

Paraná, 17 de Febrero de 2022.-

Sr.

**Presidente del Consejo de la Magistratura**

**de la Provincia de Entre Ríos**

**SU DESPACHO:**

Los doctores **Liliana Aída Pelayo, Miguel Ángel Federik y Aidilio Gustavo Fabiano**, en nuestro carácter de miembros titulares del **JURADO TÉCNICO** designado para intervenir en los Concursos Públicos N° 249, 250 y 251 (destinado a cubrir seis cargos de Vocales de Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de las ciudades de Paraná, Concordia y Gualeguaychú), acordamos emitir el siguiente **DICTAMEN** a fin de registrar las calificaciones de las pruebas de oposición de los postulantes que han intervenido en la instancia, tal cual lo establece el decreto N° 39/03.

Se deja constancia que la prueba a evaluar consiste en la solución del tema oportunamente sorteado según consta en el acta respectiva y que fuera aprobado previo al inicio de la oposición.-En base a lo antes expuesto y de acuerdo a lo prescripto por el art.33 del Reglamento General se ha tenido presente a sus efectos: **a)** La estructura formal de la sentencia; **b)** El análisis general del caso y de la prueba; **c)** La consistencia jurídica de la solución propuesta dentro del marco de lo razonable; **d)** La pertinencia y rigor de los fundamentos; **e)** La corrección del lenguaje utilizado; y **e)** La solución propuesta.

En el presente, dadas las particularidades y actualidad del caso propuesto no se evaluó como elemento esencial la revocación o la confirmación de la sentencia de primera instancia, sino las argumentaciones utilizadas para una u otra solución.

En atención a lo señalado *supra*, se han adjudicado los siguientes puntajes:

**1) POSTULANTE “AFT” – PUNTAJE: 45 puntos**

Correcto relato de los antecedentes.

Comenzó considerando que el recurso no se encontraba desierto. Citó el Código Procesal de Familia.

En la resolución del caso el postulante optó por formular una sentencia, redactando dos

votos discordantes, venciendo la primera posición.

Planteó que el caso no puede ser resuelto sólo desde el campo de las reglas sino desde el de los principios.

Detalló de modo completo y preciso el plexo normativo que rige los derechos postulados por la actora, y propuso el método de balanceo de derechos de Alexy para resolver el caso. Consideró desproporcionada la exigencia, más allá de no considerar descabellada en abstracto -dada la situación coyuntural- la exigencia de una vacunación específica.

Redactó adecuadamente las argumentaciones en pos de la decisión de admitir el recurso, poniendo de relieve una cantidad importante de fundamentos que han sido debidamente desarrollados y profundizados, denotando no sólo conocimiento de los institutos, sino de la jurisprudencia constitucional y convencional aplicable a los mismos.

También abonó su resolución abordándola desde el punto de vista del campo de las reglas. En la sentencia de grado no se regularon honorarios. Sin embargo, en el fallo propuesto se dejó sin efecto los honorarios regulados, se fijó de primera instancia y se practicó regulación de segunda instancia.

## **2) POSTULANTE “AOP” – PUNTAJE: 25 puntos**

Correcto desarrollo de los antecedentes.

Trató la deserción del recurso.

Comenzó encuadrando el debate desde la perspectiva de la responsabilidad civil, señalando los derechos constitucionales en conflicto partiendo de la premisa de considerar prevalente al interés público frente al individual y a la función preventiva del daño.

Sostuvo que el Club era titular del deber de seguridad proveniente de la relación de consumo que lo unía con sus asociados.

Consideró irrazonable e ilegítima la decisión de la Comisión Directiva por afectar su derecho a la libre asociación, también, su derecho a la identidad en su faz dinámica.

En tal sentido merituyó que debía mantenerse a la niña como asociada, pero que resultaba legítima la restricción de acceso a las instalaciones porque la causa de la prohibición resultaba razonable y no era abusiva, con cita al artículo 19 de la CN, y entendiendo que regía el principio de precaución antes que el de prevención.

El objeto de la litis no consistió en el mantenimiento de la afiliación -cuestión que no estaba en discusión- sino en la renovación del carnet de asociada de la niña para la temporada estival 2021-2022.

La sentencia no guarda coherencia entre sus considerandos y la parte dispositiva.

En la parte resolutive no correspondía revocar la sentencia apelada, sino que conforme a los argumentos brindados debía confirmarse el fallo en crisis.

Por otra parte, el punto primero que decide rechazar el recurso resulta contradictorio con el segundo que hace lugar parcialmente al mismo.

Asimismo, la imposición de costas en el orden causado no se ajusta a lo decidido, pues no hubo vencimiento parcial y mutuo. La única pretensión de la actora -obtener el carnet para la temporada estival sin la exigencia de vacunación- no fue admitida total ni parcialmente. Tampoco se regularon honorarios en el fallo de grado, y la sentencia propuesta fijó los honorarios de primera y de segunda instancia.

### **3) POSTULANTE “BGU” – PUNTAJE: 42,50 puntos**

Correcto relato de los antecedentes.

Consideró la nulidad por defectos de sentencia.

Partió de la pregunta sobre si la exigencia del Club podía considerarse un ejercicio regular o abusivo, estableciendo las fuentes que deben ser ponderadas.

Así, concluyó en que el ejercicio resultó abusivo, porque la exigencia exorbitaba la cláusula estatutaria invocada, restringiendo el principio de inviolabilidad de la persona, los derechos de la niña como asociada, y el interés superior del niño, máxime cuando el Estado no dispuso la obligatoriedad de la vacuna, ni ninguna restricción legal a los no vacunados.

Para fundar la postura en pos de admitir el recurso, valoró adecuadamente las razones esgrimidas por las partes.

También sopesó los argumentos del Club, revelando un adecuado conocimiento de las fuentes aplicables y distintas argumentaciones posibles sobre la cuestión.

Sin perjuicio de ello, no fundó adecuadamente porqué debería prevalecer la posición de la actora frente a la de los demás socios vacunados, especialmente de aquéllos menores o vulnerables que podrían verse afectados por el incumplimiento de la exigencia de vacunación postulada por la parte actora.

### **4) POSTULANTE “DKO” – PUNTAJE: 35 puntos**

Correcto relato de los antecedentes.

Trató la deserción del recurso y la nulidad por defectos de sentencia.

Partió de considerar que la cláusula estatutaria invocada por el Club para sustentar la exigencia de vacunación no había sido controvertida y su aplicación no resultó disfuncional. Además, que la decisión se sustentaba en el derecho a la vida prevalente a todo otro, y que los derechos invocados por la actora no habían sido violentados cuando se repara en la situación de pandemia, citando restricciones similares que se aplicaban en universidades e instituciones deportivas de otros países respecto a las personas no vacunadas.

Citó el precedente de la CSJN de la Provincia de Formosa, donde se reivindicaron las facultades estatales para imponer restricciones por razones de salud pública.

Consideró las intervenciones del Ministerio Público de una “superficialidad notoria”; además, que la postura de la niña se encontraba atomizada y encerrada en la irreductible postura de los padres, que le impedía discernir el contenido y bondades de la misma,

concordando con la jueza de grado respecto a la calificación negativa de la ideología de los padres.

Entendió que la decisión en crisis había balanceado debidamente los derechos invocados por la niña, con la obligación de seguridad del Club como proveedor de un servicio y el deber de prevención del daño a sus asociados.

Para sustentar la razonabilidad de la exigencia frente a un supuesto de vacuna no obligatorio sólo echó mano a argumentos comparativos de lo verificado en otros países, sin ahondar a la hora de rebatir los derechos invocados por la parte actora.

No surgen las razones por las cuales consideró que la opinión de la menor escuchada ante los estrados jurisdiccionales se encontraba influida de un modo inaceptable por sus padres, adentrándose en la valoración negativa de quienes no optaron por vacunarse.

#### **5) POSTULANTE “EJN” – PUNTAJE: 33,75 puntos**

Correcto desarrollo de los antecedentes.

Trató deserción del recurso y desarrolló los recaudos de la medida autosatisfactiva.

Comenzó señalando que debía hacerse un juicio de ponderación de los derechos en pugna. No consideró que hubiera discriminación en los términos de la Ley N° 23.592, aunque sí una medida irrazonable y excesiva.

Entendió que se dio preeminencia en el fallo en crisis a la mera prevención general antes que a los derechos de la menor quien expresó su voluntad en ejercicio de su capacidad progresiva. Entendió que la medida dispuesta por el Club constituía una interferencia en su autonomía personal.

Sostuvo que la negativa a vacunarse resultaba una actitud razonable frente a la creación de un fondo por parte del Estado para asumir los riesgos de la vacuna.

Ponderó que la decisión del Club implicaba que la menor tenga que tomar una decisión sobre su cuerpo que no quería y a la que el Estado no obligaba, entre otras argumentaciones. Estimó que se había violado la Ley de Derechos del Paciente respecto a la figura del consentimiento informado.

Dispuso de oficio aplicar sanciones conminatorias en caso que la orden de expedir el permiso no se cumpla.

Si bien desarrolló con profundidad y exhaustivamente las razones por las cuales admitió el recurso, no explicitó con el mismo alcance los motivos por las cuales los argumentos del Club -referido al interés del resto de los asociados- no resultaban atendibles, y consideró que la medida restrictiva imponía a la menor la obligación de inocularse contra su voluntad, cuando en realidad le restringía el acceso a la pileta de la institución sin el certificado de vacunación.

#### **6) POSTULANTE “LIS” – PUNTAJE: 35**

Correcto relato de los antecedentes. Argumentación escueta en relación a otros postulantes. Enmarcó la acción en el interés superior del niño y casi, exclusivamente, en base al mismo analiza el caso.

Consideró el riesgo de los demás asociados como “potencial”, mientras que el cercenamiento a los derechos de la menor como “real”.

Concluyó en que la decisión del Club constituía una intolerable intromisión en la vida privada y que la exigencia de la vacuna traducía un exceso en el ejercicio del derecho de admisión.

Si bien formuló conceptos claros y categóricos respecto a la postura adoptada, no analizó con la profundidad debida los mismos, ni los intereses de los demás niños y personas vulnerables asociadas y vacunadas en juego.

#### **7) POSTULANTE “LQB” – PUNTAJE: 37,50 puntos**

Correcto relato de los antecedentes.

Comenzó tratando la deserción del recurso, nulidad por defecto de sentencia, el rol de la Alzada, y la extensión de la obligación jurisdiccional e invocando el principio *iura novit curiae*.

Admitió el recurso afirmando que se conculcaron los derechos esgrimidos por la menor, siguiendo para ello el método de los requisitos de procedencia de la medida autosatisfactiva. Así, efectuó consideraciones sobre la pandemia en general, y las controversias sobre la vacunación.

Si bien expuso de modo claro y conciso los argumentos por los cuales consideró procedente el recurso con una correcta cita a las fuentes formales, no ahondó en rebatir las argumentaciones de la contraria respecto a los intereses de los socios vacunados, en particular, niños y personas con problemas de salud.

#### **8) POSTULANTE “LSP” – PUNTAJE: 38**

Correcto relato de los antecedentes.

Refirió a la nulidad por defectos de sentencia.

Contextualizó el caso dentro del fenómeno de la pandemia.

Postuló que por un lado estaba en juego el interés superior de la niña y su derecho familiar a elegir su forma de vida. Desarrolló profundamente el interés superior del niño, y ubicó dentro de este los derechos a la vida y a la salud, señalando su preeminencia frente a otros; también que el principio de reserva del art. 19 de la CN en el escenario pandémico no se sostenía con la solidez de la que por principio goza.

Entendió que la elección de un modo de vida no podría resultar atentatorio del interés superior de la niña y de la salud pública.

Por otro lado, sostuvo que el Club, mediante la protección de la salud de los socios,

indirectamente sostenía la salud pública en general.

Luego, sostuvo que el caso no podía resolverse por el método de las antinomias, proponiendo el sistema de ponderación de Alexy.

Concluyó que debía sacrificarse el derecho a la libre elección de la forma de vida alegada por los actores en pos de privilegiar el interés superior de la niña (su salud) y la salud pública, correspondiendo rechazarse que se tratara de un comportamiento discriminatorio. Finalmente, dictó un mandato preventivo consistente en que se controle periódicamente a la niña.

Si bien optó por una de las soluciones posibles, consideró que el bien jurídico a sacrificar resultaba la elección del modo de vida familiar, no señalando el derecho de la niña y sus padres a tomar decisiones sobre su salud, no fundamentando adecuadamente el sacrificio de dichos derechos, limitándose a señalar la salud, sin ponderar el argumento principal de la parte actora, de que se trataba de una exigencia de una institución privada respecto a una vacuna no obligatoria por parte del Estado.

Se considera que el mandato preventivo dictado podría resultar excesivo y sin justificación suficiente.

## **9) POSTULANTE “LXW” – PUNTAJE: 46 puntos**

Correcto desarrollo de los antecedentes.

Comenzó por encuadrar la relación bajo el Estatuto Consumeril, pero a la vez, sostuvo que también queda regida por el microsistema del derecho a la salud en el contexto de emergencia sanitaria, como así también bajo la Ley N° 25.675 de protección ambiental.

Señaló que subyacían derechos de incidencia colectiva, y que dadas las antinomias que la situación presenta, debía acudir al “diálogo de fuentes”.

A partir del análisis de la normativa dictada consideró a la vacuna obligatoria, aunque no compulsiva, concluyendo que, del conjunto de los decretos y normas dictadas, sobretudo en el último año, debía entenderse como obligatoria la vacunación en relación a los demás protocolos.

Consideró situada la decisión del club bajo tal encuadramiento y que la niña “debía” haber cumplido el esquema completo de vacunación.

Para rechazar el recurso, consideró razonable la medida dispuesta por el Club por el mayor riesgo que implicaba la actividad de un grupo numeroso de estrecho contacto (en la pileta), dando preeminencia al derecho a la salud, resultando proporcionado la decisión en base a las normas invocadas y la cláusula estatutaria, enmarcándose, además, en la doctrina de la emergencia.

Puede decirse que más allá de algunas interpretaciones sobre la obligatoriedad de la vacuna, que no constituyó el argumento central del decisorio, se abordó de modo sistemático todos los aspectos planteados, dando una profunda y contundente respuesta a cada uno de ellos, demostrando cabal conocimiento no sólo de las fuentes aplicables, sino también

explicitando un completo modelo de resolución de este tipo de conflictos.  
Dispuso, dado lo novedoso de la cuestión, distribuir las costas por orden.  
En la sentencia de grado no se regularon honorarios. Sin embargo, en el fallo propuesto se regulan honorarios de segunda instancia.

#### **10) POSTULANTE “MTN” – PUNTAJE: 37 puntos**

Correcto desarrollo de los antecedentes. Argumentación escueta en relación a otros postulantes.

Trató nulidad por defectos de sentencia.

Aludió a la pertinencia de la vía escogida, refiriendo luego a los derechos en juego, sosteniendo que los invocados por la menor se encuentran sujetos a reglamentación que determine el modo de efectivizarse, y la exigencia del Club no puede entenderse como restrictiva de los derechos de la niña, ya que se exigen a todos los socios, incluso los incluidos en la franja etaria de la actora.

La salud pública impone tomar recados necesarios para afrontar la pandemia y la comunidad científica ha dado pautas para ello, por lo que el requisito no constituye una injerencia arbitraria ni un acto discriminatorio.

No mencionó la colisión de derechos y refirió únicamente al derecho individual de la niña dejando sin tratar el derecho del conjunto de los socios.

Entendió que debía removerse la posición asumida por los padres autorizando una posición que permita acceder a una cobertura de salud preventiva.

Resolvió atendiendo a la prevalencia del interés general sobre el particular, otorgándose fundamentos válidos, aconsejando un cambio de conducta de los padres.

#### **11) POSTULANTE “NCH” – PUNTAJE: 31 puntos**

Correcto relato de los antecedentes.

Trató la deserción del recurso.

Adelantó la postura favorable a la recepción del recurso partiendo de las dudas que generó la efectividad de la vacunación, y la posibilidad de contagio más allá de su cumplimiento, relativizando el riesgo dada la edad de la niña.

Negó que el Club ejerciera el derecho de modo regular, por el contrario, calificó la postura de infundada y discriminatoria.

Argumentó que en el país no regía ningún tipo de restricción a la circulación o concurrencia de trabajo por la falta de vacunación, las verificadas fueron por la epidemia.

Sostuvo la prevalencia de la CN sobre la norma estatutaria, invocando también la Convención sobre los Derechos del Niño.

Entendió que la niña gozaba de alto grado de madurez y que debía respetarse su voluntad de pensamiento.

Sostuvo que se había verificado un ejercicio abusivo por parte del Club, y que el interés de la menor se había visto conculcado por tal negativa.

El análisis se centró desde la perspectiva de lo que el postulante interpretó como única alternativa posible de protección del interés del menor, pero sin sopesar los otros valores en juego, que también podían analizarse desde el mismo interés. No hubo un planteo en el caso de derechos en pugna ni se estableció el modo de resolverlo.

Directamente comenzó con ponderaciones de tipo fácticas, para luego, como se dijo, sustentar que la admisión era la única alternativa posible de salvaguarda del interés del menor, no refutando los argumentos en pos de su salud, como de los demás integrantes del Club.

Finalmente, no otorgó los fundamentos por los cuales se consideró abusivo el accionar de la institución demandada, ni valoró su rol de persona jurídica de carácter privado.

## **12) POSTULANTE “NFU” - PUNTAJE: 39 PUNTOS**

Correcto relato de los antecedentes. Cita el Código Procesal de Familia.

Enmarcó la cuestión bajo el fenómeno de constitucionalización del derecho privado, y doctrina del “caso difícil”, que debe ser resuelto mediante el balanceo de los derechos en juego.

Analizó los derechos invocados por las partes de modo abstracto y concreto, citando las fuentes correspondientes.

A la hora de establecer la posición triunfante, consideró que los socios asumen riesgos al convivir en sociedad con no vacunados y que, por tanto, el ingreso de la menor no agravaría dicho riesgo.

Si bien expuso de modo clara las alternativas que el caso plantea -aunque se incurre en ciertas reiteraciones-, el argumento decisivo no es confrontado con la posibilidad que los socios decidan abstenerse de asistir a lugares donde sólo ingresen personas a quienes se exija la vacunación obligatoria.

En la sentencia de grado no se regularon honorarios. Sin embargo, en el fallo propuesto se fijan los honorarios de primera y segunda instancia.

## **13) POSTULANTE “NLM” – PUNTAJE: 37,50 puntos**

No refirió los antecedentes del caso. Expuso los hechos y los argumentos de las partes y del Ministerio Público al tratar los agravios.

Comenzó señalando que se trataba de un caso de tensión entre distintos derechos de raigambre constitucional y convencional, por lo que debían tenerse presente los artículos del CCC referidos al ejercicio de los derechos, y que se advertía también tensión entre derechos subjetivos, colectivos e individuales homogéneos.

Luego, sostuvo que los derechos invocados por la parte actora, desde su perspectiva no habían sido vulnerados por el Club, en especial, la libertad física.

Señaló que el fallo apelado debía confirmarse porque no se demostró que la decisión de la Comisión Directiva resultara abusiva, arbitraria o ilegítima, juzgándola razonable en pos del principio de evitación del daño.

Por el contrario, entendió que, de no haberse verificado tal exigencia, el Club habría incurrido en un supuesto de responsabilidad por omisión.

La sentencia no responde a un adecuado método expositivo.

Que la vacuna no se encuentre incluida en el calendario de vacunación obligatorio lo consideró como una falta de previsión como consecuencia de la pandemia, y que no se vulneraban por tal exigencia el interés superior del menor.

En muchas de las fuentes citadas no se ha explicado el debido correlato correspondiente con los extremos del caso.

#### **14) POSTULANTE “ÑRW” – PUNTAJE: 25 puntos**

Formuló valoraciones previas al relatar los antecedentes. Exposición breve y argumentación y fundamentación legal escasa en relación a otros postulantes.

Trató deserción del recurso.

Refirió al rol de la Alzada y al concepto de “agravios”, entendiendo que en el caso se había superado “tibiamente” la carga de fundarlos debidamente, para luego, reiterar los argumentos del fallo en crisis, y adherir a los mismos.

Aludió a las facultades de las asociaciones de darse sus propias normas, y sostuvo que la exigencia no era discriminatoria.

La fundamentación brindada para adherir a lo sostenido por la *a quo*, luce dogmática, reiterando argumentos vertidos en el fallo, limitándose a sostener conceptos genéricos, pero sin valorarlos de acuerdo a las circunstancias del caso.

No ponderó debidamente el argumento que la vacuna no era obligatoria limitando el argumento a que no se había acreditado que la misma resultara un riesgo para la salud.

El argumento que el Club debía exigir la vacuna como forma de disminuir el riesgo sanitario en forma general, aparece más como una función estatal que una facultad propia de una persona jurídica privada.

En la sentencia de grado no se regularon honorarios. Sin embargo, en el proyecto del postulante se regulan honorarios de primera y segunda instancia.

#### **15) POSTULANTE “OPJ” – PUNTAJE: 38,75 puntos**

Correcto relato de los antecedentes. Citó el Código Procesal de Familia. Consideró el estado de adolescente de la menor, con autonomía para opinar sobre tratamientos no invasivos.

Entendió que el Club no podía inmiscuirse en la esfera de su decisión y de la de los padres, y que los reparos sobre la “ideología” opuestos violentaban el interés superior del menor y su derecho a la autodeterminación.

Demostró conocer acabadamente las fuentes aplicables, citándolas correctamente, no sólo las convencionales y correspondientes al ámbito nacional, sino también, las provinciales.

Valoró que, si el Estado no le imponía ninguna restricción a los no vacunados, un Club, al hacerlo, incurría en una accionar abusivo y discriminatorio; sin perjuicio de ello, no refutó los argumentos de la accionada en orden a la salvaguarda de los derechos de los socios vacunados.

#### **16) POSTULANTE “OZC” – PUNTAJE: 37,50 puntos**

Correcto desarrollo de los antecedentes. Argumentación escueta en relación a otros postulantes.

Comenzó enmarcando el rol de la Alzada y los extremos de la medida procesal substanciada, diferenciándola de las medidas cautelares y de la tutela anticipada.

Trató la deserción del recurso.

Luego, planteó el dilema a resolver enunciando los derechos fundamentales en juego, formulando una eficaz cita de las fuentes legales.

A partir de las mismas, y aun reconociendo los deberes de Club por velar por la salud de los socios, consideró que la exigencia de la vacunación excedía lo razonable al no resultar dicha práctica obligatoria para el Estado, por lo que juzgó su exigencia desproporcionada y excesiva.

Si el Estado no implementó la exigencia de vacunación para acceder a servicios públicos (establecimientos educativos, utilizar el transporte público, organismos administrativos, etc.) lo requerido por el Club excedió -desde su mirada- lo razonable, tornando el ejercicio del derecho de imponer condiciones de acceso abusivo.

Entendió que resultaba discriminatoria la división formulada entre vacunados y no vacunados. Si bien ha brindado claros fundamentos para admitir el recurso, no trató ni desvirtuó los argumentos planteados por el Club para sostener su posición.

En la sentencia de grado no se regularon honorarios. Sin embargo, el fallo propuesto readecua los honorarios de primera instancia y regula los honorarios de segunda instancia.

#### **17) POSTULANTE “PIW” – PUNTAJE: 30 puntos**

Correcto relato de los antecedentes. Exposición breve y argumentación muy acotada en relación a otros postulantes. No consideró todos los agravios procedentes.

Trató deserción del recurso.

Encuadró el conflicto de derechos adecuadamente y estableció el modo de balancearlos, a

partir del análisis de las fuentes correspondientes.

Refirió a que no se valoró la opinión de la menor, cuando en realidad no hacer lugar a lo peticionado no implica la omisión de la ponderación correspondiente.

Consideró que asiste a la menor un derecho de mayor jerarquía que el resto de los asociados, sin tener en cuenta, con los mismos argumentos vertidos, la situación de otros niños socios vacunados o incluso personas vulnerables (adultos mayores o que presenten causas de comorbilidad).

La secuencia de haber cumplidos los demás requisitos y enterarse luego de la exigencia general para la nueva temporada de la vacunación, no implicó una violación del Club de la doctrina de los actos propios.

#### **18) POSTULANTE “POL” – PUNTAJE: 27,50 puntos**

Correcto relato de los antecedentes. Exposición breve y argumentación escueta en relación a otros postulantes.

Trató la deserción del recurso y nulidad por defectos de sentencia.

Refirió a la ausencia de regulación normativa de la medida autosatisfactiva en el C.P.C.y C. y aplicó la correspondiente a las cautelares genéricas.

Respecto al primer agravio reconoció la existencia de dos intereses en pugna y adelantó que la preeminencia de uno sobre otros otorgará la solución del caso.

Refirió el marco normativo aplicable dado por el CCC, LNNyA, art. 75 inc. 22 (Convención de los Derechos del Niño, entre otros).

Consideró prevalente a dicho principio sobre el del conjunto de los asociados, tildando de arbitraria la decisión porque la vacunación completa no evitaría todo contagio, aludiendo a otras medidas preventivas.

La fundamentación por la cual consideró de mayor rango el interés superior del niño por sobre el derecho del conjunto de los socios luce escueta.

Se limitó a reiterar los argumentos planteados por las partes, haciendo hincapié que mediante el sólo respeto de la voluntad de la menor se aseguraba el interés superior, lo que tornaba arbitraria y abusiva la decisión del Club.

#### **19) POSTULANTE “RHL” – PUNTAJE: 45 puntos**

Correcto relato de los antecedentes. Citó el Código Procesal de Familia.

Comenzó tratando la deserción del recurso, con una referencia a los requisitos de la medida autosatisfactiva intentada limitada a contradictorios graves.

Planteó los derechos constitucionales en pugna en el caso: el derecho de elegir el modo de relacionarse con sus pares y el derecho de los padres a educar a sus hijos -por un lado-, y por el otro, el derecho-deber de la asociación a exigir el cumplimiento de ciertos recaudos frente a una situación de gravedad extrema.

Frente a ello, el derecho de la menor no resultaría lesionado por la decisión, ya que podría reunirse con sus amigas en otros espacios; agregó que al cumplir los demás requisitos los padres reconocieron el derecho del Club de velar por la profilaxis de las instalaciones, concluyendo en que la medida no resultaba ni abusiva ni arbitraria, máxime cuando dentro de los asociados podría encontrarse población de riesgo.

Refirió a la autodeterminación de su cuerpo, más que al modo de relacionarse y al de educación de los padres.

Sin perjuicio de ello, abordó todos los argumentos planteados tratando el derecho a no vacunarse con sólidos fundamentos, y la decisión del rechazo de la medida autosatisfactiva, asumiendo con solvencia y profundidad prácticamente todas las aristas del caso.

#### **20) POSTULANTE “THM” – PUNTAJE: 32,50 puntos**

Correcto relato de los antecedentes. Argumentación escueta en relación a otros postulantes. Comenzó considerando que el recurso no se encontraba desierto formulando referencias al trámite ante la Alzada y a la doble instancia.

Detalló el estado de la pandemia y medidas dictadas en consecuencia, planteando que debía escrutarse si el interés superior del niño se veía afectado por la decisión del Club o la de los padres.

Se advierte que el mayor esfuerzo argumentativo fue desplegado para juzgar la conducta de los padres respecto a la decisión de no vacunación, cuando lo que correspondía era si frente a dicha decisión, la exigencia del Club resultaba ilegítima o irrazonable.

Hizo alusión al control de constitucionalidad y convencionalidad difuso efectuado, no surgiendo de los fundamentos dados que se haya verificado en la extensión aludida.

#### **21) POSTULANTE “TMD” – PUNTAJE: 42,50 Puntos**

Correcto relato de los antecedentes.

Encontró la medida autosatisfactiva propuesta dentro de las tutelas preventivas y de urgencia reguladas en el Código Procesal de Familia.

Trató deserción del recurso.

Refirió a los problemas que se patentizaron para obtener las vacunas, haciendo referencia a la inequidad en la distribución de las mismas entre países ricos y pobres. Respecto al primer agravio lo consideró infundado. Para ello refirió a las noticias sobre el estado de situación en Europa y China y a los millones de muertos en el mundo entero a causa del Covid-19, para concluir en la gravísima identidad de la pandemia. Sostuvo que, en este contexto, la mirada del derecho no puede ser la misma, todo el derecho nacional, internacional, convencional y aun el constitucional se encuentra afectado por tal situación. En función de ello entendió que la restricción bajo análisis resultaba razonable y no discriminatoria, ni violaba el interés superior del niño.

Formuló una serie de consideraciones sobre la vacunación en general, y entendió el accionar de la asociación enmarcado en el cumplimiento del interés general y salvaguarda del bien común, no resultando abusivo.

Calificó de “ilegal” la decisión de los padres de no vacunar a su hija y poner en riesgo su vida. Impuso las costas por su orden.

En general se limitó a tildar de razonable la medida, sin mayores indagaciones sobre la colisión de los derechos en pugna. En particular la consideración de ilegalidad de la conducta de los padres y la afirmación sobre el riesgo de vida de la niña.

## **22) POSTULANTE “UQK” – PUNTAJE: 30 puntos**

Correcto relato de los antecedentes.

Entendió que la vacuna no era el único medio de proteger la salud de la comunidad integrante del Club.

Juzgó discriminatoria la exigencia, dando las razones de su parecer. Enmarcó la decisión de la menor dentro del derecho a la vida privada e intimidad familiar y entendió que el requisito implicaba exigir algo que la ley no imponía.

Luego, entendió que la exigencia no afectaba el derecho de asociación de la menor sino sólo el acceso a la pileta, para concluir en el párrafo siguiente que la jueza de grado debió hacer ceder los derechos del colectivo social frente a los de la menor.

Sostuvo que la exigencia de una vacunación no obligatoria fue excesiva respecto a los demás requisitos de profilaxis que siempre se requirieron vulnerando el interés superior del menor. Finalmente dispuso de modo oficioso que la niña presente cada quince días un PCR negativo, bajo apercibimientos de suspender el ingreso, y que el Club adjunte protocolo de prevención del contagio.

Las argumentaciones brindadas no responden a un método preciso careciendo de debida coordinación entre los mismos. No rebatió el argumento de la accionada en cuanto a los intereses de los demás asociados, incluso, al de los niños vacunados, en particular, si ostentaban el mismo interés que el sostenido respecto a la actora como determinante para la solución del caso.

La solución y argumentaciones planteadas podrían colisionar con el efectivo goce frente al costo que demandaría la prueba negativa exigida cada quince días.

## **23) POSTULANTE “USN” – PUNTAJE: 32,50 puntos**

Correcto relato de los antecedentes. Cita el Código Procesal de Familia.

Comenzó delimitando el rol de la Alzada, la extensión de la obligación jurisdiccional e invocó el principio *iura novit curiae*.

Desarrolló los requisitos y procedencia de la medida autosatisfactiva y diferencia con las

medidas cautelares.

Adelantó que hará lugar al recurso por la falta de motivación del fallo venido en revisión. Identificó como derechos constitucionales en pugna, por un lado, a la libertad y por el otro “el derecho a la libre asociación ejercido por el Club accionado”.

Aplicó analógicamente los precedentes referidos a la libertad de conciencia frente a los tratamientos médicos de la CSJN

No refirió acertadamente a la contracara del derecho a la libertad, puesto que el Club podría detentar un derecho de admisión bajo sus pautas estatutarias y no a la libre asociación que, en su caso, se encontraría en cabeza de la actora.

La analogía no resulta adecuada, en primer lugar porque en los precedentes no se debatía “el derecho de los médicos de salvar éstos pacientes conforme su juramento hipocrático”, sino la colisión entre la vida y la libertad religiosa, cuando en el caso, aparecen comprometidos derechos de terceros -socios vacunados que comparten instalaciones-, aspecto que no es asumido en el fallo.

En la sentencia de grado no se regularon honorarios. Sin embargo, el fallo propuesto adecua el monto de los honorarios de primera instancia y regula los de segunda instancia.

#### **24) POSTULANTE “VSQ” – PUNTAJE: 30 puntos**

Correcto relato de los antecedentes. Exposición breve y argumentación escueta en relación a otros postulantes.

Partió del orden de los agravios propuestos, haciendo la salvedad que la pandemia resultaba una situación inusitada que debía ser tenida en cuenta para el análisis general.

Sostuvo que el esquema de vacunación aprobado por la autoridad administrativa si bien no era obligatorio, ello no implicaba que no tuviera consecuencias.

Rechazó la crítica de que se dio preeminencia al interés colectivo sobre el personal, en que el ejercicio de la libertad individual no podía perjudicar a terceros y que los derechos no podían ejercerse abusivamente afectando derechos de incidencia colectiva en general. Siguiendo tal argumento consideró que la exigencia de la Comisión del Club no resultaba arbitraria ni discriminatoria, y se sustentaba en el principio de prevención del daño. Agregó que la exigencia del Club tampoco resultaba abusiva.

Respecto a la conculcación de derechos como asociada, indicó que sólo se trató de una mera disconformidad con lo resuelto por la *a quo*. Condenó en costas a la vencida en el considerando y omitió expedirse sobre las mismas en la parte resolutive del fallo.

Si bien el orden lógico de la sentencia respondió a los agravios planteados, fundó el rechazo, principalmente, en la afectación de los derechos de terceros, sustentándolo, únicamente en que la autoridad administrativa había autorizado la vacuna, reiterando dicha argumentación para rechazar el tratamiento discriminatorio o arbitrario, como así el ejercicio abusivo del derecho.

No hizo referencia alguna al derecho al cuerpo y a rechazar tratamientos, como a la

capacidad progresiva de la menor, ni a sus fuentes formales.

Tampoco examinó si las facultades estatutarias le permitían a la persona jurídica privada tomar tal determinación, formulando una analogía directa, sin justificar, con normas de derecho público (aforos y obligatoriedad del uso de tapabocas).

## **25) POSTULANTE “VUM” – PUNTAJE: 40 Puntos**

Correcto relato de los antecedentes. Trató la deserción del recurso.

Anticipó el rechazo del recurso sosteniendo que el interés superior del menor impone la protección integral de la salud del niño.

Dejó a salvo el derecho de la menor y sus padres a optar por no vacunarse, analizando las facultades del Club para dictar sus propias normas internas, siempre que no lesionen el orden público, y citó las normas dictadas por el Estado en virtud de la pandemia.

Frente a los dos bienes en pugna (el de la menor) y de los demás asociados (donde podrían ubicarse personas vulnerables), consideró que la decisión del Club de tomar medidas profilácticas en el marco planteado se enmarcó en un interés general que debía primar frente al individual, por lo que no resultó ni ilegítima, ni arbitraria, ni irrazonable.

Fundamentó adecuadamente y con claridad, aunque de modo escueto, las razones por las cuales se inclinó por la legitimidad de la disposición del Club.

## **26) POSTULANTE “XDA” – PUNTAJE: 47,50 Puntos**

Correcto relato de los antecedentes.

Trató la deserción del recurso.

Comenzó delimitando el rol de la Alzada, la extensión de la obligación jurisdiccional e invocó el principio *iura novit curiae*.

Tipificó la cuestión sometida a debate como perteneciente a la noción filosófica “caso difícil”, citando nociones previas y generales de argumentación jurídica, rol del juez, modelos de estado, diálogo de fuentes, entre otros.

Luego, expuso la tensión de los derechos en pugna, señalando que debe hacerse y un juicio de ponderación y balance de derechos en juego.

Sostuvo adecuadamente cuáles resultaban los derechos en pugna, entendiendo que el fallo en crisis había llevado a cabo la ponderación y balance de un modo acertado.

Para ello, sostuvo que ambos tenían la misma fuente constitucional y convencional pero que no se daban los recaudos para dar preeminencia al interés individual sostenido sobre el general.

Consideró que el recurso al “interés superior del menor” en el caso desnaturalizaría su sentido, entendió que la aplicación concreta del diálogo de fuentes llevaba a tener en cuenta el principio de prevención del daño, dando preeminencia a la coyuntura que marcó la pandemia sobre los intereses individuales.

Resolvió dando las razones por las cuales entendió prevalente el interés general de los asociados, demostrando profundidad sobre reglas de argumentación jurídica, fuentes aplicables, adecuando correctamente tales principios al caso concreto.

**27) POSTULANTE “XYP” – PUNTAJE: 35 puntos**

Correcto relato de los antecedentes. Argumentación escueta en relación a otros postulantes. Trató deserción del recurso.

Refirió en primer lugar al marco normativo, analizando el derecho constitucional de asociarse y la finalidad de las personas jurídicas privadas, luego a la capacidad progresiva de la menor, el interés superior del niño y las normas convencionales aplicables.

Bajo tal plexo, consideró que el club no tenía facultades para imponer restricciones al uso del natatorio “forzando” la interpretación de su norma estatutaria, entendiendo que “profilaxis” sólo se refería a facultades de velar por la higiene del natatorio, pero que no la habilitaba a imponer una exigencia no prevista por el Estado, por lo que violaba la finalidad social.

Formuló un análisis principalmente enfocado a las atribuciones de la persona jurídica, aplicando correctamente las fuentes correspondientes, pero a la vez, analizó el caso desde la perspectiva de los derechos humanos y el principio de dignidad personal.

Consideró irrazonable que sólo se les exija vacunarse a quienes utilicen el natatorio y no a la totalidad de los asociados.

Sin embargo, al establecer la técnica de resolución del balance de derechos, confronta a los de la niña con la de los asociados en general, sin referir la situación de eventuales niños o socios vulnerables vacunados que asisten a las instalaciones.

No parece acertado que la obligación de velar por la salud resulte privativa del Estado y que el Club no pueda imponer restricciones con dicho fin.

El fallo omitió la imposición de costas.

**28) POSTULANTE “ZEG” – PUNTAJE: 44,50 Puntos**

Correcto desarrollo de los antecedentes.

Comenzó delimitando el rol de la Alzada, la extensión de la obligación jurisdiccional e invocó el principio de congruencia.

Formuló adecuadamente el objeto de la litis, en el sentido de evaluar la legitimidad de la medida dispuesta por el Club.

Meritó la medida teniendo en cuenta la no obligatoriedad de la vacuna y los derechos de la menor en juego, entendiendo conculcados los mismos y el interés superior del niño, como así, el principio de no discriminación por no aceptar la postura familiar al respecto, y que la asociación civil no podía desconocer el interés general perseguido, ni imponerle a la menor lo que la ley no exige.

Finalmente, analizó los derechos colectivos en juego, tanto de los asociados como a la salud pública.

En la ponderación de los mismos subrayó que la vacunación *per se* no impide los contagios, sino que mitiga los efectos de la enfermedad, y que no se brindaron datos científicos a cargo del Club para sustentar que el natatorio resulte una vía idónea de contagio, refiriendo que lo único exigible son los protocolos vigentes.

Por lo tanto, concluyó en que el Club incurrió en un ejercicio abusivo de su derecho de admisión, invocando solventemente las fuentes formales correspondientes. Interpretó que la Comisión Directiva del Club no puede de manera unilateral tomar medidas de profilaxis, no consensuadas con los asociados.

Resolvió por una postura, pero dando sólidos y contundentes fundamentos, con adecuadas citas a las fuentes correspondientes, sopesando los argumentos de ambas partes; en particular, el interés de los asociados invocado por el Club, dando fundamentos concretos y razonables para arribar a la solución.

En la sentencia de grado no se regularon honorarios. Sin embargo, en el fallo propuesto se regulan honorarios de segunda instancia.

## **29) POSTULANTE “ZRO” – PUNTAJE: 45 Puntos**

Correcto relato de los antecedentes.

Comenzó delimitando el rol de la Alzada, la extensión de la obligación jurisdiccional e invocó el principio *iura novit curiae*.

Trató la deserción del recurso

Aludió a la situación de excepcionalidad de la pandemia y a que la decisión se tomó teniendo en cuenta el desarrollo de la ciencia desde los dictados de los primeros decretos de necesidad y urgencia.

Analizó si la decisión supera el test de razonabilidad, proporcionalidad y adecuación, con cita al precedente de la CSJN referente a la presencialidad en las escuelas y la falta de “certeza científica” y en base a ello concluyó que el fundamento de la medida del club no los alcanzaba configurando un ejercicio abusivo del derecho.

Realizó una serie de ponderaciones sobre la vacunación y los supuestos en que aún inoculados, se producen contagios, adicionando que se vivencia a nivel reglamentario -al momento de la oposición- un retorno progresivo a la presencialidad, habilitándose natatorios y actividades recreativas.

Consideró que la vía procesal planteada resultaba idónea.

Culminó formulando un párrafo dirigido en especial a la adolescente.

Encuadró adecuadamente el supuesto a las fuentes aplicables, desarrollándolas con acierto. Consideró que la decisión del club, frente a dicho marco normativo, resultaba desproporcionada, aportando varios argumentos, especialmente referidos a las medidas dictadas por el COES.

### **30) POSTULANTE “ZZO” – PUNTAJE: 38 puntos**

Correcto relato de los antecedentes. Argumentación coherente pero escueta en comparación con otros postulantes.

Delimitó el rol de la Alzada, la extensión de la obligación jurisdiccional e invocó el principio *iura novit curiae*.

Trató deserción del recurso.

Comenzó formulando el marco teórico de la medida autosatisfactiva.

Sostuvo que los derechos en pugna eran, por un lado, el interés general de los socios y por el otro el interés de la menor y no la ideología de los padres -como lo entendió la *a quo*-, y que la solución del conflicto consistía en articularlos para que puedan ser ejercidos paralelamente.

Refirió a la serie de medidas que se habían dictado como consecuencia de la emergencia sanitaria, manifestando que en la sentencia no correspondía hacer mérito sobre la eficacia de la vacuna.

Entendió que la decisión a tomar debía ser guiada por el principio de protección del interés superior del menor, y que debía encontrarse un equilibrio entre los derechos y garantías de la menor y las exigencias del bien común.

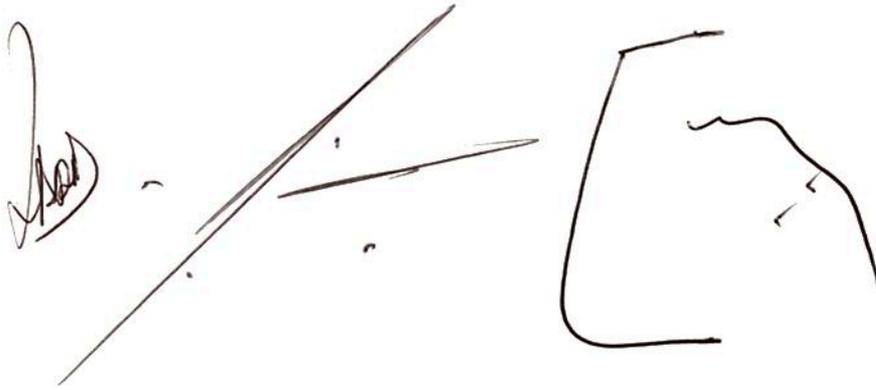
Concluyó en que la decisión de no vacunarse no podría resultar un óbice -por sí solo- para negar a la menor gozar plenamente de las instalaciones del Club.

Calificó de discriminatoria la exclusión por basarse en las opiniones o creencias de los padres de la menor.

En tal sentido desarrolló elocuentemente los argumentos en pos de admitir el recurso valorando los fundamentos en favor de la menor, entendiendo que el derecho invocado por el Club se garantizaría con medidas de distanciamiento, toma de temperatura, tapabocas, etc.

En sus fundamentos no valoró suficientemente los argumentos planteados por el Club, no considerando adecuadamente la situación de los socios vacunados que pretenden utilizar las instalaciones y que se les asegure que los demás miembros cumplieren la exigencia bajo debate.

Con ello se da por finalizada la tarea encomendada a este jurado técnico, sin otro particular le saludamos atentamente.-

The image shows a handwritten signature on the left, followed by a large, stylized signature that appears to be 'RAE'. To the right of 'RAE' is a rectangular stamp or seal, which is mostly blank but contains some faint, illegible markings.