed. LexisNexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2006, T. I. Tercera Edición Ampliada y Actualizada, pág. 130).

En este sentido, el art. 34 apartado VI del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación resulta claro en cuanto prevé que es deber de los jueces el de “declarar, en oportunidad de dictar las sentencias definitivas, la temeridad o malicia en que hubieren incurrido los litigantes o los profesionales intervinientes”. Ello pues recién en ese momento puede evaluarse la conducta observada por la parte y juzgar si es susceptible de la correspondiente sanción (cfr. Arazi-Rojas, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, segunda edición, Rubinzal-Culzoni, 2007, T° 1, pág. 199; en igual sentido, Fenochietto, Carlos E., Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, segunda edición, ed. Astrea, 2001, T° 1, págs. 206/7).

De otro lado, el art. 45 del Cpr. contempla la llamada inconducta procesal genérica, vinculada a la desnaturalización arbitraria del proceso y la utilización de las facultades que la ley otorga a los litigantes en contraposición a los fines de la jurisdicción, con obstrucción del proceso y violentando los deberes de lealtad, probidad y buena fe procesales (CPr.: 34, inc. 5, ap. d).

La citada normativa otorga a los órganos jurisdiccionales un delicado instrumento que trasciende el mero interés individual de quien ha triunfado en el juicio, y tiende a la mejor administración de justicia. De allí que exige un uso cauto y prudente teniendo en cuenta, en cada caso, el beneficio de la duda (cfr. CNCom., Sala B, *in re* “Czernizer Sergio c/ Kitnick Miguel”, del 23/2/95).

Tiene dicho la jurisprudencia que para que tal conducta se configure es necesario el empleo antifuncional y desviado de las reglas del proceso: la obstrucción malintencionada al curso de la justicia debe aparecer como manifiesta y sistemática, no bastando la articulación de pretensiones que no son acogidas o de recursos que se desestiman (conf. CNCom., Sala B, *in re*: “Ardenas S.A. c/ Sahara S.C.A. s/ sumario”, del 26/6/95 y esta Sala F, en “Sucesión Jorge Patricio Donovan c/ Volkswagen S.A. de Ahorro para fines determinados y otros s/ sumarísimo”, del 17/3/15, “Galati Horacio Daniel y otro c/ La Caja de Seguros S.A. s/ ordinario”, del 18/2/16 y “González Pablo José c/ Ford Argentina S.C.A. y otro s/ sumarísimo”, del 23/8/16).

Ahora bien.

En el caso, considero que los argumentos expuestos por la recurrente no logran desvirtuar lo decidido por el *a quo*.

Ello, pues la actora, habiendo omitido informar en su escrito inaugural el inicio previo de una causa penal donde declaró que la aquí accionada nada le debía, igualmente la demandó, sobre la base de facturas cuya legitimidad no logró acreditar.

Así, quedó evidenciado que, al comenzar estas actuaciones, Ricale no podía ignorar que su pretensión carecía de fundamento conforme las pautas mínimas de razonabilidad.

En consecuencia, la queja debe ser rechazada.

VI. CONCLUSIÓN

Por los fundamentos expresados precedentemente, si mi voto fuera compartido por mi distinguido colega del Tribunal, propongo al Acuerdo confirmar la sentencia de grado. Con costas a la actora vencida (conf. arg. art. 68 del Cpr.). Así voto.

Por análogas razones el doctor *Rafael F. Barreiro* adhiere al voto que antecede.

Y Vistos:

I. Por los fundamentos expresados en el Acuerdo que antecede, *se resuelve*: confirmar la sentencia de grado. Con costas a la actora vencida (conf. arg. art. 68 del Cpr.).

II. Honorarios

Corresponde expedirse sobre el recurso contra la regulación de honorarios del mediador.

Teniendo en cuenta lo establecido en la Ley N° 26.589, la fecha en que recayó la sentencia conclusiva del proceso, la trascendencia económica de la materia y lo establecido en el art. 2, inc. d) del Anexo I del decreto 2536/15 (conf. esta Sala “Ammaturo Francisco Horacio y otros c/Darex SA y otro s/ ordinario”; “All Music S.R.L. c/ Supermercados Ekono S.A. s/ ordinario” ambos del 29.03.12), se elevan a ... (...) UHOM, equivalentes a pesos ... (\$...), los honorarios regulados a favor de la mediadora, doctora Ana María Svab.

Por su parte, y por la actuación de Alzada que motivó la presente resolución, se fijan en ... pesos (\$...) los honorarios del doctor Carlos Alberto Maximiliano Cribari equivalentes a ... (UMA) (art. 30 Ley 27.423).

III. Notifíquese (Ley n° 26.685, Ac. C.S.J.N. n° 31/2011 art. 1° y n° 3/2015). Fecho, devuélvase a la instancia de grado.

Hágase saber la presente decisión a la Dirección de Comunicación Pública de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (cfr. Ley n° 26.856, art. 4 Ac. n° 15/13 y Ac. n° 24/13 y n° 42/15).

Firman solo los suscriptos por encontrarse vacante la vocalía n° 17 (art. 109 del Reglamento de la Justicia Nacional). — *Alejandra N. Tevez*. — *Rafael F. Barreiro* (Sec.: María F. Estevarena).

OPINIONES Y DOCUMENTOS

Las notas más visitadas de nuestra página web

Al terminar el año queremos compartir las cinco notas publicadas en 2018 que recibieron el mayor número de visitas en nuestra página web:

1) *Listado de los proyectos de ley para cuidar las dos vidas*, <http://centrodebioetica.org/2018/07/proyectos-de-ley-para-cuidar-las-dos-vidas/>

2) *Análisis del predictamen de legalización del aborto*, <http://centrodebioetica.org/2018/06/analisis-del-predictamen-de-legalizacion-del-aborto/>

3) *Análisis del proyecto de ley de aborto libre y propuestas para la maternidad vulnerable*, <http://centrodebioetica.org/2018/03/analisis-del-proyecto-de-ley-de-aborto-libre-y-propuestas-para-la-maternidad-vulnerable/>

4) *Los riesgos del aborto*, <http://centrodebioetica.org/2018/08/los-riesgos-del-aborto/>

5) *Aborto, fecundación in vitro y legislación argentina*, <http://centrodebioetica.org/2018/04/aborto-fecundacion-in-vitro-y-legislacion-argentina/>

www.centrodebioetica.org

17 de diciembre de 2018

VOCES: MÉDICO - FAMILIA - CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - MENORES - PERSONA - JURISPRUDENCIA - PODER LEGISLATIVO - CONSTITUCIÓN NACIONAL - DERECHOS HUMANOS - SALUD PÚBLICA - BIOÉTICA - EDUCACIÓN - ABORTO - DERECHO CONSTITUCIONAL - DERECHO PENAL ESPECIAL - DELITO - DELITOS CONTRA LA VIDA - ORGANISMOS INTERNACIONALES - CULTO - IGLESIA CATÓLICA - RESPONSABILIDAD PARENTAL - DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES