

NEUQUEN, 7 de Diciembre del año 2022

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"MARTENS MONICA GRACIELA C/ UNIVERSIDAD CATOLICA DE SALTA S/SUMARISIMO"** (JNQC15 EXP 540826/2020) venidos en apelación a esta **Sala I** integrada por **Marcelo J. MEDORI** y **Fernando GHISINI**, con la presencia de la Secretaria actuante, **Estefanía MARTIARENA**, y de acuerdo al orden de votación sorteado **Fernando GHISINI** dijo:

I. El 24 de junio de 2022 se dictó sentencia definitiva de primera instancia en la que se condenó a la UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SALTA a entregar a Mónica Graciela Martens el título *post-mortem* correspondiente a la carrera de Licenciatura en psicología de quien fuera en vida su hija, Agustina Maitén Silva Martens, dentro de los seis meses computados desde la notificación de la sentencia, con imposición de costas en el orden causado y regulación de honorarios del modo en que allí consta, en favor de los letrados y las letradas que han tenido intervención en el proceso.

Previa desestimación de la defensa de ausencia de legitimación activa -basada en el carácter de madre de Agustina Maitén Silva Martens-, fundó esa determinación en el análisis de la documentación remitida por la Dirección Nacional de Gestión Universitaria y el Reglamento aprobado por Res. 797/08 (que instituye una instancia de tesis con una etapa escrita y una oral), y en que lo que se persigue en esta causa es la entrega de un título *post-mortem* que no autoriza el ejercicio de la profesión, sino que es un homenaje o reconocimiento a los méritos académicos.

Así, luego de analizar la prueba que da cuenta del esfuerzo académico que son reconocidos por la demandada, explicó que ésta carece de una reglamentación en el otorgamiento de esa clase de títulos, más allá que otras universidades sí lo tienen, de modo que la pretensión de la actora no significa desnaturalizar la finalidad prevista para el título de grado, puesto que no se traduce en la habilitación del ejercicio profesional.

II. Se dedujo, por ambas partes, recurso de apelación en los términos del artículo 498, inc. 3 del Código Procesal.

II.1. Por ingreso web con cargo del 29 de julio de 2022 la demandada se agravia por el sentido de la decisión y señala que resulta arbitraria, por cuanto contraría el orden público, al crear un instrumento no previsto legalmente.

Expresa que resulta dogmática la diferenciación entre el título que habilita al ejercicio profesional y otro que no habilita para ello y cuestiona el apartamiento de las normas vigentes sin su inaplicación por vía de declaración de inconstitucionalidad.

Señala que la Universidad se ha apegado a la ley y que el otorgamiento de un título está sujeto a la fiscalización y supervisión del Estado Nacional, en virtud de lo que dispone el artículo 2 de la Ley de Educación Nacional y la circunstancia que el plan de estudios aprobado por DGNU 950/98 incluye una tesis que no ha sido íntegramente completada en sus dos fases, circunstancia reconocida por la parte actora.

Destaca que los casos en que se ha planteado la situación, citados por la amparista, difieren del presente, porque en aquellos ya se había completado el plan de estudios, circunstancia que aquí no acontece.

Precisa que el amparo es un acto de seguridad y no de justicia, ni tampoco de homenaje, dado que jamás procuró serlo.

En un segundo orden, ataca la desestimación de la defensa de falta de legitimación activa, puesto que de la lectura de los artículos 125 y 126 de la Ley de Educación Nacional se desprende que en ningún sitio está el derecho de los padres a recibir un título *post-mortem*, por el carácter personalísimo.

Corrido el pertinente traslado, la parte actora lo replicó por presentación web con cargo del 10 de agosto de 2022, en el que solicitó que se declare desierto el recurso, por ausencia de satisfacción de los recaudos del artículo 265 del CPCC y en subsidio lo replicó.

Expresa que es falso que el título *post-mortem* sea un instrumento inexistente, puesto que se han citado antecedentes y que resulta innecesario declarar la inconstitucionalidad de norma alguna.

Por otra parte, destaca que la resolución está correctamente fundada y cita antecedentes de otorgamiento de esta clase de títulos por diferentes universidades.

Por otra parte, en relación a la legitimación activa, destaca que negarla sería un acto de injusticia, dada la acreditación del vínculo filial y que la petición aparece contraria a lo dispuesto por la CSJN en la causa "Colalillo", en punto a la búsqueda de la verdad objetiva.

Desde otro costado, destaca que la pretensión acogida no tiene que ver con un derecho personalísimo.

II.2. En su recurso con cargo del 29 de junio de 2022 la parte actora apela la forma de imposición de costas, dado que no se configura ninguna hipótesis de excepción y por lo tanto la orden de distribución en el orden causado, con el único fundamento de la novedad del planteo, resulta aleccionador y limita a introducir nuevas cuestiones.

Solicita que se impongan íntegramente a la parte demandada, por aplicación del principio de la derrota.

III. Por una cuestión de método se abordará en primer lugar el recurso postulado por la parte demandada y, de así resultar necesario, el de la accionante.

III.1. No tendrá favorable acogida el planteo recursivo en cuanto cuestiona la legitimación activa, con sustento en el carácter personalísimo del derecho a recibir un título universitario.

De la lectura de la réplica de demanda se desprende que la defensa se sustentó pura y exclusivamente en la ausencia de adjunción de un instrumento que acredite la filiación alegada por Mónica Graciela Martens respecto de quien fuera en vida Agustina Maitén Silva Martens.

De tal suerte que el argumento en el que se centra el agravio, es fruto de una reflexión que no ha sido introducida al

proceso en la instancia procesal oportuna, por lo que no medió a su respecto la indispensable nota de bilateralidad y contradicción que permita su audición en esta instancia procesal (arg. art. 277, CPCC).

En lo restante, tampoco demuestra la Universidad en qué forma la incorporación al proceso de una partida de nacimiento, instrumento público contenido en la enumeración del artículo 289 inc. "b", CCyC, acarrea la lesión a normas constitucionales y procesales.

En relación a esta circunstancia, subrayo que la correcta articulación de los planteos recursivos va dividida en la anticipación de una premisa que activa la carga procesal de demostración de esa tesis impugnatoria, de tal forma que la omisión de validación de la segunda proposición lleva indefectiblemente a la desestimación del agravio.

Para finalizar, la filiación está acreditada con la partida de defunción agregada con la demanda.

III.2. Para situar en forma correcta la contienda resulta imprescindible determinar cuál ha sido el planteo que fijó -junto a la réplica- la cuestión litigiosa y es aquí donde observo que entran en interacción dos cosmovisiones o paradigmas parcialmente diferentes.

En efecto, en su escrito de inicio la amparista sostuvo la conculcación de diferentes derechos constitucionales, tales como el de igualdad e interdicción de discriminación (art. 16), propiedad privada (art. 17), a la educación (art. 14) y al honor, cobijado por la cláusula de los derechos implícitos (art. 33), a los que también se refirió por su protección en diferentes instrumentos internacionales de Derechos Humanos, a través de la negativa a entregar un título *post-mortem* cuya extensión se requería como un acto de homenaje y reconocimiento académico a su hija.

En su réplica, la universidad demandada basó su tesitura defensiva en el análisis de la legalidad de su comportamiento, a partir de los artículos 2, 33 a 39 bis, 41 a 43 de la Ley de Educación Superior y la restante normativa derivada.

A partir de esta sucinta descripción de los contornos centrales de las posiciones adoptadas por las partes contendientes, ciertamente existe un piso de acuerdo acerca de la ausencia de regulación heterónoma del otorgamiento de diplomas *post-mortem*.

Empero, corresponde examinar si ello comporta un propósito de sub-inclusión normativa deliberada del texto legal o acaso una hipótesis de ajenidad al ámbito material del precepto, que deba ser superada -de constatarse la efectiva conculcación frontal de los derechos constitucionales de la amparista-, por alguno de los métodos de integración que sirven para reconstruir la completitud del sistema jurídico o en su defecto, por el andarivel del *test* de constitucionalidad, si así correspondiera.

De la atenta lectura de la demanda y su réplica encuentro disuelta cualquier tentativa de conflicto acerca del sentido último que lleva la petición del diploma, el que solamente se patentiza cuando el diálogo jurídico omite poner a los planteos en la correcta dimensión en que se sitúan. Es que, tal y como fue advertido en la instancia de grado, la amparista jamás petitionó que le fuera entregado un título habilitante para el ejercicio profesional, dado que los propios acontecimientos que contextualizan el planteamiento, determinan que lo pretendido en la solicitud del otorgamiento del diploma fue realizar un acto de reconocimiento y homenaje.

Sobre este tópico, es necesario señalar que está en lo cierto la Casa de Estudios apelante, cuando expresa que el derecho a obtener un diploma integra aquellos de naturaleza personalísima, mas también corresponde añadir que algunos de los derechos integrantes de esta categoría, trascienden al fallecimiento y dan lugar a lo que se ha denominado memoria *defuncti* o personalidad pretérita, consistente con la protección de la memoria o el recuerdo de la persona fallecida como una secuela indisociable y perpetua de su dignidad humana.

Queda así individualizado un derecho que recibe protección constitucional y convencional, vinculado fundamentalmente a la honra -en una faz constructiva- y por lo tanto estrechamente ligado a la

dignidad humana, valor fundante del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Desde antiguo se ha reconocido la protección constitucional del derecho al honor bajo la égida del artículo 33 de la Ley Fundamental y en los artículos 11, 17 del PIDESC, 5 de la DADH y 12 de la DUDH, así como el propio artículo 52 del CCyC (cfr. CSJN, cons. 16°, causa "Denegri", Fallos, 345:482, del 28 de junio de 2022).

Así las cosas, debe analizarse si al obrar como lo hizo, la Universidad ha lesionado los derechos reconocidos por esa normativa, de rango jerárquicamente prevalente a la ley y si esa afectación lleva los caracteres que habilitan la protección por vía del proceso de amparo.

Sentado ello, no existe duda que el derecho confiere acción para poner a salvo la memoria de la persona difunta frente a ataques u ofensas y ello parece una cuestión que no merece mayor explicación, puesto que el Derecho Civil se ha ocupado suficientemente del asunto y el artículo 52 del Código Civil y Comercial recoge los mejores estándares normativos sobre el asunto, en lo que atañe a la legitimación y extensión del derecho.

Sin embargo, las circunstancias que rodean al presente caso tienen que ver -algo ya anticipé al respecto-, con la faz constructiva de la memoria y honra de la persona que ha fallecido, desde un ángulo en parte diferente, es decir, el de intentar traducir la condición de profesional *post mortem*, para lo cual ambas partes están contestes que la alumna había realizado méritos suficientes.

En este sentido, se ha afirmado que «(...) *la personalidad del difunto se extinguió por la muerte y no puede trasmitirse a los causahabientes o familiares. Subsisten los aspectos o manifestaciones de esa personalidad (honor, buena reputación, evocación de sentimientos, recuerdos queridos, etc.), porque son valores inherentes a la dignidad humana, inmunes por ello mismo a la muerte*» (Pérez Alonso, Mariano "Daños causados a la memoria del difunto y su reparación", disponible en el enlace

<https://www.asociacionabogadosrcs.org/congreso/ponencias3/PonenciaMarianoAlonsoPerez.html#ftn30>, consultado el 23 de noviembre de 2022).

Y a partir de esta cita, que condensa adecuadamente mi pensamiento sobre este asunto, es que considero que la honra de la persona fallecida se integra con una defensa en sentido amplio, comprensiva del reconocimiento póstumo de aquella aptitud profesional para la cual la persona había hecho méritos suficientes.

Entonces, el derecho a la memoria o a una «buena memoria» no puede ser escindido -sin su desnaturalización-, de la realidad de la persona al momento de su fallecimiento y es aquí donde la ultratractividad de las manifestaciones de la personalidad de la causante tienen amparo constitucional, desde que el derecho a ser recordada como Licenciada en Psicología aparece como una correcta derivación de su legajo académico, a la luz de las extraordinarias circunstancias que rodean al caso, que han merecido un correcto tratamiento en la sentencia de grado y que no han sido merecedoras de ningún reproche en particular por parte de la universidad apelante.

En relación al agravio referido a la ausencia de declaración de inconstitucionalidad de la ley 24521, juzgo que resulta innecesaria la realización de un escrutinio de constitucionalidad, por los siguientes argumentos.

El profesor Manuel Atienza explica los fenómenos de la sub y sobre inclusión de las reglas legales, a partir del modelo teórico propuesto por Frederick Schauer, quien afirma que las reglas son generalizaciones probabilísticas, lo que explica que los predicados fácticos de las reglas no sean considerados como predicados de individuos, sino asociados a clases, es decir, a todos los miembros de una categoría. Es por ello que se generan hipótesis de sub-inclusión, en las que se torna necesario reconstruir la coherencia de la norma (cfr., aut. cit. Curso de Argumentación Jurídica, p. 297/298, ed. Trotta).

Siguiendo también en este punto a Atienza, cabe postular que la lógica tradicional es meramente enunciativa del ser y del no ser, pero no contiene puntos de vista de valor ni estimaciones sobre la

corrección de los fines, ni sobre la eficacia de los medios en relación con un determinado fin, aspectos que la lógica jurídica incorpora expresamente, a través de herramientas tales como la valoración teleológica (aut. cit., p. 264/265, ed. Trotta).

En un Estado de Derecho constitucional, la tarea de valoración frente a esta clase de casos aparece como una indispensable actividad jurisdiccional tendiente a hacer efectivos los mandatos constitucionales en su máxima medida y a partir de la delimitación de la interacción de las diferentes fuentes que tienen vocación de concurrencia no conflictiva para zanjar la contienda.

A partir de esas precisiones, parece que antes que restringir el derecho al diploma póstumo para hipótesis como la que aquí se presenta, la regla legal sobre la cuál basa su postura defensiva la parte demandada, no se ha emitido con el propósito de regular el asunto, de manera que no se trata de un texto legal restringente o *sub-inclusivo*.

Así, la cuestión no se decide a partir de un conflicto entre una cláusula constitucional -por caso, el artículo 33- y la forma en que ha sido reglamentada por el Congreso Nacional, sino de un supuesto que no ha merecido una reglamentación legal específica y en la que rige en forma directa el texto de la norma fundamental.

Por las razones anteriormente apuntadas, queda de manifiesto que la accionada ha lesionado un derecho constitucional y es por ello que pierde sustentación su defensa, asociada a la ausencia de defensa del trabajo de tesis por parte de la alumna, en la medida que una correcta ponderación -en clave humanista- del sentido de la petición, la existencia de un derecho personalísimo póstumo y su tutela constitucional, exhiben una directa vulneración del derecho constitucional al honor -comprensivo de la memoria de la dimensión familiar y social-.

Estas razones resultan a mi modo de ver suficientes para confirmar la decisión apelada.

III.3. La parte actora cuestiona la decisión de imponer las costas en el orden causado, la que se sustentó fundamentalmente en el

carácter novedoso del planteo. Señala que, a partir de esa premisa, se limita la introducción de nuevas cuestiones a resolver.

La decisión de distribuir las costas fue fundada en la excepción contemplada por el artículo 68 segundo párrafo del Código Procesal y motivada en «lo novedoso del planteo».

Desde el punto de vista formal, la resolución deviene inobjetable, en la medida que ha sido adecuadamente motivada y fundada.

La crítica de la amparista, sin embargo apunta fundamentalmente a la fortaleza del argumento de la novedad del planteo como plafón para esa determinación. Adelanto que el planteo revisor no puede prosperar, a poco que se analicen las particulares circunstancias que rodean a la presente causa.

En este punto, la referencia a una matriz de conflicto inédito que además involucra y se respalda en la interpretación de un derecho constitucional contenido en el artículo 33 de la Constitución Nacional, aunado a la situación académica de la alumna, asume un nivel de complejidad suficiente como para afirmar que razonablemente la Universidad pudo considerar correcta su oposición.

Estimo que un observador razonable estaría de acuerdo con esta conclusión, que tiene un peso suficiente para exacerbar la regla general que indica que las costas deben ser soportadas por quien ha resultado vencido en el proceso, por lo que se confirma la resolución también sobre este punto.

IV. Por las consideraciones expuestas, planteo al Acuerdo desestimar ambos recursos y confirmar íntegramente la sentencia apelada.

Costas de Alzada en el orden causado, por aplicación de idéntico criterio utilizado en la sentencia apelada, a lo que se agrega el resultado de las presentaciones recursivas (art. 68, segunda parte, CPCC).

Se regulan los honorarios de los letrados intervinientes en el 30% de los que se fijaron por los trabajos profesionales



desarrollados en la anterior instancia, a los que actuaron en igual carácter (art. 15, L.A.).

Tal mi voto.

Marcelo J. MEDORI dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo expidiéndome de igual modo.

Por ello, esta **Sala I**

RESUELVE:

1.- Desestimar los recursos de apelación interpuestos por ambas partes, y en consecuencia, confirmar íntegramente la sentencia dictada a fs. 429/433.

2.- Imponer las costas de Alzada en el orden causado (art. 68, segunda parte, CPCC) y regular los honorarios de los letrados intervinientes en el 30% de los que se fijaron por los trabajos profesionales desarrollados en la anterior instancia, a los que actuaron en igual carácter (art. 15, L.A.).

3.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los autos a origen.

Dr. Fernando GHISINI JUEZ- Dr. Marcelo J. MEDORI Juez

Dra. Estefanía MARTIARENA SECRETARIA