

RDFyP

REVISTA DE DERECHO DE FAMILIA Y DE LAS PERSONAS

SUCESIONES • PERSONALÍSIMOS
BIOÉTICA • DERECHO MÉDICO

Año XIII | Número 4 | Agosto 2021

DIRECTORES:

MARCOS M. CÓRDOBA
GRACIELA MEDINA
NÉSTOR E. SOLARI

ÁREA PERSONA, BIOÉTICA
Y DERECHO MÉDICO:

Salvador D. Bergel
Alberto J. Bueres
José W. Tobías

ISSN 1852-8708

 **INCLUYE**
VERSIÓN DIGITAL

THOMSON REUTERS

LA LEY

ISSN: 1852-8708
RNPI: En trámite

Todos los derechos reservados
© **La Ley S.A. Editora e Impresora**

Dirección, administración y redacción
Tucumán 1471 (C1050AAC)
laley.redaccionjuridica@tr.com

Ventas
CASA CENTRAL
Tucumán 1471 (C1050AAC)
Tel.: (011) 4378-4700 / 0810-266-4444

LOCAL I FACULTAD DE DERECHO - UBA
Figuroa Alcorta 2263 (C1425CKB)
Tel. / Fax: (011) 4806-5106

Atención al cliente: 0810-266-4444
Buenos Aires - Argentina

*Hecho el depósito que establece la ley 11.723.
Impreso en la Argentina. Printed in Argentina.*

Nota de la Dirección: Las opiniones vertidas en los comentarios firmados son privativas de quienes las emiten.

Se terminó de imprimir en la 2da. quincena de julio de 2021, en los talleres gráficos de La Ley S.A.E. e I., Bernardino Rivadavia 130, Avellaneda - Provincia de Buenos Aires, República Argentina

RDFyP

REVISTA DE DERECHO DE FAMILIA Y DE LAS PERSONAS

SUCESIONES • PERSONALÍSIMOS •
BIOÉTICA • DERECHO MÉDICO

DIRECTORES:

MARCOS M. CÓRDOBA
GRACIELA MEDINA
NÉSTOR E. SOLARI

ÁREA PERSONA, BIOÉTICA
Y DERECHO MÉDICO:

Salvador D. Bergel
Alberto J. Bueres
José W. Tobías

Año XIII | Número 4 | Agosto 2021

 **INCLUYE**
VERSIÓN **DIGITAL**

THOMSON REUTERS
LA LEY

DIRECTORES

MARÍA J. MÉNDEZ COSTA
(1921-2015)

CARLOS H. VIDAL TAQUINI
(1936-2016)

MARCOS M. CÓRDOBA
GRACIELA MEDINA
NÉSTOR E. SOLARI

ÁREA PERSONA, BIOÉTICA Y DERECHO MÉDICO

SALVADOR D. BERGEL
ALBERTO J. BUERES
JOSÉ W. TOBÍAS

CONSEJO ACADÉMICO

Armando S. Andruet (h.)
Gustavo A. Bossert
Eduardo I. Fanzolato
María Susana Najurieta
José Luis Pérez Lasala
Eduardo Pettigiani
Julio César Rivera
Eduardo Roca
Eduardo A. Zannoni

ELENA HIGHTON DE NOLASCO
Titular de la Oficina de Violencia
Doméstica de la CSJN

CARMEN M. ARGIBAY
Titular de la Oficina de la Mujer
de la CSJN (1939-2014)

CONSEJO DE REDACCIÓN

María Isabel Benavente
Jorge C. Berbere Delgado
Pedro Di Lella
Francisco Ferrer
Silvia Guahnon
Lidia B. Hernández
Pedro F. Hooft
Adriana N. Krasnow
Raúl Gustavo Lozano
Jorge A. Mazzinghi (h.)

Mauricio L. Mizrahi
Analía Monferrer
Osvaldo Pitrau
Ricardo D. Rabinovich-Berkman
Gabriel Rolleri
Eduardo G. Roveda
Luis Omar Salomón
Eduardo A. Sambrizzi
Vilma R. Vanella
María Silvia Villaverde

DIRECCIÓN ACADÉMICA

Mónica Pinto

COMITÉ HONORARIO

Agustín Gordillo
Aída Kemelmajer
Alberto J. Bueres
Carlos Etala

Cecilia Grosman
Eugenio Bulygin
Eugenio R. Zaffaroni
Héctor Alegria

José Tobías
Julio C. Rivera
Nelly Minyersky
Noemí Lidia Nicolau

COMITÉ ACADÉMICO

Administrativo

Carlos F. Balbín
Fernando R. García
Pullés
Ernesto A. Marcer
Guido Santiago Tawil

Constitucional

Alberto B. Bianchi
Roberto Gargarella
María Angélica Gelli
Juan V. Sola

Internacional Privado

María Susana Najurieta
Alfredo Mario Soto
María Elsa Uzal

Internacional Público

Susana Ruiz Cerutti
Silvina González Napolitano
Raúl Vinuesa

Familia

Carlos Arianna
Luis Ugarte
Adriana Wagmaister

Civil

Carlos Hernández
Sebastián Picasso
Sandra Wierzba
Diego Zentner

Penal

Mary Beloff
Alberto Edgardo Donna
Daniel Pastor

Laboral

Mario Ackerman
Adrián Goldin
Julio César Simón

Comercial

Rafael Mariano Manóvil
Horacio Roitman

Filosofía

Ricardo Guibourg
Rodolfo Vigo

Derechos Humanos

Laura Giosa
Roberto Saba

Ambiental

Néstor Cafferatta
Leila Devia
Silvia Nonna

COMITÉ EDITORIAL

Penal

Fernando Córdoba
Fernando Díaz Cantón
Ivana Bloch
Marcelo Ferrante
Marcos Salt
Marcelo Sgro

Criminología

Gabriel Ignacio Anitua
Matías Bailone
Máximo Sozzo

Familia

Silvia Eugenia Fernández
Eleonora Lamm
Ida Scherman

Civil

Carlos Calvo Costa
Luis Daniel Covi
María Victoria Famá
Adriana Krasnow
Luis F. P. Leiva Fernández
Carlos Parellada
Máximo Gonzalo Sozzo

Laboral

Lucas Caparrós
Juan Pablo Mugnolo
Claudia Priore

Constitucional

María Gabriela Ábalos
Marcela Basterra
María Laura Clérico
César Sebastián Vega

COMITÉ EDITORIAL *(Continuación)*

Internacional Público

Emiliano Buis
Alejandro Chehtman
Natalia Luterstein
Nahuel Maisley

Internacional Privado

Paula María All
Nieve Rubaja
Luciana Scotti

Administrativo

Alfonso Buteler
María Paula Renella
Susana Vega

Comercial

Hugo Acciarri
Pablo Heredia
Lorena Schneider
Pamela Tolosa

Filosofía

Marcelo Alegre
Claudio Eduardo
Martyniuk
Renato Rabbi-Baldi
Cabanillas

Derechos Humanos

Leonardo Filippini
Calógero Pizzolo
Silvina Zimerman

Ambiental

Mariana Catalano
José Esaín

Director Editorial

Fulvio G. Santarelli

Jefa de Redacción

Yamila Cagliero

Editores

Nicolás R. Acerbi Valderrama
Florencia Candia
Elia Reátegui Hehn
Marlene Slattery

FAMILIA

DOCTRINA

Niños frente al concurso o quiebra de sus progenitores <i>Graciela Medina</i>	5
¿Sirve aún el matrimonio? Sobre el tratamiento legal de las uniones de hecho <i>Juan Javier Negri</i>	12

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

UNIONES CONVIVENCIALES

Resarcimiento fundado en el enriquecimiento sin causa. Contenido económico de las tareas del hogar. Apertura de un período de negociación de 45 días para una amigable composición de los intereses en conflicto. Perspectiva de género	17
Enriquecimiento sin causa y valoración económica de las tareas de cuidado no remuneradas. Enfoque desde la perspectiva de género <i>Gabriela Yuba</i>	32
Efectos derivados de la unión convivencial. ¿Enriquecimiento sin causa o compensación económica? Una decisión desde la perspectiva de género <i>Guillermina Venini</i>	38

FILIACIÓN DERIVADA DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

Emplazamiento filial de dos niños como hijos de la peticionante. Proceso de reproducción asistida heteróloga. Consentimiento informado firmado únicamente por la demandada. Acreditación de la voluntad procreacional. Derecho a la identidad	47
Reclamación de la filiación en caso de reproducción asistida. Una solución razonable por una vía inadecuada <i>María Magdalena Galli Fiant</i>	52

DOBLE PARENTALIDAD

Identidad biológica. Paternidad socioafectiva. Derecho a la identidad. Impugnación de la filiación. Caducidad 60

La multiparentalidad. En la filiación por naturaleza

Néstor E. Solari 68

VIOLENCIA FAMILIAR

Identidad de género. Persona en situación de vulnerabilidad. Otorgamiento de guarda a un pariente. Fijación de un régimen comunicacional amplio con los progenitores 73

Perspectiva de género y adolescencia

Carolina E. Grafeuille 83

JURISPRUDENCIA DESTACADA

GUARDA A PARIENTES

Interés superior del niño. Derecho a ser oído. Prevención de la revictimización. Limitación de la duración. Inconstitucionalidad del art. 657 del Cód. Civ. y Com..... 93

ALIMENTOS

Adopción. Proceso frustrado por voluntad de los guardadores. Establecimiento de una cuota alimentaria a favor de los niños hasta que encuentren el cuidado de otros adultos responsables. Interés superior del niño. Principio de solidaridad familiar 98

COMPENSACIÓN ECONÓMICA EN LA UNIÓN CONVIVENCIAL

Suspensión de las mediaciones en virtud de la emergencia sanitaria. Perspectiva de género. Desestimación del pedido de caducidad 101

COMPENSACIÓN ECONÓMICA EN LA UNIÓN CONVIVENCIAL

Obligaciones del padre afín. Solidaridad familiar. Mujer migrante en situación de vulnerabilidad. Existencia de aportes económicos. Perspectiva de género. Enriquecimiento sin causa. Violencia familiar. Daño moral 104

SUCESIONES

DOCTRINA

La ley 27.587 y las donaciones a herederos legitimarios

María Cristina Mourelle de Tamborenea 143

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

PARTICIÓN HEREDITARIA

Acuerdo. Cesión de derechos hereditarios. Adjudicación de un bien. Unidad negocial. Homologación..... 155

Inclusión de bienes gananciales del cónyuge supérstite en la partición privada del proceso sucesorio del causante. Diversidad de criterios jurisprudenciales <i>Adriana del Carmen Guglielmino</i>	158
---	-----

PERSONA

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

DERECHOS DEL PADRE EN LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO Orden dada a una mujer de abstenerse de llevar adelante cualquier práctica que tienda a interrumpir voluntariamente el embarazo. Medida cautelar solicitada por el esposo. Procedencia	173
Interrupción voluntaria del embarazo y oposición del cónyuge <i>Andrés Gil Domínguez</i>	178
TRATAMIENTO MÉDICO PARA EL CORONAVIRUS Paciente con diagnóstico de SARS COVID-19 grave con compromiso pulmonar severo. Tratamientos compasivos prescritos por el médico tratante. Nebulizaciones de ibuprofeno de sodio y de dióxido de cloro. Derecho a la salud. Procedencia de medida cautelar	184
AMPARO DE SALUD Tratamiento médico compasivo. Administración de dióxido de cloro. Falta de acreditación sobre los beneficios para la salud. Rechazo.....	186
Teoría general sobre el uso compasivo de medicamentos <i>Fabio Fidel Cantafio</i>	189
RESPETO A LA DIVERSIDAD CULTURAL Niño de la comunidad wichí con diagnóstico de hemorragia cerebral. Respeto a su voluntad y a la de sus progenitores de no someterse a la intervención quirúrgica. Consentimiento informado. Carta de la jueza dirigida al niño en lenguaje simple.....	210
El derecho a ser escuchado de un/a niño/a desde una mirada multicultural <i>Michel A. Giraud Billoud</i>	217

JURISPRUDENCIA

NIÑO CON DISCAPACIDAD Rechazo de la cobertura de un tratamiento biomédico. Límites de la cobertura fijados por ley. Disidencia	229
PROTECCIÓN DE PERSONAS EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD Pensión no contributiva solicitada por una mujer trans trabajadora sexual que padece HIV. Realidad desesperanzada. Ponderación de la incapacidad social para acceder al mercado laboral formal. Necesidad de juzgar con perspectiva de género. Procedencia	233

CRIOPRESERVACIÓN DE EMBRIONES

Pedido de autorización judicial para destruir embriones originados con técnicas de reproducción humana asistida. Rechazo. Irrazonabilidad de considerar al embrión como una cosa. Intención del legislador. Protección que se le debe a todo ser humano. Inaplicabilidad del art. 59 del Cód. Civ. y Com.....	242
---	-----

LEGISLACIÓN

NACIONAL

RESOLUCIÓN 139 (I.N.C.U.C.A.I.) Sistema Nacional de Información de Procuración y Trasplante de la República Argentina (SINTRA) - Registro Nacional de Procuración y Trasplante – Modificación de la res. 116 (I.N.C.U.C.A.I.)	257
RESOLUCIÓN 1535 (M.S.) Salud pública – Aprobación del “Protocolo para la Atención Integral de las Personas con Derecho a la Interrupción Voluntaria y Legal del Embarazo”, Actualización 2021.....	258
RESOLUCIÓN 1789 (M.Ed.) Educación – Creación del “Observatorio Federal de la Educación Sexual Integral”	260

BUENOS AIRES

DISPOSICIÓN 86 (R.P.) Régimen patrimonial del matrimonio - Publicidad del carácter del bien - Asentimiento conyugal - Partición y adjudicación de bienes gananciales - Uniones convivenciales - Atribución de la vivienda familiar - Modificación de la disp. técnico registral 11 (R.P.).....	265
RESOLUCIÓN FIRMA CONJUNTA 4 (M.S.) y 4 (M.M.P.G. y D.S.) Aprobación de la “Guía de Implementación del Parto Respetado en la Provincia de Buenos Aires”.....	265

CORRIENTES

LEY 6558 Se crea el Registro Único de Casos de Violencia de Género de la provincia de Corrientes.....	269
---	-----

LA PAMPA

LEY 3320 Garantía de la inserción y estabilidad laboral de personas travestis, transexuales y transgénero, alentando su contratación y empleo	271
---	-----

FAMILIA

DOCTRINA

Niños frente al concurso o quiebra de sus progenitores

Graciela Medina (*)

Sumario: I. Introducción y objetivos.— II. Los hijos frente al concurso de sus progenitores.— III. ¿Los hijos pueden pedir la quiebra de sus padres?— IV. ¿Constitucionalidad de la falta de legitimación del hijo para pedir la quiebra de su padre y de la imposibilidad de que el crédito del hijo sea tenido en cuenta en las mayorías del acuerdo preventivo?— V. ¿Tienen privilegios los créditos alimentarios de los hijos y los créditos por alimentos pagados a los hijos?— VI. Los alimentos posteriores a la declaración de quiebra.— VII. Embargos de sueldos y jubilaciones por deudas alimentarias posteriores a la declaración de quiebra.— VIII. Conclusiones.

I. Introducción y objetivos

El estudio de la ONU “COVID-19 en Argentina: impacto socio-económico y ambiental” alerta sobre las graves repercusiones de la pandemia en nuestro país, afectado por grandes desafíos estructurales y una crisis económica anterior a la llegada del coronavirus y agravado por la ineficiente gestión gubernamental.

“El informe arroja una imagen alarmante y preocupante del impacto socioeconómico de la pandemia en el país”, en este escenario nos parece importante ocuparnos de la situación de los Niños, Niñas y Adolescentes frente a la quiebra de sus padres.

El tratamiento nos parece oportuno en tiempos de revisión de la Ley de Concursos y Quiebras (LCQ) y cuando esta se propone suspender en algunos aspectos, plazos y ejecuciones, hasta el 31 julio del año 2021 por un proyecto de ley que primero obtuvo media sanción en diputados y luego fue modificado en Senado (1).

(*) Presidenta de la Asociación Argentina de Derecho Comparado.

(1) Con fecha 31.07.20, la Cámara de Diputados del Congreso Nacional dio media sanción a un proyecto de ley que suspende los pedidos de quiebra y ejecuciones

Esta modificación coyuntural de la ley 24.522 nos demuestra que hay una situación muy preocupante con respecto a los concursos y quiebras. Esta situación va a impactar necesariamente sobre los alimentos; por ello resulta importante revisar la situación de los niños, niñas y adolescentes cuando son acreedores de sus padres.

II. Los hijos frente al concurso de sus progenitores

La primera pregunta que nos debemos hacer es si los hijos votan la propuesta de acuerdo en el concurso de sus padres y si sus créditos son tenidos en cuenta para computar las mayorías necesarias para la aprobación de la propuesta.

La respuesta es negativa, ya que el art. 45 de la ley 24.522 dispone: “Se excluye del cómputo al cónyuge, los parientes del deudor dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o adoptivos, y sus cesionarios dentro del año anterior a la presentación”.

patrimoniales contra pequeñas y medianas empresas, y modifica plazos a concursos preventivos en trámite que tiene el nombre de “Ley de sostenimiento de la actividad económica en el marco de la emergencia sanitaria pública coronavirus -COVID-19-. Emergencia para procesos de concursos preventivos y quiebras”.

Con esta exclusión se quiere evitar el fraude y el voto complaciente de los hijos, pero se deja fuera de toda protección el crédito alimentario de los hijos menores de edad y cualquier otro crédito por daños y perjuicios competidos por los padres hacia la persona de sus hijos, como podrían ser los derivados de la violencia o de la falta de reconocimiento.

Tal exclusión ha tenido diferente repercusión en la doctrina así hay algunos autores que lo han justificado diciendo que “el art. 45 LCQ apunta indudablemente hacia aquellos acreedores ligados al deudor, de tal forma que la expresión de su voluntad no puede más que considerarse encolumnada en una suerte de comunidad de intereses con el concursado. De ahí que su ‘voto’ no pueda considerarse imbuido de independencia o autonomía” (2).

“La ley concursal, con el propósito de asegurar lo que se decida acerca del rechazo o la aprobación del acuerdo ofrecido por el deudor constituya el resultado de una expresión seria de voluntad de los acreedores y carente de intencionalidad aviesa alguna, establece con relación a ciertas personas la prohibición de contabilizarlas para el cómputo de la mayoría de capital, sobre la base de una *presunción hominis* de que las suyas serán adhesiones por lo regular sospechadas de no ser sinceras, en función de la relación familiar que une a dichas personas con el deudor y la natural solidaridad que la relación supone. Se estima que en los casos identificados por la LCQ: 45, el interés del acreedor excluido no es otro que el de favorecer al deudor” (3).

Mientras que otro sector de la doctrina se ha expresado de manera diferente: entre ellos, Quintana Ferreira (4), quien sostuvo que “justificar la exclusión en razones de simpatía o conveniencia con el deudor, y en un deseo de favorecer los propósitos de este, es olvidar que

no todos los parientes conservan con el deudor tales sentimientos de simpatía, cuando siendo verídicos sus créditos, se ven sorprendidos por la situación de insolvencia acaso oculta deliberadamente. Es bien seguro que votarán en contra de la propuesta si así conviene a sus intereses, y tal vez a favor por igual motivo que predominará sobre aquellos sentimientos (...) Estimamos, en cambio, que el fundamento, mantenido en la ley vigente, y dejando de lado situaciones afectivas, se encuentra en una primera consideración: que sus créditos son auténticos; y en una segunda, que el fracaso del acuerdo preventivo, operado tal vez con el voto de los parientes, conduce a la quiebra, con su secuela de inhabilitación y eventualmente a la calificación de la conducta del deudor con sus consecuencias de orden penal. Este es, a nuestro juicio, el principio de la negación del voto que venimos comentando (...)”.

En la actualidad el fundamento ha perdido su sentido, ya que “[c]arece de vigencia en el ordenamiento actual, no solo por las amplias facultades del magistrado para la verificación de los créditos, donde puede rechazarlos, aun cuando no haya impugnación alguna, si lo estima procedente (art. 38, LC), sino también por su amplia potestad para la homologación del acuerdo preventivo, en que podrá escudriñar si los votos favorables han sido dados por los parientes” (5).

Lo más grave es la desprotección del crédito alimentario que, por un lado, es quirografario y, por otro, ni siquiera se computa a los fines de la propuesta que le es impuesta a los NNA, sin tener en cuenta que, por ej., un plazo de dos años o una quita en nada favorece el *interés superior del niño*, con el que el Estado argentino todo se encuentra comprometido, incluso los acreedores concursales.

Sobre el tema la jurisprudencia ha aceptado que se compute el crédito alimentario a los fines de las mayorías en el concurso preventivo, cuando la causa de la cesación de pago fue la falta de pago de la deuda alimentaria, porque en este caso no se puede pensar que el voto fue complaciente.

(2) VAISER, Lidia, “Sobre la exclusión del voto de los acreedores concursales”, LA LEY, 2004-F, 183.

(3) FERNÁNDEZ GARELLO, Vivian Cecilia, “¿Son taxativas las causales de exclusión del voto en el concurso preventivo?”, LA LEY, 2009-D, 929.

(4) QUINTANA FERREYRA, Francisco, “Concursos. Ley 19.551. Comentada, anotada y concordada”, Astrea, Buenos Aires, 1985, t. 1, pp. 578 y 579.

(5) ROVEDA, Eduardo y BURDEOS Florencia, “Crédito por alimentos y prohibición de votar en el acuerdo preventivo”, DFyP 2009 (diciembre), 83.

En efecto, la sala III de la Cámara de Apelaciones de Mendoza dijo: “Si bien el art. 45 LCQ excluye a los parientes del deudor dentro del cuarto grado de consanguinidad, del cómputo de la mayoría necesaria para la aprobación de la propuesta de acuerdo preventivo, resulta procedente incluir en dicho cómputo el crédito por alimentos debidos al hijo menor del concursado, pues, visto que la causa de la cesación de pagos fue el juicio por alimentos, no se da en el caso la finalidad en la cual se sustenta la prohibición consignada en la citada norma, a saber, evitar el fraude mediante un voto complaciente”.

III. ¿Los hijos pueden pedir la quiebra de sus padres?

La segunda cuestión que nos preguntamos es si los hijos pueden pedir la quiebra de sus padres por el incumplimiento de sus obligaciones, alimentarias o atinentes a la responsabilidad civil.

En respuesta a este interrogante hay que tener en cuenta que para que proceda la quiebra pedida por un acreedor, es necesario acreditar: *a.* la legitimación del deudor para ser pasible de la declaración de quiebra (arts. 2° y 5° de la LCQ), *b.* la legitimación del peticionante (art. 80 y 81 LCQ) y *c.* la cesación de pagos; y *d.* que el peticionante actúa en función de un título hábil para peticionar la quiebra.

En este punto lo importante es determinar si el hijo tiene legitimación para solicitar la quiebra de su padre. Para ello, hay que estar a lo establecido por los arts. 80 y 81 de la ley 24.522, a saber: el art. 80 establece que “...todo acreedor cuyo crédito sea exigible, cualquiera sea su naturaleza y privilegio, puede pedir la quiebra...”; el art. 81 establece una restricción y dice que ni “...el cónyuge, los ascendientes o descendientes..., ni los cesionarios de sus créditos...” pueden solicitar la quiebra del deudor.

La limitación del art. 81, LCQ, tenía su razón de ser en la legislación anterior a la vigencia del Código Civil y Comercial. Al decir de Rivera, ella es “coherente con otros órdenes de la normativa jurídica de nuestro país, como puede verse —v.gr.— en el impedimento de los hijos para formar una sociedad con sus padres, si no han

cumplido los dieciocho años (art. 12 del Cód. de Comercio); en la imposibilidad de los menores para demandar a sus padres, salvo que sea por intereses propios y previa autorización judicial, aun cuando tengan una industria separada o sean comerciantes (art. 285 del Cód. Civil); en la veda para los cónyuges de celebrar contratos de cambio, en la prohibición para los padres de contratar con sus hijos menores, etc.” (6).

Ese orden público al que hacía referencia el profesor Rivera y que derivaba de la legislación anterior al Código Civil y Comercial ha sido derogado y hoy rigen otros principios. Así vemos que el art. 12 del Cód. de Comercio de Vélez ha sido dejado sin efecto, porque no se ha reproducido en el Código Civil y Comercial y el art. 285 del Cód. Civil ha sido reemplazado por el art. 679, que dice: “El hijo menor de edad puede reclamar a sus progenitores por sus propios intereses sin previa autorización judicial, si cuenta con la edad y grado de madurez suficiente y asistencia letrada”.

Por nuestra parte pensamos que no se puede impedir al hijo menor de edad que ha sido dañado por su progenitor o que es acreedor de alimentos solicitar la quiebra de su padre en aras de la solidaridad familiar, ya que *solidario* es quien paga alimentos, atiende a quien lo necesita y no deja de serlo quien intenta cobrarlos.

Esto nos recuerda mucho a cuando se le negaba al hijo legitimación para reclamar daños y perjuicios a su padre por la falta de reconocimiento fundado en la solidaridad familiar. Lo cierto es que el niño tiene un derecho constitucional y supranacional a ser alimentado; y para lograrlo, debe tener la más amplia legitimación en las acciones patrimoniales, si cuenta con asistencia letrada.

Se sostiene que impedir que el hijo pueda pedir la quiebra de su padre persigue mantener una armonía en el seno de la familia, cultivar la solidaridad entre sus integrantes. Creemos que el recíproco socorro que debe reinar en el seno familiar se logra abonando los alimentos que le

(6) RIVERA, Julio César - CÁCERES, Martín, “Pedido de quiebra por la ex cónyuge causado en la obligación alimentaria hacia el hijo común”, DFyP 2011 (septiembre), 59, AR/DOC/2625/2011

son adeudados al hijo y no cercenando las legitimaciones de este para intentar cobrarlo.

IV. ¿Constitucionalidad de la falta de legitimación del hijo para pedir la quiebra de su padre y de la imposibilidad de que el crédito del hijo sea tenido en cuenta en las mayorías del acuerdo preventivo?

Cabe preguntarse si a la luz de lo dispuesto por la Convención sobre los Derechos del Niño resulta constitucional privar al hijo de la legitimación de reclamar la falencia de su padre. O negarle la posibilidad de que su crédito sea tenido en cuenta en las mayorías necesarias para aprobar el acuerdo concursal.

Jurisprudencialmente se ha sostenido que tales exclusiones son constitucionales en función de ciertos valores de solidaridad familiar que se pretende preservar (7).

Se dijo en tal precedente que "...no se advierte que la disposición de la LCQ 81 vulnere derechos y garantías individuales y alimentarios contenidos en la CN y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y del Niño, sino que implica un razonable límite al ejercicio de tales derechos con sustento en la protección integral de la familia que también ostenta raigambre constitucional (CN. 14 bis)".

"El fin último del art. 81 de la Ley de Quiebras ha sido la protección del orden público familiar, pues la limitación establecida a los hijos para peticionar la quiebra de su padre no resulta irrazonable ni puede juzgarse que repunte una manifiesta iniquidad, ya que no se advierte que vulnere derechos y garantías individuales y alimentarios contenidos en la CN y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y del Niño, sino que implica un razonable límite al ejercicio de tales derechos con sustento en la protección integral de la familia que también ostenta raigambre constitucional" (8).

Por nuestra parte no concordamos con lo dicho en el fallo de la Sala E de la Cámara Comer-

(7) CNCom., sala E, autos "M. W. J. c. M.", 12/12/2006, Cita online: 70039657

(8) CNCom., sala E, "M. W. J. M. s/ped. de quiebra", 12/12/2006, por: D. L. J., AR/JUR/9751/2006.

cial de la Capital, porque entendemos que la solidaridad familiar no se construye ni se predica desamparando a los hijos ni impidiéndoles ejercer acciones patrimoniales contra los padres que no pagan alimentos. Por lo tanto, consideramos que el art. 81 de la ley 24.522, en tanto impide la legitimación de los hijos para solicitar la quiebra de sus padres en razón de la falta de pago de sus alimentos, es inconstitucional, porque vulnera la Convención de Derechos del Niño.

La preservación de la familia como núcleo primordial de la organización social surge de lo dispuesto por el art. 75, inc. 23, párr. 1º al sostener: "...legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los Tratados Internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular, respecto de los niños...". Resulta evidente que restarles legitimaciones procesales a los niños acreedores de alimentos en nada garantiza su pleno goce de oportunidades y derechos, muy, por el contrario, se lo cercena, menoscaba, limita arbitrariamente.

Cabe recordar que en el Preámbulo de la Convención de los Derechos del Niño a la que nuestro país ha adherido se reconoce "que... el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales..."; ello se convierte en una obligación estatal que no se ve perfilada en una legislación que le cercena derechos procesales para actuar en contra de sus padres, cuando estos no cumplen sus deberes.

Por otra parte la falta de legitimación del niño para pedir la quiebra del obligado al pago de alimentos, o la imposibilidad de que su crédito sea tenido en cuenta en las mayorías del acuerdo preventivo, aparece como un castigo arbitrario que también se contrapone con el art. 2 de la CDN cuando dice: "todas las medidas necesarias para ...que se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo" (art. 2º, CDN), teniendo en cuenta la consideración primordial de atender el "interés superior del niño" (art. 3º, CDN).

En otro orden de idea debemos recordar que la Convención de los Derechos del Niño estable-

ce en su art. 4º que el Estado deberá adoptar "... todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención... hasta el máximo de los recursos de que se dispongan...". Claramente se advierte que una norma que limita los derechos de los NNA en orden a sus acciones patrimoniales contra sus padres deudores no solo no da efectividad a ningún derecho contenido en la CDN, sino que actúa contra el derecho alimentario que tiene reconocimiento en el art. 3º de la ley 26.061 y, además, cuenta con la tutela constitucional (art. 75, inc. 22 CN; Convención sobre los Derechos del Niño, arts. 2º, 3º, 18 y 27, punto 4).

La actual legislación de fondo recoge la idea de la "prestación asistencial familiar integral", la cual proviene de la Convención de los Derechos del Niño, en cuyo esquema la cuota alimentaria necesaria para el pleno goce de los derechos del niño debería ser de cumplimiento voluntario, con solidaridad y afectividad; pero cuando no es así, se debe otorgar a los niños de todos los elementos para efectivizar su reclamo.

Cierto es que el pedido de quiebra no constituye un método de cobro, pero en la práctica contribuye a lograrlo.

En definitiva, estamos convencidos de que la falta de legitimación del hijo para pedir la quiebra de su padre incumplidor del deber alimentario y la imposibilidad de computar su crédito en las mayorías del acuerdo preventivo solo contribuyen a que los alimentados sufran más restricciones que las que la falta de sustento les provoca; y no favorece a la unidad familiar ni al bienestar de los niños, niñas y adolescentes.

V. ¿Tienen privilegios los créditos alimentarios de los hijos y los créditos por alimentos pagados a los hijos?

Otro interrogante que corresponde develar es si los créditos alimentarios de los hijos contra sus padres tienen algún tipo de privilegio en el concurso de sus progenitores.

La respuesta es negativa; en este sentido hay que tener muy en claro que en la legislación ar-

gentina actual el crédito alimentario de los hijos no goza de privilegio alguno y por lo tanto es un acreedor quirografario.

En este sentido manifiesta el profesor Carlos Ribera: "El crédito por alimentos es quirografario. No debe confundirse con el privilegio que reconoce el art. 246 inc. 3º b) de la LCQ" (9).

Coincidimos con el profesor Ribera, en que el art. 246 inc. 3º b) puede llamar a confusión en tanto establece que "son créditos con privilegio general 3) Si el concursado es persona física: b) los gastos de enfermedad durante los últimos SEIS [6] meses de vida; c) los gastos de necesidad en alojamiento, alimentación y vestimenta del deudor y su familia durante los SEIS [6] meses anteriores a la presentación en concurso o declaración de quiebras".

En realidad, a lo que hace referencia la norma es a los alimentos brindados al deudor, lo que se llama "gastos por alimentos", que son aquellos necesarios para cubrir las necesidades básicas para su vida y la de su familia. Se ha dicho que el deudor es el verdadero beneficiario de la disposición (10).

Pensamos sinceramente que una interpretación sistémica de la norma nos permitiría entender que en el caso de que la madre o cualquier otra persona (abuelos, padre afín, allegado etc.) haya cubierto los gastos alimentarios del padre y los reclame en su quiebra, los pagos efectuados en los seis meses anteriores a la presentación en concurso o declaración de quiebra gozan de privilegio general, por ser gastos necesarios de la familia del deudor y están incluidos en lo dispuesto en el art. 246 inc. 3º b).

(9) RIBERA, Carlos E., "El derecho de familia y el derecho concursal", Supl. Esp. Código Penal 2019 (noviembre), 29/11/2019, 249; AR/DOC/3893/2019

(10) VILLANUEVA, Julia, "Privilegios", Rubinzal-Culzoni Edit., Santa Fe, 2004, p. 354. El tema es analizado en particular por VILLOLDO, Marcelo, "El privilegio de los alimentos ¿o de los gastos de alimentación?", ED 221-972. Este autor propone que los alimentos posconcursoales deberían ser incluidos como "gasto de conservación y de justicia" (art. 240 LCQ). (106) KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída - KIPER, Claudio - TRIGO REPRESAS, Félix A., "Código Civil comentado", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007.

Somos conscientes de que esta no es la interpretación mayoritaria, pero también lo somos de que considera mejor el interés superior del menor y resulta *pro homine*.

El *principio pro homine* implica que la interpretación jurídica siempre debe buscar el mayor beneficio para el ser humano, es decir, que debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trata de derechos protegidos y, por el contrario, a la norma o a la interpretación más restringida, cuando se trata de establecer límites a su ejercicio. En este sentido considerar amparados con *privilegio general* los créditos por los alimentos pagados a los hijos del deudor es la manera más protectoria de interpretar la norma.

VI. Los alimentos posteriores a la declaración de quiebra

En este acápite queremos considerar la situación de los créditos por alimentos que vencen con posterioridad a la declaración de quiebras.

Cabe señalar que estos no deben ser reclamados en el proceso universal ni se rigen por sus reglas, aunque se verán afectados por la existencia del proceso falencial. Ello implica que deben ser reclamados y ejecutados ante el juez de familia; y que, para cobrarse, se encontrarán frente a la realidad que el deudor ha sido desahogado de su patrimonio.

No obstante lo cual, el quebrado puede seguir ejerciendo su profesión, trabajo o industria, o cobrando su pensión o jubilación, y estos emolumentos que no ingresan a la quiebra sirven como activo para el pago alimentario.

Coincidimos con Ribera en que “una posibilidad que tiene el acreedor es pedir la ejecución del bien inscripto como ‘vivienda’”, porque la afectación no es oponible a las obligaciones alimentarias a cargo del titular a favor de sus hijos menores, incapaces o con capacidad restringida (art. 249 inc. d), LCQ). También podrá ejecutar la indemnización que se le haya otorgado al concursado por derechos no patrimoniales e indemnizaciones por daños a la persona (art. 108, inc. 6º, LCQ). Asimismo, responderá con los bienes que ingresen con posterioridad a su rehabilitación (art. 236, LCQ) o el remanente que

arrojare la conclusión de la quiebra por pago total (art. 228, LCQ).

Es muy importante la posibilidad de poder ejecutar el bien inscripto como vivienda por las deudas alimentarias, porque este bien no responde por las deudas posteriores a la inscripción; ello implica que normalmente no entra en la quiebra, pero sí responde por alimentos.

VII. Embargos de sueldos y jubilaciones por deudas alimentarias posteriores a la declaración de quiebra

La declaración de quiebra no conlleva el cese ni la suspensión de la obligación alimentaria, por lo que no afecta la posibilidad de embargar el haber previsional no sujeto al desapoderamiento en concepto de alimentos de los menores, pues la cuota alimentaria se “devenga” mes a mes y es una obligación legal imprescriptible e irrenunciable.

Acá conviene recordar que cuando alguien quiebra (sea persona humana o jurídica) “queda desapoderado de pleno derecho de sus bienes” y pierde el derecho a administrarlos y disponer de ellos. Hay muy pocas excepciones a ese desapoderamiento; entre ellas, los pagos jubilatorios y de haberes que recibe el quebrado. Sobre estos bienes puede practicar un embargo el acreedor de alimentos posteriores a la quiebra.

Jurisprudencialmente se ha resuelto que debe confirmarse la resolución del juez que declaró el embargo sobre el haber jubilatorio del deudor para satisfacer el crédito alimentario de la actora (11).

VIII. Conclusiones

El tema de las obligaciones alimentarias y de las deudas a los hijos no ha sido correctamente resuelto por la Ley de Concursos y Quiebras; y, lo que es peor, no figura en la agenda de ninguno de los proyectos de ley enviados al Congreso ni ha sido tenido en cuenta especialmente en las

(11) C2a Civ. y Com., La Plata, sala I, “Medina, Mario Edgardo”, 09/09/2008, IMP 2008-23 (diciembre), 2046, AR/JUR/8375/2008; NEGRI, Juan Javier, “Abuelito, dime tú... Sobre la obligación alimentaria de los abuelos a sus nietos”, DFyP 2020 (junio), 17/06/2020, 137; AR/DOC/686/2020.

reformas transitorias a la LCQ introducidos por “Ley de sostenimiento de la actividad económica en el marco de la emergencia sanitaria pública coronavirus —COVID-19—. Emergencia para procesos de concursos preventivos y quiebras”

Este desprecio legislativo a una de las deudas más injustas y socialmente reprobable, como son aquellas que los progenitores tienen para con sus hijos, merecen la pronta atención legislativa y una equitativa interpretación judicial.

¿Sirve aún el matrimonio?

Sobre el tratamiento legal de las uniones de hecho

Juan Javier Negri

El matrimonio produce algunas consecuencias legales que no genera la convivencia de hecho.

¿Es siempre así?

Luis y Anita vivieron juntos, sin casarse, algunos años. En ese lapso compraron una casa, los muebles y adornos del caso y varios otros bienes. *Todo lo comprado estaba a nombre de Luis.*

Pero un buen día el amor se fue y, como suele ocurrir, el proceso de separación fue, además de arduo, litigioso. Para resumirlo: *con muchos abogados de por medio.*

Como no existía acuerdo acerca de cuánto correspondía a cada uno, Anita demandó a Luis para exigir la devolución de la mitad del valor de los bienes adquiridos durante la convivencia.

Anita demandó a Luis ante los tribunales de familia, donde ya antes había planteado otra demanda, vinculada con su pretensión de que la casa en la que ambos habían convivido le fuera adjudicada a ella.

Además de estas dos demandas de Anita contra Luis planteadas ante los tribunales de familia (una por la devolución del 50% de los bienes comprados durante la convivencia —que es la que comentaremos en este número— y otra por la adjudicación de la casa), había otra de Luis contra ella ante la justicia civil y comercial exigiendo la división de condominio de todos esos mismos bienes (casa y muebles).

No sabemos mucho de la demanda de Anita exigiendo la adjudicación de la casa, pero imaginamos que se fundó en las normas del Código Civil y Comercial que permiten a uno de los convivientes, dentro de los seis meses de ter-

minada la convivencia, exigir al otro una compensación económica. El Código también ha establecido reglas para establecer cuándo y por cuánto tiempo debe atribuirse el uso de la vivienda familiar a uno de los dos convivientes.

Lo cierto es que en el caso de la demanda de Anita por el 50% del valor de los bienes comprados por ambos, Luis planteó que, como ya existía otra demanda ante el fuero civil y comercial por la división del condominio, Anita había hecho mal en demandarlo ante la justicia de familia.

En primera instancia el juez dijo que los tribunales competentes eran los de familia.

Entonces Luis apeló.

La cuestión es interesante: si la unión convivencial no es un matrimonio, ¿debe intervenir la justicia de familia para resolver la división de los bienes?

En la Cámara de Apelaciones, uno de los tres jueces dio la razón a Luis. En su opinión, el condominio (o copropiedad) es un derecho real (como el dominio, la propiedad horizontal, el usufructo, etc.). Y los derechos reales son una materia regida por la legislación civil y comercial que debe discutirse ante los jueces respectivos.

Para él, la naturaleza del derecho real no se altera porque los bienes se hubieran adquirido cuando los condóminos vivían juntos.

Por eso, en su opinión, *no correspondía aplicar, ni siquiera analógicamente, las reglas del régimen matrimonial de los bienes.*

El juez objetó que la justicia de familia deba intervenir en “cualquier [...] cuestión principal, conexas o accesorias referidas al derecho de familia”. Anita había planteado una división del condominio que mantenía con Luis, puesto que quería “la división de una vivienda construida sobre dos lotes y dos vehículos”. Por consiguiente, “la relación jurídica sustancial era real o crediticia, pero no de familia”.

Para el magistrado las cosas no cambiaban por el hecho de que en la demanda y la contestación “se encuentren largas referencias a situaciones de carácter sentimental o se reclame el derecho a ser recompensado en razón de la convivencia”.

El juez entendió que, aunque el Código Civil regula la unión convivencial, el Código Procesal no fue reformado. Por eso, “los reclamos derivados de los efectos civiles o comerciales de la convivencia (1) o las consecuencias previstas en el régimen laboral [o previsional] deben dirimirse en los fueros respectivos”.

“Si no existe pacto [entre los convivientes] el régimen de los bienes se regirá por las reglas del dominio o condominio... El conviviente tiene derecho a participar en los bienes del otro solamente si se hubiere pactado al respecto, *en clara diferencia con el régimen matrimonial*”, dijo el juez. El Código Civil, insistió, “no ha previsto normas en materia de distribución de los bienes adquiridos por los convivientes durante la unión convivencial [para que sean] aplicadas por el fuero especializado en familia. El legislador decidió *no crear* un derecho a participar de los bienes del otro conviviente”. Solo dispuso una compensación económica y el derecho a que le sea atribuida la vivienda familiar, *que son cosas distintas al derecho a participar en los bienes adquiridos*.

El juez rechazó la noción de que, por analogía, correspondía utilizar la figura de la liquidación de la sociedad conyugal, “pues sería desnaturalizar ambas instituciones” (el matrimonio y la unión convivencial).

(1) C1ªAp. CC La Plata, in re “M. M. C. c. L. R. L. A.”, 03/12/2019; reg. sent. 270/19, Libro LXXV; elDial.com AAB9DE, 12 de febrero de 2020.

“Ciertos atributos normativos propios del régimen matrimonial *no pueden ser mecánicamente aplicados ni ser utilizados como guía, a otras uniones que no son ni el boceto ni el remedo de un matrimonio*”.

Para el magistrado, el hecho de que las cuestiones ventiladas “estén cruzadas por relaciones de familia” “llevaría a que cualquier proceso ya fuere de índole societaria, contractual, laboral, extracontractual, etc., debería tramitarse en el fuero de familia si las partes tuvieran algún vínculo paterno-filial, concubinario o matrimonial”.

Eso, en su opinión, violaría la garantía constitucional del debido proceso. Por lo tanto, admitió la apelación de Luis y votó para que el trámite continuara ante la justicia civil y comercial.

Pero los otros dos jueces pensaron distinto e introdujeron una perspectiva diferente.

Para ellos, en este tipo de situaciones es necesario contemplar “no solo la naturaleza de la norma aplicable sino la índole del conflicto y la *situación de vulnerabilidad* que pueden presentar los individuos que lo protagonizan”. Por eso, “es razonable que, en la división del condominio planteada en el seno de una unión convivencial, *aun cuando se apliquen las normas de derechos reales*, sea de competencia el fuero de familia”.

Los dos jueces entendieron que las Reglas de Brasilia (un conjunto de disposiciones aprobadas por la Cumbre Judicial Iberoamericana) “mandan eliminar los obstáculos que podrían encontrar las personas en condición de vulnerabilidad —entre ellas las mujeres—. Entre esos obstáculos, identificaron “la multiplicidad de fueros... que genere o permita un tratamiento fragmentado y múltiple de la violencia, la descontextualización del conflicto y la sobrecarga [a Anita] que tiene que declarar y probar las mismas cosas en varias oportunidades”.

También dijeron que “en nuestra actual sociedad muchos hombres dominan el aspecto económico de la relación [de pareja], restringen el manejo del dinero y los bienes patrimoniales por parte de las mujeres”. Se ve que estos jueces no conocen a mi mujer.

Concluyeron, de ese modo, “que es aconsejable que tramiten ante el juez de familia, que está en conocimiento del patrimonio y los aportes de los convivientes, tanto la división del condominio como [cualquier causa] que pudiera corresponder para reclamar bienes adquiridos durante la unión mediante el esfuerzo común y que están en el patrimonio del otro conviviente”.

Debemos confesar que, lamentablemente, esta última frase, que cierra el caso, debimos re-

construirla sobre la base de los pocos fragmentos coherentes que contiene el texto original de la sentencia.

Sea como fuere, la decisión final de la Cámara se centró en quién debía resolver el caso (el juez de familia y no uno del fuero civil y comercial), *pero no extendió a la unión convivencial las reglas patrimoniales del matrimonio. Siguen siendo cosas distintas.*

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

UNIONES CONVIVENCIALES

Resarcimiento fundado en el enriquecimiento sin causa. Contenido económico de las tareas del hogar. Apertura de un período de negociación de 45 días para una amigable composición de los intereses en conflicto. Perspectiva de género.

Con notas de Gabriela Yuba y Guillermina Venini

1. — Las tareas vinculadas a los denominados “quehaceres del hogar” tienen un valor económico, que debe ser reconocido de manera efectiva y palpable. Así lo reconoce expresamente el art. 660 del Cód. Civ. y Com.
2. — El art. 660, Cód. Civ. y Com. visibiliza a nivel normativo el contenido económico de las tareas del hogar, las que objetivamente insumen una cantidad de tiempo real que se traduce en valor económico, ya que el tiempo, en una sociedad compleja como la contemporánea, es una de las variables de mayor, sino exclusivo, contenido económico. El mismo Cód. Civ. y Com. en su art. 455 dispone que se debe considerar que el trabajo en el hogar es computable como contribución a las cargas.
3. — Naturalmente los aportes realizados por la actora aliviaban proporcionalmente al demandado quien podía destinar el dinero a la construcción de la casa —que finalmente quedó en su patrimonio y hoy posee— y/o a mejorar el vehículo que poseía. En definitiva, debe evitarse que, una vez llegada la hora de la separación, una persona se enriquezca sin causa, a expensas de la otra. En tal sentido, si no se admitiera el enriquecimiento sin causa, importaría consagrar una inmoralidad mayor; por lo que su aplicación evitaría perpetrar un daño irreparable.
4. — Corresponde reconocer jurídicamente el esfuerzo que la actora puso tanto en construir la casa que sería el hogar que integraba el proyecto de vida en común de la pareja, como los ingresos que dieron alivio al demandado para adquirir, por ejemplo, su rodado. El principio del enriquecimiento sin causa aparece nítido en su aporte para solucionar los conflictos patrimoniales entre convivientes, de cara a la ruptura de la unión.
5. — Se han configurado en el caso los requisitos para que proceda el resarcimiento del detrimento patrimonial sufrido por la actora, generado en razón del enriquecimiento del demandado, el correlativo empobrecimiento de primera, la relación de causalidad entre uno y otro,

la falta de causa (no existió *animus donandi*) y la inexistencia de otras vías jurídicas adecuadas para encauzar el reclamo.

6. — Corresponde hacer lugar al rubro resarcimiento por enriquecimiento sin causa, ordenando al demandado que pague a la actora un monto equivalente al veinticinco por ciento del valor actual del inmueble que quedó en propiedad del demandado y de un vehículo de similares características al adquirido por este a la fecha de la extinción de la convivencia.
7. — Conforme los principios de la economía procesal y la prevención del daño entiendo que, previo a disponer el inicio de un proceso sumarísimo en orden a determinar el quantum indemnizatorio, en el contexto del mandato preventivo, corresponde exhortar a las partes a iniciar un período de negociación de 45 días corridos a los fines de arribar a una amigable composición de los intereses en conflicto. Sustentan tal solución la prevención general del daño, y principios generales del derecho, tales como la buena fe y la proscripción del abuso del derecho.
8. — Los aportes efectuados por la actora, los que evidentemente han generado un enriquecimiento en el patrimonio del actor, deben ser tenidos en cuenta. El enriquecimiento generado se evidencia claramente, las testimoniales obrantes en la causa refieren a una casa “hecha a nuevo” y se describen numerosas tareas de acondicionamiento, reparación y refacción. Evidentemente se han incorporado ventajas de carácter pecuniario en el patrimonio del demandado.
9. — El enriquecimiento, que eventualmente podría fundarse en la convivencia, razón por la cual al extinguirse la misma se extingue también su fundamento, se vincula claramente con el empobrecimiento padecido por la actora la que, si bien no sufrió el desplazamiento de un bien de su patrimonio hacia el del demandado o el de un tercero (pérdida de un bien), sufrió la pérdida de una expectativa de las ventajas o ganancias que conllevaría principalmente el hogar propio.
10. — El instituto del enriquecimiento sin causa debe considerarse una fuente autónoma de obligaciones, fuente que naturalmente puede resultar aplicable (de configurarse sus presupuestos) en el ámbito del derecho de familia (art. 528, Cód. Civ. y Com.). De esta forma, la disposición establecida en el art. 1716, Cód. Civ. y Com. (deber

de no dañar) resulta plenamente aplicable en este ámbito y, naturalmente, da lugar a la reparación del daño que se cause.

11. — No existe norma en el Cód. Civ. y Com. que prohíba el reclamo y, a su vez, el derecho de familia integra el sistema del Cód. Civ. y Com. (está regulado dentro de él, no en una legislación autónoma), por lo que resultan aplicables a las relaciones de familia, las normas que regulan la responsabilidad civil. Esta opción responde a la convicción de que el derecho de familia es derecho privado.
12. — La reparación de los perjuicios en el ámbito de las relaciones de familia se torna ineludible si se dan los requisitos de la responsabilidad civil. Es en el ámbito familiar donde el individuo se puede desarrollar y al mismo tiempo es en este ámbito íntimo donde más se puede dañar al otro.
13. — Si bien el inicio y el fin de la convivencia de hecho constituyen un derecho de libertad, es individualizable un límite: la solidaridad y la buena fe. Violado ese límite, el ejercicio abusivo de la libertad deviene ilícito y no puede faltar aquella forma mínima de tutela representada por el resarcimiento de daño.
14. — El art. 528, Cód. Civ. y Com. dispone que a falta de pacto los bienes adquiridos durante la convivencia se mantienen en el patrimonio al que ingresaron. Es que la unión convivencial no produce un régimen de bienes entre los convivientes (como podría ocurrir en el matrimonio), razón por la cual el Cód. Civ. y Com., en forma supletoria, dispone la solución reseñada: la propiedad de los bienes se conservará dentro del patrimonio del conviviente al cual ingresaron y a cuyo nombre figuran inscriptos o que se encuentren bajo su poder si se trata de muebles no registrables.
15. — Existiendo consenso entre la actora y la demandada con relación a que los bienes cuya división se pretende accedieron oportunamente al patrimonio del demandado y ante la falta de acreditación de la configuración de un pacto que brinde una solución diferente, la pretensión de división de los bienes debe desestimarse.
16. — Los exconvivientes no registraron su unión, ni celebraron pacto de convivencia, razones que conllevan a que los bienes ingresados al patrimonio del demandado, aun cuando fueran adquiridos durante la vigencia de la unión, deban permanecer en el mismo. La regla no es absoluta, y la misma norma admite la posibilidad de recurrir a diferentes acciones de derecho común (v.gr. enriquecimiento sin causa) para que la realidad económica de esa unión y de los bienes no sea ignorada.
17. — No están dados los presupuestos sustanciales de procedencia de la compensación económica en los términos del art. 524, Cód. Civ. y Com.. En efecto, no se ha acreditado en momento alguno en el proceso que la actora haya padecido renunciamentos, postergaciones o sacrificios en beneficio del demandado, así como que no haya podido hacer realidad legítimas expectativas laborales o profesionales en razón de la unión convivencial iniciada.
18. — No se advierte, o al menos no se ha acreditado, que el proyecto laboral de alguna de las partes se haya visto alterado por la unión y su ruptura, ni se ha configurado el requisito de desequilibrio económico manifiesto que demanda la norma. Razones todas ellas que conllevan a la desestimación de esta pretensión.
19. — El planteo del caso debe plantearse desde la perspectiva de género, y en clave de Derechos Humanos. En efecto, existe un imperativo constitucional y supranacional que demanda hacer efectiva la igualdad que las normas pregonan (arts. 1º, 2º y 3º, Cód. Civ. y Com.), existiendo patrones socioculturales que imponen considerar especialmente las circunstancias del caso, donde no se definen los derechos de, por ejemplo, dos empresas.
20. — Entre los efectos concretos y palpables que debe otorgar la perspectiva de género se plantea el de morigerar las cargas probatorias, llegando aun a su inversión, siendo el demandado el que tiene que probar que la diferencia de trato económico dentro de la unión convivencial generada se encuentra justificada por ser el medio menos restrictivo para cumplir un fin legítimo.
21. — Las personas vulnerables requieren de un esfuerzo adicional para gozar de sus derechos fundamentales en un pie de igualdad, esfuerzo que en ciertos supuestos puede demandar una inversión en la carga de la argumentación, pesando sobre el demandado en este caso concreto la acreditación de las razones que imponen la exclusión económica de la conviviente dentro del vínculo generado, especialmente ante la existencia de normas que brindan una solución diferente.

JCiv. y Com. 14a Nom., Rosario, 04/02/2021. - S. M. S. c. S. P. C. s/ cobro de pesos.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/1573/2021]

i COSTAS

Al demandado.

CUIJ 21-11337467-2

1ª Instancia. - Rosario, febrero 4 de 2021.

Antecedentes

De los caratulados S. M. A. c. S. P. C. s/ cobro de pesos, CUIJ 21-11337467-2, donde a pág. 14 M. S. S, por apoderado, plantea formal demanda de división del bien inmueble sito en Pje. Centro de Rosario y del vehículo dominio ..., aseverando fueron adquiridos durante la vigencia de la unión convivencial y, por haber cesado la misma, compensación económica y enriquecimiento sin causa contra P. C. S. Pretende en tal sentido que, determinados los valores correspondientes a través del Perito Tasador, se le abone el 50% de dichos bienes, adquiridos con aportes de ambos convivientes durante el transcurso de la unión convivencial.

Reseña que las partes comenzaron a convivir en marzo de 2008, habitando en el inmueble de sus padres los dos primeros años. Que en 2010 adquirieron, con ahorros de ambos, el inmueble objeto de la pretensión, inmueble sobre el que (en el transcurso de la unión convivencial) realizaron importantes ampliaciones y refacciones, siempre con ahorros de ambos.

Asevera que no tuvieron hijos, y que el demandado trabajaba (y aún lo hace) en la empresa Francovich SA, mientras que su parte obtenía sus ingresos desarrollando tareas en calidad de empleada en el negocio de almacén y carnicería de sus padres. Que con los ingresos de ambos refaccionaron y ampliaron la vivienda en la que convivieron hasta abril de 2017, disolviéndose la unión de mutuo acuerdo y dejando constancia de ello e la Subcomisaría N° 20 de Rosario, retirándose su parte de la vivienda, continuando el demandado ocupando y usufructuando el inmueble.

Señala que en el transcurso de dicha unión la demandada adquirió el vehículo dominio ... y que, si bien fue inscripto a nombre del demandado su parte contaba con la autorización para conducirlo. Posteriormente (2012) dicho vehículo fue canjeado por otro de la misma marca pero modelo 2012.

Ante la disolución de la unión su parte reclamó verbal y formalmente el reintegro de sus aportes eco-

nómicos sin éxito, lo que la ha llevado a plantear la presente acción.

Ofrece la prueba que entiende hace a su derecho e invoca el derecho en que sustenta su pretensión.

Citado y emplazado a estar a derecho el demandado a pág. 34 comparece, con patrocinio letrado a pág. 44, corriéndose traslado de la demanda a pág. 48, la que es contestada pág. 467, donde el demandado, luego de efectuar la negativa de ley (a la que me remito en homenaje a la brevedad) donde desconoce todos y cada uno de los hechos relatados en la demanda que no sean materia de su expreso reconocimiento, efectúa su relato de los hechos.

En tal sentido asevera que convivió con la actora, pero no desde la fecha que ella indica, ni que hubieran convivido dos años en la casa de los padres de ella. También reconoce que no tuvieron hijos, así como que trabajaba (y aún trabaja) en relación de dependencia para la empresa Francovich SA Admite además que por mutuo acuerdo se disolvió la unión convivencial en abril de 2017, retirándose la actora de la vivienda, reconociendo que actualmente se encuentra en posesión de los bienes que la actora denuncia. Sostiene que las partes se fueron a vivir juntas en el año 2010, hasta el año 2017, en la casa de Pje. Centro de Rosario, iniciando la relación en el año 2009 (no en el 2008 como sostiene la demanda), Que durante el noviazgo (2009 a 2010) ocasionalmente se quedó a dormir en la casa de los padres de la actora, así como ella en la casa de sus padres. Afirma que recién en el año 2010, avanzadas y casi finalizadas las obras de remodelación de la casa que adquirió en el 2009, inician la convivencia. Que durante la convivencia con sus padres ellos nunca le permitieron colaborar con los gastos lo que, junto con su carácter ordenado y ahorrativo, así como las horas extras trabajadas, le permitió ahorrar para comprarse su auto y su casa.

Sostiene que la vivienda fue construida por la provincia y adjudicada por sorteo público, en su caso a la Sra. G., quien posteriormente falleciera. Que adquirió la casa a su hija, R. V., a través de una cesión de derechos y acciones en relación al boleto existente por \$75.000, suma que provino íntegramente de sus ahorros y de la venta de un vehículo. Plantea que al momento de la venta no se encontraba en convivencia con la actora, quien no aportó económicamente suma alguna, ni para adquirir la casa ni para refaccionarla.

Plantea que la actora ayudaba a sus padres en un almacén carnicería familiar cuando la conoció, y que no recibía suma alguna por ello, no poseía ingresos hasta octubre de 2016, cuando empezó a trabajar para la empresa Kotor Ros SRL.

Que durante la convivencia la Sra. S. no trabajó, se dedicó a las tareas de la casa, hacía lo que tenía ganas, muchas veces iba a casa de sus padres a ayudarles, pero no recibía retribución alguna por ello.

Relata que fue su trabajo lo que les permitió vivir juntos sin necesidad que ella trabaje, que cuando se conocieron tenía apenas 21 años y 22 cuando inició la convivencia. Que no tenía experiencia laboral, ni bienes personales, ni ahorros, ni ingresos.

Manifiesta que fue voluntad de las partes no contraer matrimonio y, por tanto, no quedar sometidos al régimen de división de bienes. Asevera que los bienes que la actora pretende se adquirieron con anterioridad a la unión convivencial y/o con productos adquiridos antes cuyo producido se imputó a la compra de dichos bienes, también íntegramente adquiridos por su parte.

Asimismo, plantea que los gastos personales de la actora fueron solventados con su dinero, lo que se produjo aún habiendo cesado la unión convivencial y hasta que se dieron de bajas las extensiones de las tarjetas.

Entiende que la pretensión de la actora (división de bienes en partes iguales) implica asimilar la unión convivencial al régimen patrimonial del matrimonio cuando la ley sostiene que a falta de pacto en la convivencia los bienes adquiridos durante la convivencia se mantienen en el patrimonio al cual ingresaron (arg. art. 528 Cód. Civ. y Comercial).

Así, considera que la vivienda fue adquirida con anterioridad a la convivencia, y que las reparaciones, ampliaciones y bienes adquiridos fueron solventados con sus aportes personales, antes y durante la convivencia; razones todas ellas que impiden se admita la división de bienes en partes iguales como pretende la actora.

Que, con relación al planteo de compensación económica, destaca que la actora se limita a invocarla con fundamento en el art. 524 Cód. Civ. y Comercial. Que la normativa determina un plazo de caducidad a dicha pretensión fijado en 6 meses desde el cese de la convivencia, plazo que ha sido superado largamente, lo que determina su improcedencia.

Asimismo, respecto al planteo de enriquecimiento sin causa, aduce falta de fundamentación suficiente en dicha pretensión, no acompañándose prueba alguna que la avale. Que funda su pretensión en el art. 528 del Cód. Civ. y Comercial, norma a la que determina que a falta de pacto los bienes se mantienen en el patrimonio al que ingresaron.

Refiere a que la actora afirma haber efectuado aportes económicos para la adquisición de los bienes que detenta su parte, lo que no acredita y que sostiene constituiría el fundamento del enriquecimiento sin causa que plantea.

Entiende que el enriquecimiento sin causa se configuraría de otorgarle a la actora el 50% que reclama sobre los bienes de su propiedad, cuantificación que resulta tan solo un antojo de parte de esta.

Que el bien no fue adquirido durante la convivencia, y que la actora desconoce la fecha, el modo y la metodología de pago, dado que no intervino en dicha adquisición. Tampoco efectuó aportes económicos, ni de otro tipo, en cuanto a las refacciones de la vivienda, las que empezaron antes de la convivencia, y los que naturalmente no ha podido acreditar dado que fueron efectuados por su parte. Que la mayoría fueron realizados en efectivo en diversos corralones de la ciudad sin contar, por el tiempo transcurrido con las constancias, aunque acreditando la suficiente solvencia económica para realizar dichos pagos.

Con relación al rodado destaca que la actora desconoce sus datos. Afirma que durante sus primeros años de trabajo adquirió un vehículo modelo 2000 que no estaba a su nombre, que lo tuvo por unos años y lo vendió y en el 2006 se compró un Fiat Palio dominio ... que vendió en abril de 2009 (dinero que aportó a la casa, para su adquisición y refacciones), adquiriendo un Peugeot en el marzo de ese mismo año. Relata que, en el 2015, ya conviviendo con la actora, vende el Peugeot y adquiere el bien al que refiere la demanda, comprado con ahorros propios y la venta del anterior rodado, entregándolo en octubre del mismo año para adquirir otro vehículo a través de un crédito prendario (el cual a la fecha fue entregado a una concesionaria para su venta). Pretende así reseñar que el bien fue adquirido con aportes personales, el producido de la venta del vehículo anterior y un crédito prendario otorgado sobre el cual la actora no intervino ni aportó fondos, solventando su parte con bienes personales dicho crédito. Sostiene que, por tanto, no se configurarían los supuestos del enriquecimiento sin causa: su parte no se ha enriquecido dado que no ingresó a su patrimonio ningún bien, aporte económico o de otra índole por parte de la actora y tampoco se ha configurado empobrecimiento de la contraparte dado que no existieron bienes desplazados de su patrimonio para ingresar al suyo, requisito que ni siquiera se tuvo en cuenta para cuantificar el planteo.

Afirma que el art. 1794 Cód. Civ. y Comercial demanda una relación de causalidad entre el empobrecimiento y el enriquecimiento que no se cumple en este caso, como tampoco la existencia de una causa ilícita y que, además se genera un supuesto de inexistencia.

tencia de la acción ya que el art. 1795 Cód. Civ. y Comercial determina que la misma no es procedente si el ordenamiento jurídico concede al damnificado otra acción.

Seguidamente ofrece los medios probatorios que entiende hacen a su derecho.

A pág. 541, atento el planteo de caducidad formulado con relación a la compensación requerida se corre el correspondiente traslado a la parte actora, el cual es contestado a pág. 545.

Destaca la actora en este sentido que al momento de alegar formuló los planteos correspondientes a dicha defensa, recordando que por carta documento se reclamó la referida compensación. Señala además que no hay una fecha cierta del cese de la unión convivencial, el cual no es precisado por ninguna de las partes, razón por la cual, ante la duda, frente a un planteo de caducidad debe estarse a la vigencia del derecho, razones en la que sustenta se desestime lo requerido.

Abierta la causa a prueba a pág. 475, ofrece la propia la actora a pág. 481 ratificando la ya ofrecida en la demanda, haciendo lo propio la demandada a pág. 486 de la misma forma.

Agregándose las pruebas producidas a la causa, a pág. 512 se dispone clausurar el período probatorio, ordenado pasen los autos por su orden para alegar de bien probado, lo que realiza la actora a pág. 516 (pieza procesal acompañada a pág. 522), haciendo lo propio la demandada a pág. 518 (pieza procesal acompañada a pág. 528).

A pág. 519 se efectúa el llamamiento de autos para sentencia el cual, una vez firme y consentido (según constancias de la cédula electrónica enviada en SIS-FE) deja los presentes en condiciones de resolver.

Fundamentos:

I. Que, en primer lugar resulta necesario recordar que el tribunal interviniente no tiene la obligación de analizar y resolver las cuestiones planteadas por los justiciables en base a la totalidad de argumentos, consideraciones y elementos que los mismos aporten a la causa, bastando a tal fin se pondere los relevantes a los fines de dirimir el *thema decidendum*. En este sentido, se ha señalado que “los jueces no están obligados a considerar una por una todas las pruebas de la causa, sino solo aquellas que estimen conducentes para fundar sus conclusiones, como tampoco están constreñidos a tratar minuciosamente todas las cuestiones expuestas por las partes ni analizar los

argumentos que a su juicio no posean relevancia. La exigencia constitucional de que los fallos judiciales sean motivados, solo requiere una fundamentación suficiente, no una fundamentación óptima por lo exhaustiva” (1).

II. Cabe también aclarar que si bien la materia objeto del presente proceso pareciera referir más bien a cuestiones vinculadas con el derecho de familia, oportunamente el Tribunal Colegiado ante el que se planteó la demanda se declaró incompetente, remitiéndose las actuaciones por ante este Tribunal, el cual recibió la causa, siendo todo ello aceptado y consentido por las partes.

De esta forma, independientemente de la competencia o incompetencia de este Juzgador, conforme los términos del art. 2 *in fine* de la LOPJ, y considerando especialmente que me encuentro ante partes plenamente adultas y capaces donde no se ventilan cuestiones que hacen al orden público y las pretensiones son exclusivamente de orden patrimonial, entiendo corresponde resolver el presente proceso.

III. Efectuadas estas preliminares aclaraciones, corresponde ya adentrarse en el reclamo puntual de la presente causa.

De tal forma, trabada la litis a través de los planteos formulados en la demanda y en correspondiente responde, y existiendo consenso entre el actor y el demandado con relación a los puntos que infra se detallan, debe el Tribunal tener los mismos por ciertos y acreditados, dado que no se advierte cuestión en su contenido que afecte el orden público, la moral o las buenas costumbres.

En este sentido debe tenerse por cierto:

1. Que las partes convivieron por más de dos años, período en el cual no tuvieron hijos (demanda y su correspondiente responde);
2. Que el demandado trabaja en relación de dependencia para la firma Francovich SA (demanda y su correspondiente responde);
3. Que la unión convivencial cesó por mutuo acuerdo en el mes de abril de 2017 encontrándose el demandado en posesión del inmueble donde transcurrió la vida en común (demanda y su correspondiente responde);
4. Que el referido inmueble fue adquirido exclusivamente a nombre del demandado (demanda y su correspondiente responde, así como manifestaciones de las partes en la Audiencia de Proveído de Pruebas, p. 489 y ss.).

5. Que durante la convivencia la actora se dedicó a las tareas de la casa e iba a la casa de sus padres a ayudarles (demanda y su correspondiente responde).

Cabe destacar que si bien, como parte de la estrategia procesal de las partes, algunos de los hechos reconocidos y aceptados (por ej. la fecha de finalización de la relación) han pretendido desconocerse o considerarse como de difícil acreditación con posterioridad, su preliminar reconocimiento por ambas partes se presenta como una barrera infranqueable en el ámbito este proceso, impidiéndose con ello un obrar incoherente. No es permisible posibilitar que alguien asuma determinada postura para luego autocontradecirse en los reclamos ante la justicia. Ello lo impide el principio por el cual “nadie puede validamente ir contra sus propios actos” (2).

Asimismo, ante la negativa expresa del demandado, y con relación a las cuestiones relevantes de la causa, procura dirimirse:

a. La fecha de inicio de la unión convivencial;

b. Si la actora efectuó aportes de algún tipo a los fines de adquirir o refaccionar bienes que hoy detenta el demandado.

c. En su caso, si se ha configurado un supuesto que admita la procedencia del planteo de división de bienes, compensación económica y/o enriquecimiento sin causa.

Que en “en orden a lo prescripto por las normas del *onus probandi*, el actor debe probar los hechos, antecedentes de la norma invocada, como fundamento de su pretensión, y cada litigante debe acreditar los hechos y circunstancias en los cuales apoya sus pretensiones o defensas y si el demandado alega hechos distintos de los invocados por el actor para fundar su demanda, le incumbe a aquel probar la veracidad de sus aseveraciones”; y “Cada parte soporta la carga de la prueba de todos los presupuestos, aún negativos, de las normas sin cuya aplicación no puede tener éxito su pretensión procesal; concretamente, la prueba de los hechos constitutivos, extintivos o impeditivos, corresponde a quien los invoca a su favor” (3).

Que, cabe señalar, que tanto la doctrina como la jurisprudencia están contestes en afirmar que la carga de la prueba es una noción procesal que indica al juez cómo debe valorarla para fallar cuando no se encuentran pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundar su decisión e, indirectamente, establece a cuál de las partes interesa acreditar tales hechos, para evitarse consecuencias desfavorables. Así, el juzgador ha de contar con ciertas reglas que le permitan establecer cuál de las partes ha de sufrir

las consecuencias perjudiciales que pueda provocar la incertidumbre sobre los hechos controvertidos, de suerte tal que el contenido de la sentencia resulte desfavorable para la parte que, no obstante haber debido aportar la prueba correspondiente, omitió hacerlo. En síntesis, dichas reglas solo revisten importancia práctica ante la ausencia o insuficiencia de elementos probatorios susceptibles de fundar la convicción judicial en el caso concreto, indicando por un lado al juez cuál debe ser el contenido de la sentencia cuando concurre aquella circunstancia; y previendo, por el otro lado, a las partes, acerca del riesgo a que se exponen en el supuesto de omitir el cumplimiento de la respectiva carga (4).

Que, por otra parte, si se considera que la carga de la prueba debe repartirse entre los litigantes con el fin de producir convicción en el magistrado acerca de la verdad de lo que dicen, ninguna regla jurídica ni lógica releva a la parte de realizar la prueba de sus negaciones. No obsta que pueda existir una cierta indulgencia respecto de los que tienen que probar hechos negativos dadas las dificultades inherentes a tal situación, habiéndose construido al respecto la doctrina que sostiene que para el caso de prueba muy difícil los jueces deben atemperar el rigorismo del derecho a fin de que no se hagan ilusorios los intereses legítimos, acudiendo a criterios de normalidad para liberar, frente a ciertas proposiciones negativas de ardua demostración, al litigante que hubo de producir prueba y no la produjo. Sin embargo, estas soluciones no quitan entidad al precepto general de que los hechos negativos, tanto como los expresados en forma positiva, son objeto de prueba. Además, puesto que las proposiciones negativas son comúnmente la inversión de una proposición afirmativa, no puede quedar sujeta a incertidumbre la suerte de la carga de la prueba, toda vez que admitir lo contrario sería entregar a la voluntad de la parte y no a la ley la distribución de este aspecto tan importante de la actividad procesal (5).

Ahora bien, la solución planteada hasta aquí en materia de cargas probatorias no hace más que responder a los principios generales en dicha cuestión, sin embargo, en este caso puntual, se demanda la necesidad de atender a las particulares circunstancias del caso concreto.

Y es que, el planteo de marras debe plantearse desde la perspectiva de género, y en clave de Derechos Humanos. En efecto, existe un imperativo constitucional y supranacional que demanda hacer efectiva la igualdad que las normas pregonan (arg. arts. 1, 2 y 3 Cód. Civ. y Comercial), existiendo patrones socio-culturales que imponen considerar especialmente las circunstancias del caso, donde no se definen los derechos de, por ejemplo, dos empresas.

La perspectiva de género se evidencia como una herramienta esencial para eliminar desigualdades creadas a partir de condiciones sociales, culturales, políticas, económicas y jurídicas, históricamente creadas a partir del sexo biológico. Constituye una de las medidas especiales destinadas a eliminar la desigualdad fáctica entre hombres y mujeres, a los fines de garantizar una igualdad real por sobre la meramente formal (art. 4.1, Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer —CEDAW—), y “modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres con miras a alcanzar la eliminación de prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basadas en la idea de superioridad o inferioridad de cualquiera de los sexos, o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres” (art. 5.a, CEDAW).

En el caso, entre los efectos concretos y palpables que debe otorgar la perspectiva de género se plantea el de morigerar las cargas probatorias, llegando aún a su inversión, siendo el demandado el que tiene que probar que la diferencia de trato económico dentro de la unión convivencial generada se encuentra justificada por ser el medio menos restrictivo para cumplir un fin legítimo (6).

Las personas vulnerables requieren de un esfuerzo adicional para gozar de sus derechos fundamentales en un pie de igualdad, esfuerzo que en ciertos supuestos puede demandar una inversión en la carga de la argumentación, pesando sobre el demandado en este caso concreto la acreditación de las razones que imponen la exclusión económica de la conviviente dentro del vínculo generado, especialmente ante la existencia de normas (como analizaré más abajo) que brindan una solución diferente. Naturalmente lo señalado no implica imponer la totalidad de las cargas procesales en cabeza de una sola de las partes, sino que más bien se asemeja a la aplicación de las teorías de las cargas dinámicas, supuesto que demanda que ambas partes realicen el pertinente esfuerzo probatorio, aunque se exige un brío mayor en quien no se presenta como el vulnerable dentro de la relación.

IV. Determinadas las consideraciones sobre las que sustentaré la totalidad del análisis del caso, y previo a acceder a su resolución, considero necesario resolver la tacha de testigo generada durante la audiencia de producción de prueba, dado que sus declaraciones detentan importancia en la resolución del conflicto, siendo este el momento procesal oportuno a tal fin.

En tal sentido cabe recordar que las tachas deben interpretarse restrictivamente (7) y en caso de duda no deben prosperar (8), dado que la idoneidad del testigo se presume (9).

Se señala en el caso que la relación de parentesco existente entre el testigo y la actora (tío/sobrina) conlleva a un tinte de parcialidad en sus declaraciones.

Adelantando mi opinión debo reseñar que el planteo no contará con favorable acogida. En primer lugar no debe dejar de considerarse que nos encontramos ante un supuesto de los llamados testigos necesarios, dado que justamente en la relación de parentesco existente entre las partes se sustentaban las prestaciones que el testigo desarrolló, siendo únicamente este quien podría acreditar y dar razón de los hechos acaecidos (10).

Asimismo, las circunstancias que puedan inclinar a un testigo a ser parcial en sus declaraciones deben evidenciar un interés directo y de cierta magnitud que haga verosímil esa inclinación (11), efectivizada en dichos falsos, contradictorios o reveladores de que no estuvo en condiciones de conocer los hechos, o que resulten desvirtuados por los demás elementos de prueba (12). Nada de esta situación ha sido señalada ni acreditada por la demandada (quien se limita a presumir la parcialidad a partir de la relación de parentesco existente) ni se evidencia en la causa.

Conforme lo expuesto la tacha planteada es desestimada sin más.

V. Resuelta esta cuestión que entiendo preliminar, corresponde me adentre en el análisis de las pretensiones de la actora: división de bienes adquiridos durante la vigencia de la unión convivencial, compensación económica y enriquecimiento sin causa.

Cabe en este punto recordar que lo que califica la acción no es la denominación que le dé el accionante, sino los hechos en que sustenta su pretensión: la naturaleza de la pretensión surge de los hechos expuestos en la demanda y no del derecho que se ha invocado y, la correcta recalificación judicial, no afecta el derecho de defensa de la demandada (12). De esta forma, el juez tiene el deber de discernir los conflictos litigiosos y dirimirlos según el derecho vigente, calificando autónomamente la realidad fáctica y subsumiéndola en las normas jurídicas que la rigen. La acción, en efecto, se individualiza por los hechos (13).

V.a) División de bienes adquiridos.

Más allá del debate existente con relación a la fecha de inicio de la unión convivencial que existió entre las partes (cuestión sobre la que volveré más abajo), conforme los textos legales vigentes al momento de la extinción de la relación (Cód. Civ. y Comercial atento lo dispuesto por el art. 7 de dicho cuerpo normativo), y aún cuando pudiera interpretarse que ciertos bienes fueron adquiridos por el demandado durante la

vigencia de dicha relación, la pretensión de división de los bienes adquiridos por el Sr. S., deviene improcedente.

En tal sentido, el art. 528 Cód. Civ. y Comercial dispone que a falta de pacto los bienes adquiridos durante la convivencia se mantienen en el patrimonio al que ingresaron. Y es que, como destaca en demandado, la unión convivencial no produce un régimen de bienes entre los convivientes (como podría ocurrir en el matrimonio), razón por la cual el Cód. Civ. y Comercial, en forma supletoria, dispone la solución reseñada: la propiedad de los bienes se conservará dentro del patrimonio del conviviente al cual ingresaron y a cuyo nombre figuran inscritos o que se encuentren bajo su poder si se trata de muebles no registrables. Existiendo consenso entre la actora y la demandada con relación a que los bienes cuya división de pretende accedieron oportunamente al patrimonio del Sr. S., y ante la falta de acreditación de la configuración de un pacto que brinde una solución diferente, la pretensión de división de los bienes debe desestimarse.

Los ex convivientes no registraron su unión (o al menos no lo acreditaron en la causa), ni celebraron pacto de convivencia alguno (o al menos no lo acreditaron en la causa), razones que conllevan a que los bienes ingresados al patrimonio del demandado, aún cuando fueran adquiridos durante la vigencia de la unión, deban permanecer en el mismo.

Naturalmente la regla no es absoluta, y la misma norma admite la posibilidad de recurrir a diferentes acciones de derecho común (vg. enriquecimiento sin causa) para que la realidad económica de esa unión y de los bienes no sea ignorada (14), cuestión que será analizada más adelante.

V.b) Compensación económica.

Con relación a esta pretensión, y más allá de haberse configurado o no el plazo de caducidad que establece la norma para su reclamo (cuestión que podría llegar a generar algunas dudas dada la existencia de una carta documento que remitiera la actora a la demandada y que no fuera recepcionada por esta debidamente), entiendo que no están dados los presupuestos sustanciales de procedencia de la compensación económica en los términos del art. 524 Cód. Civ. y Comercial.

En efecto, no se ha acreditado en momento alguno en el proceso que la actora haya padecido renunciamentos, postergaciones o sacrificios en beneficio del demandado, así como que no haya podido hacer realidad legítimas expectativas laborales o profesionales en razón de la unión convivencial iniciada.

La compensación reclamada, novedosa institución, debe poner su acento en el futuro, en el sentido de contribuir al auto valimiento del miembro más débil o vulnerable de la pareja, pero sin perder de vista el pasado, pues el desequilibrio del cónyuge debe haber tenido causa adecuada en la convivencia y en su ruptura.

Conforme los elementos aportados al proceso, del análisis de la situación patrimonial existente al inicio de la convivencia y, como contrapartida, la que existía al final de la relación, no se observa desproporción ni desigualdad desventajosa por parte de la actora que amerite la procedencia del reclamo en este sentido.

Es más, conforme sus propios dichos y los testimonios brindados ingresó a la relación sin trabajo formal y egresó de la misma como monotributista (ver p. 62 y ss.). Asimismo, respecto al demandado, este continuó desarrollando su tarea en relación de dependencia en el mismo ámbito profesional que detentaba antes de comenzar la unión con la actora.

De esta forma no se advierte, o al menos no se ha acreditado, que el proyecto laboral de alguna de las partes se haya visto alterado por la unión y su ruptura, ni se ha configurado el requisito de desequilibrio económico manifiesto que demanda la norma. Razones todas ellas que conllevan a la desestimación de esta pretensión.

V.c) Enriquecimiento sin causa.

Diversa será la suerte del reclamo con relación a este último rubro, conforme el análisis que desarrollaré seguidamente.

Cabe en este aspecto destacar en primer término que el instituto debe considerarse una fuente autónoma de obligaciones (15), fuente que naturalmente puede resultar aplicable (de configurarse sus presupuestos) en el ámbito del derecho de familia (en tal sentido el art. 528 Cód. Civ. y Comercial ya citado remite a la misma expresamente).

De esta forma, la disposición establecida en el art. 1716 Cód. Civ. y Comercial (deber de no dañar) resulta plenamente aplicable en este ámbito y, naturalmente da lugar a la reparación del daño que se cause.

No existe norma en el Cód. Civ. y Comercial que prohíba el reclamo y, a su vez, el derecho de familia integra el sistema del Cód. Civ. y Comercial (está regulado dentro de él, no en una legislación autónoma), por lo que resultan aplicables a las relaciones de familia, las normas que regulan la responsabilidad civil. Esta opción responde a la convicción que el Derecho de Familia es Derecho Privado (16).

Justamente se destaca que la reparación de los perjuicios en el ámbito de las relaciones de familia se torna ineludible si se dan los requisitos de la responsabilidad civil. Es en el ámbito familiar donde el individuo se puede desarrollar y al mismo tiempo es en este ámbito íntimo donde más se puede dañar al otro (17).

De esta manera, para determinar la procedencia de la indemnización de dichos daños resulta pertinente integrar los principios generales (como el no dañar a otro), junto con principios propios de las relaciones de familia (igualdad, libertad, solidaridad, cuestiones de género, etc.) y los propios de la responsabilidad civil (prevención y reparación) (18).

Lo reseñado aplica, evidentemente, al supuesto de las uniones convivenciales, donde si bien el inicio y el fin de la convivencia de hecho constituyen de un derecho de libertad, es individualizable un límite: la solidaridad y la buena fe. Violado ese límite, el ejercicio abusivo de la libertad deviene ilícito y no puede faltar aquella forma mínima de tutela representada por el resarcimiento de daño.

De tal forma, desestimadas las anteriores pretensiones corresponde determinar la procedencia del reclamo fundado en el enriquecimiento sin causa que habría beneficiado al demandado (arg. art. 1794 Cód. Civ. y Comercial).

En este punto, y ponderando los elementos probatorios conforme fuera reseñado más arriba debe acreditarse que el demandado se ha enriquecido patrimonialmente, el empobrecimiento del actor, la relación causal existente entre ambos, la ausencia de justificación sobre dicho enriquecimiento y la inexistencia de otras vías jurídicas adecuadas para satisfacer la pretensión.

Conforme las constancias acompañadas a la causa no cabe duda alguna que la actora realizó aportes concretos y directos en las tareas de reparación, acondicionamiento y mejora del inmueble.

Ello fue desarrollado a través de aportes directos efectuados por terceros cuyas tareas solo pueden justificarse en razón del vínculo existente con la actora, conforme surge de las testimoniales producidas (su tío quien viajó desde el exterior a fin de efectuar tareas del albañilería durante un largo período en el bien junto con un ayudante, sus padres que alojaron a su tío y el ayudante en ese lapso y además les facilitaron el uso de una especie de cuenta corriente en el corralón de materiales, independientemente de quien fuera el que abonara posteriormente los mismos acreditándose que ambos efectuaban pagos). Pero también coloró a través de la prestación de aportes económico indirectos a partir de las tareas que desarrollaba en el

hogar (expresamente reconocidas por el demandado) y el trabajo en el negocio de su padre (independientemente que le fuera remunerado o se vinculara con los aportes detallados en el párrafo precedente), que conforme las testimoniales producidas ambos integrantes de la pareja desarrollaban (aunque con mayor regularidad la actora).

Cabe recordar que las tareas vinculadas a los denominados “quehaceres del hogar”, tienen un valor económico, que debe ser reconocido de manera efectiva y palpable. Así lo reconoce expresamente el art. 660 del Cód. Civ. y Comercial. “El trabajo no remunerado es esencial para que cada día se reproduzca la fuerza de trabajo, sin la cual el sistema no puede subsistir. Es decir, el funcionamiento económico se recuesta en la existencia de ese trabajo, que como muestran múltiples encuestas, está muy mal distribuido entre varones y mujeres. Esta situación, además de ser injusta, implica una serie de desventajas a la hora de la participación económica de las mujeres, y explica la persistencia de la desigualdad económica del género. Se lo llama técnicamente trabajo de reproducción. La reproducción humana ha sido y es realizada por la mujer, lo que permite la supervivencia de individuos y sociedades” [...] “También se utiliza el término trabajo de la reproducción en lugar de trabajo doméstico, por considerarse que la denominación tiene un alcance mayor al atribuido habitualmente a este último tipo de tareas. Así, puede afirmarse que el escenario de la actividad de reproducción es el hogar y la familia, por lo cual también se lo llama trabajo de cuidado” (19).

Se destaca que el art. 660 Cód. Civ. y Comercial visibiliza a nivel normativo el contenido económico de dichas tareas, las que objetivamente insumen una cantidad de tiempo real que se traduce en valor económico, ya que el tiempo, en una sociedad compleja como la contemporánea, es una de las variables de mayor, sino exclusivo, contenido económico (20). El mismo Cód. Civ. y Comercial en su art. 455 dispone que se debe considerar que el trabajo en el hogar es computable como contribución a las cargas.

Naturalmente los aportes reseñados aliviaban proporcionalmente al demandado quien podía destinar el dinero a la construcción de la casa (con los descuentos que señala el testigo N. S. les hacía dado que era para su sobrina) —que finalmente quedó en su patrimonio y hoy posee— y/o a mejorar el vehículo que poseía.

Ya durante la vigencia del Código anterior se planteaba que el demandado —o sus herederos— no pueden beneficiarse injustamente con los frutos de otros, lo que es imposible que sea amparado. En definitiva, debe evitarse que, una vez llegada la hora de la separación, una persona se enriquezca sin causa, a expen-

sas de la otra. Así, la jurisprudencia ha encontrado en el enriquecimiento sin causa la vía adecuada para encauzar las divergencias patrimoniales entre concubinos, por no haberse podido probar, y por lo tanto, encuadrar en otras situaciones jurídicas. En tal sentido, si no se admitiera el enriquecimiento sin causa, importaría consagrar una inmoralidad mayor; por lo que su aplicación evitaría perpetrar un daño irreparable (21).

Conforme lo expuesto, los aportes efectuados por la actora, los que evidentemente han generado un enriquecimiento en el patrimonio del actor, deben ser tenidos en cuenta. El enriquecimiento generado se evidencia claramente, las testimoniales obrantes en la causa refieren a una casa “hecha a nuevo” y se describen numerosas tareas de acondicionamiento, reparación y refacción. Evidentemente se han incorporado ventajas de carácter pecuniario en el patrimonio del demandado.

Dicho enriquecimiento (que eventualmente podría fundarse en la convivencia, razón por la cual al extinguirse la misma se extingue también su fundamento) se vincula claramente con el empobrecimiento padecido por la actora la que si bien no sufrió el desplazamiento de un bien de su patrimonio hacia el del demandado o el de un tercero (pérdida de un bien), sufrió la pérdida de una expectativa de las ventajas o ganancias (22) que conllevaría principalmente el hogar propio (advértase que conforme las constancias de autos —poder otorgado— la actora vive actualmente con sus padres).

En efecto, la separación le ha generado la pérdida de una ganancia o beneficio que esperaba percibir, la que se evidencia en clara correlación con el enriquecimiento generado, ambos en apropiada relación causal ya que de no haber existido la relación afectiva la actora no habría aportado elemento alguno.

De esta forma, corresponde reconocer jurídicamente el esfuerzo que la actora puso tanto en construir la casa que sería el hogar que integraba el proyecto de vida en común de la pareja, como los ingresos que dieron alivio al demandado para adquirir, por ejemplo, su rodado (no cabe la posibilidad de presumir por parte de la actora la intención de llevar a cabo una liberalidad).

Dicho reconocimiento conlleva evitar el despojo total de los aportes de uno de los miembros, que beneficiaría sin causa al otro. En caso contrario habría una transmisión patrimonial de uno de los integrantes de la unión hacia el otro, sin ninguna contraprestación lícita que se constituya como causa del negocio jurídico. El principio del enriquecimiento sin causa

aparece nítido en su aporte para solucionar los conflictos patrimoniales entre convivientes, de cara a la ruptura de la unión (23).

Se evidencia finalmente también configurado el requisito de la subsidiariedad. La actora carece de otra acción apta para obtener la reparación del empobrecimiento: a) no estaban casados; por lo tanto, no hay derechos derivados de la ganancialidad; b) no podía plantear una división de condominio, porque no está acreditada la existencia de tal derecho real y c) tampoco podía interponer una demanda laboral (cuando esa colaboración no llega a revestir la calidad de aporte de trabajo, no habrá sociedad de hecho, y cuando no se den las condiciones propias de un contrato de trabajo, quedarán sin posibilidad alguna de reclamar en base a esas situaciones jurídicas (24)).

Conforme lo expuesto se han configurado en el caso los requisitos para que proceda el resarcimiento del detrimento patrimonial sufrido por la actora, generado en razón del enriquecimiento del demandado, el correlativo empobrecimiento de primera, la relación de causalidad entre uno y otro, la falta de causa (no existió *animus donandi*) y la inexistencia de otras vías jurídicas adecuadas para encauzar el reclamo.

Resta por tanto proceder a la cuantificación del rubro admitido.

VI. Resarcimiento por el enriquecimiento incausado.

Adentrándome ya en este concepto cabe advertir, como lo reseñara la jurisprudencia (aunque con relación al instituto de la compensación económica) que su determinación hace cargar al juzgador con la tarea de establecer una suma en dinero que será siempre discrecional. No hay una fórmula matemática, sino que se trata por un lado de compensar la situación en que quedó el cónyuge desventajado, pero, a la vez, hay que ser cuidadoso para no imponer al otro cónyuge una carga excesivamente gravosa (25).

Sin embargo, en el ámbito del instituto del enriquecimiento sin causa se pretende el reembolso o restitución en la medida que el demandado se haya enriquecido, sin considerar los perjuicios que ha sufrido la actora ya que no se constituye como una indemnización por daños y perjuicios (26)). Sin embargo, en el caso concreto, y a partir de este juzgamiento que se impone con perspectiva de género a través de los mandatos constitucionales y convencionales, se exige considerar ciertas pautas que no pueden soslayarse porque se relacionan directamente con la situación de las partes, tanto del deudor —en cuanto a su capacidad de pago—, como de la acreedora.

En tal sentido, y como ya ha determinado cierta jurisprudencia (27), considero que corresponde aplicar analógicamente las pautas para la fijación judicial de la compensación económica desarrolladas en el art. 525 Cód. Civ. y Comercial.

Así, en primer lugar corresponde analizar el estado patrimonial de cada uno de los convivientes al inicio y finalización de la unión conforme los elementos aportados a la causa.

En tal sentido la actora carecía de bienes la inicio de la relación, situación que no varió en momento alguno. Respecto al demandado resulta evidente que contaba con un vehículo, cuyo modelo fue cambiando, accediendo a un crédito prendario a tal fin. Asimismo, con relación al inmueble sobre el que hoy detenta la posesión, más allá de la dificultad probatoria en orden a acreditar si el mismo fue adquirido con anterioridad al inicio de la convivencia o no (la actora señala que la misma comenzó en el 2008 y la demandada reconoce que se inició a fines del 2009 o principios del 2010 conforme la absolución producida —el inmueble se señó en mayo de 2009—, resulta evidente que durante el transcurso de la misma fue notoriamente mejorado y acondicionado, pudiendo además inferirse (dada la fecha de adquisición) que su compra obedecía a un proyecto en común, indicio claro y conducente que no se ve afectado por elemento alguno que se haya aportado a la causa.

Respecto de la dedicación a la familia y la crianza y educación de los hijos, cabe aclarar que las partes no tuvieron hijos en común.

En este punto, ya he reseñado que los convivientes tienen obligación de contribuir a los gastos domésticos de conformidad con lo dispuesto en el art. 455 Cód. Civ. y Comercial (art. 520 Cód. Civ. y Comercial), norma que en su último párrafo dispone que el trabajo en el hogar es computable como contribución a las cargas.

La actora tiene, a la fecha 32 años (si bien no está agregada su acta de nacimiento, su fecha de nacimiento se informa en el poder otorgado a pág. 4: 6 de junio de 1988) y no consta en autos —ni fue postulado— que tenga problemas de salud. El actor tiene 42 años (según manifiesta a pág. 468 vta. de su contesta demanda, fecha de nacimiento 01/10/1977) y no ha sido alegada falta de salud.

S. ha desempeñado tareas en el negocio de sus padres y, ya cerca del fin de la relación se ha inscripto como monotributista. No ha sido invocado ni surge de las constancias de autos que ella se capacitara para otras tareas o que haya estudiado alguna carrera. Respecto de la colaboración a las actividades del otro

conviviente, ya fue expresado las tareas que concretó en la construcción de su casa.

Finalmente, cabe recordar que la vivienda no ha sido atribuida a la actora, acreditándose en la causa (ver domicilio denunciado en autos y en el poder) que convive actualmente con sus padres debiendo, si pretendiera vivir sola, acceder (al menos) a la locación de un vivienda.

Ahora bien, lamentablemente, de los elementos aportados a la causa no se evidencian parámetros numéricos a fin de establecer un monto resarcitorio prudencial, por lo que, según art. 245, Cód. Proc. Civ. y Comercial, se procederá conforme se detalla en el considerando siguiente.

Y es que, si bien se acompaña una tasación privada, dicho documento no ha sido reconocido por su emisor. En este sentido, se ha señalado que para que puedan valer en un juicio los documentos emanados de terceros, que son instrumentos privados, hay que “demostrar” que emana de la persona que se atribuye (art. 176 del CPCCSF). Por ello el art. 181 del CPC al referirse a los documentos emanados de terceros determina que su valor probatorio no emana de su texto, sino del contenido de la testimonial que certifique su autenticidad”. Situación que no se ha configurado en esta causa (28).

A mayor abundamiento, si bien la tasación fue enunciada como documental fundamente de la demanda no fue acompañada en dicho momento ni cuando fue ofrecida como prueba, impidiéndose así la bilateralidad en su control.

Es decir, se reconoce un crédito a favor de la actora, pero no hay elementos en autos que permitan determinar la cuantía del rubro resarcimiento por enriquecimiento sin causa. Conforme se ha desarrollado, hay prueba fehaciente que para sustentar el pronunciamiento sobre la procedencia del rubro pero hay imposibilidad de arribar a su determinación cuantitativa.

Al respecto, ha dicho Peyrano que si el juez puede establecer prudencialmente y discrecionalmente la cuantía de un ítem incierto, “a fortiori” podrá disponer la sustanciación de un juicio sumarísimo (de trámite breve pero revestido de todas las garantías inherentes a la bilateralidad de la audiencia) al mismo efecto (29).

Conforme lo expuesto corresponde hacer lugar al presente rubro, ordenando a la demandada que pague a la actora para resarcir el empobrecimiento de esta, consecuenta a su enriquecimiento sin causa, un monto equivalente al veinticinco por ciento (25 %) del

valor actual del inmueble situado en Pasaje Centro de Rosario y de un vehículo de similares características al adquirido por el actor a la fecha de la extinción de la convivencia (Vollswagen Vento 2-5. sedán 4 ptas. modelo 2012-conforme el título acompañado a pág. 52).

A los fines de la determinación de dicho monto se deberá tramitar, como incidente del presente (arts. 387, inc. c), subinc. 3) y 413 y ss. del Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Que la solución procesal a esta clase de situaciones se encuentra en el art. 265 CPCyCSF, debiendo determinarse dichas sumas a través de un proceso sumarisimo. Sin embargo, dicha norma debe ser interpretada en forma integral, en el contexto del régimen y ordenamiento vigentes.

En tal sentido, y conforme los principios de la economía procesal y la prevención del daño entiendo que, previo a disponer el inicio de un proceso sumarisimo en orden a determinar el quantum indemnizatorio, y firme que estuviere la presente, en el contexto del llamado mandato preventivo, corresponde exhortar a las partes a iniciar un período de negociación de 45 días corridos a los fines de arribar a una amigable composición de los intereses en conflicto.

Sustentan tal solución, como se reseñara, la prevención general del daño, de fuente constitucional (art. 19 CN) y principios generales del derecho, tales como la buena fe y la proscripción del abuso del derecho (arts. 9 y 10 Cód. Civ. y Comercial). A través de dichas normas puede evidenciarse un deber legal de las partes de habilitar una instancia de negociación con la finalidad de autocomponer los derechos en disputa, mediante el emplazamiento legal canalizado como mandato preventivo (arts. 9, 10, 1032, 1710 y 1713 Cód. Civ. y Comercial) (30).

Y es que la tutela preventiva o anticipación del daño se evidencia como un nuevo paradigma que se constituye como un nuevo principio del derecho privado, que se evidencia de las normas específicas de prevención del Cód. Civ. y Comercial, las propias de subsistema de los contratos y tipos negociales que prevén la renegociación, los contratos de larga duración, la imprevisión, la renegociación en materia de locación y normas complementarias como por ej. las tratativas preliminares. Todo ello en aras a lograr una más justa composición de litigio dado que en el presente proceso quedan pendientes cuestiones patrimoniales a resolver.

De tal manera, firme que estuviere la presente, las partes deberán iniciar un proceso de negociación formal con sustento en la buena fe y conforme los prin-

cipios de autonomía de la voluntad y colaboración, en actitud activa y con el fin de arribar a un común acuerdo en orden a la reparación del rubro admitido.

En dicho procedimiento, las partes deberán realizar las operaciones necesarias para la valuación de los bienes referidos; luego, una vez determinados esos valores, se realizará la operación aritmética pertinente a fin de obtener el monto líquido que surja de aplicar el porcentaje indicado sobre el total valuado. De ese modo se determinará el monto líquido a percibir.

A tales fines, la parte demandada deberá presentar en el domicilio legal de la actora (por medios físicos o electrónicos) en un plazo de 10 días hábiles de iniciado el presente proceso, una oferta concreta, expresa, detallada y documentada a partir de la cual se comenzará la negociación propiamente dicha, debiendo ambas partes dar estricto cumplimiento a los deberes de información y colaboración, sobre las bases de las reglas y principios de los arts. 990 a 992 Cód. Civ. y Comercial, atendiendo a la aplicación de las reglas de la menor restricción de derechos, la aplicación del medio menos lesivo y procurar la eficacia de la negociación, como prescribe el art. 1713 Cód. Civ. y Comercial, sin incurrir en ejercicio irregular, abusivo o de mala fe de los derechos.

La actora, recibida la oferta dispondrá de un plazo de 10 días hábiles para responder, aceptar, reformular o realizar nuevas propuestas, las que también deberá fundar debidamente.

Finalizado el período de negociación, y de no arribarse a un acuerdo se encontrará habilitada la vía sumarisima referida a la que deberán las partes acompañar la documentación generada durante el proceso de negociación y dar razones de su frustración.

Las presentes reglas procuran simplemente dar un marco de contextualización al proceso de negociación, resultando de carácter supletorio a lo que las partes puedan convenir en ejercicio de la autonomía de la voluntad.

VI. a) Intereses.

Corresponde finalmente determinar la tasa de interés que se debe fijar en el supuesto a los fines de su aplicación al rubro admitido precedentemente.

Que no habiéndose determinado a la fecha el monto en relación al resarcimiento por el enriquecimiento causado, el mismo constituye una deuda de valor.

En tal sentido cabe recordar que las deudas de valor son aquellas en las que no hay una referencia inicial

a una cantidad de dinero, sino a un valor, y donde el dinero aparece solo como sustitutivo de la prestación dirigida a proporcionar bienes con un valor intrínseco (31).

Así, hasta el momento de su determinación, la deuda de valor es susceptible de experimentar los ajustes que permitan una adecuada estimación del valor adeudado, debiendo realizarse dicha determinación en correspondencia con el que sea el valor real y actual de la utilidad patrimonial abstracta. Una vez “liquidada” la deuda, cambia la índole de la obligación por razón de su objeto, convirtiéndose en obligación de dar dinero, quedando de ahí en más sujeta al principio nominalista. Queda así cristalizado el objeto debido y resultando convertida la deuda de valor en deuda de dinero.

En este sentido, teniendo en cuenta que en la deuda de valor el capital es reajustado, los intereses correspondientes a dichas obligaciones deben ser calculados con una tasa especial, reducida respecto de las del interés corriente —que abarca, entre otras, la tasa de depreciación—, procediendo aplicar únicamente el interés puro que corresponde a la renta del capital (32).

De esta forma, en virtud de lo dispuesto por el art. 772 Cód. Civ. y Comercial y los argumentos expuestos, dicha deuda devengará desde el día del hecho (abril de 2017, fecha en la que cesó la unión convivencial por mutuo acuerdo) y hasta la fecha de su cuantificación (conforme el procedimiento indicado en los fundamentos) un interés del 8% anual. Y, desde dicha cuantificación, momento a partir de la cual se considera una deuda de dinero (arg. art. 772 Cód. Civ. y Comercial), y hasta la del efectivo pago, un interés equivalente a la tasa activa sumada del Nuevo Banco Santa Fe SA.

En relación a las deudas de dinero, se sigue el precedente Samudio (33), y, como refiere el fallo citado, la reparación que debe otorgarse a las víctimas de un daño injusto tiene que ser integral a fin de dar cumplimiento a lo que dispone la norma del art. 1083 del Cód. Civil. Entonces, para que aquella sea realmente retributiva los intereses tienen que compensar la indisponibilidad del capital durante el transcurso de la mora, además de cubrir la pérdida de su valor adquisitivo.

La tasa de interés moratorio debe ser suficientemente resarcitoria en la especificidad del retardo imputable que corresponde al cumplimiento de la obligación dineraria con la finalidad, entre otras, de no prolongar la ejecución de la condena indemnizatoria en detrimento del patrimonio de la persona damnificada. Con el objeto de mantener incólume la

cuantía de la obligación deben fijarse tasas de interés positivas en procura de evitar que, debido a la demora en el pago imputable al obligado, el acreedor reciba una suma nominal depreciada, en lugar de la justa indemnización que le corresponde para enjugar el daño padecido.

De ahí que, en una economía donde la inflación es igual a cero cualquier tasa, aún la pasiva, es una tasa positiva. Pero frente a la creciente desvalorización monetaria, la tasa pasiva no repara ni siquiera mínimamente el daño que implica al acreedor no recibir su crédito en el tiempo oportuno, a la par que provoca un beneficio para el deudor moroso. Se agrega a ello que hoy nadie puede desconocer la desvalorización monetaria, reconocida inclusive por los propios índices que publica el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos.

En razón de las circunstancias económicas puestas de relieve y dado que la modificación introducida por la ley 25.561 mantuvo la redacción del art. 7 de la ley 23.928, prohibiendo toda actualización monetaria, indexación de costos y repotenciación de deudas cualquiera fuera su causa, se hace necesario que la tasa de interés moratorio guarde relación con los cambios operados. De tal manera, al encontrarse la tasa actualmente obligatoria por debajo de los parámetros inflacionarios no es retributiva y se aleja de la finalidad resarcitoria de este tipo de interés.

Una tasa —como la pasiva—, que se encuentra por debajo de los índices inflacionarios, no solo no repara al acreedor sino que beneficia al deudor que dilata el pago de la deuda.

Es por ello que la tasa de interés debe cumplir, además, una función moralizadora evitando que el deudor se vea premiado o compensado con una tasa mínima, porque implica un premio indebido a una conducta socialmente reprochable. Al tratarse de deudas reclamadas judicialmente debe existir un plus por mínimo que sea que desaliente el aumento de la litigiosidad.

VII. Costas.

Si bien se hizo lugar parcialmente a la demanda, la reducción en las pretensiones de la actora resulta relativamente insignificante, en los términos del art. 252 *in fine* del Cód. Proc. Civ. y Comercial.

Es sabido que la distribución de costas consiste en imponerlas a los litigantes en un porcentaje proporcional al éxito y correlativa derrota de cada uno.

Por ello, tiene un papel primordial la prudencia del arbitrio judicial, a fin de evaluar la real trascen-

dencia de las pretensiones admitidas y desestimadas. En suma, para determinar quién es, sustancialmente, vencedor y vencido; dicha regla está subordinada a las circunstancias particulares del caso y se trata de la aplicación de un criterio jurídico, no matemático. Así, se ha reseñado que “...cuando es rechazada una pretensión, pero resulta acogida favorablemente otra alternativa o subsidiaria, el resultado causalístico es de éxito y correlativo vencimiento total” (34).

Conforme lo expresado, entiendo que los rubros no concedidos son de escasa entidad respecto de los que sí se consideraron precedentes; aserción a partir de la cual el demandado ha resultado vencido en este pleito, correspondiendo, conforme lo dispuesto por el art. 252 Cód. Proc. Civ. y Comercial, que las costas se impongan en su totalidad al mismo.

En virtud de lo expuesto, resuelvo: 1) Admitir parcialmente la demandada y condenar a la demandada a abonar a la actora el rubro admitido en el monto y condiciones detallados y con más los intereses dispuestos en los fundamentos; 2) Imponer las costas al demandado; 3) Diferir la regulación de honorarios hasta tanto se practique planilla definitiva. Insértese y hágase saber. — *Marcelo C. M. Quaglia*.

(1) CCyC de Rosario, sala 3, 29/07/2010, “Piancate-lli c. Ryan de Grant”, www.legaldoc.com.ar.

(2) Borda, Alejandro; “La teoría de los actos propios”, Ed. Abeledo-Perrot, 3ª ed. ampliada y actualizada, Bs. As., 2000, p. 141 y Compagnucci de Caso, Rubén H.; “La doctrina de los propios actos y la declaración tácita de voluntad”, RCyS, 2017-III, 251.

(3) Cfr. jurisprudencia citada en “Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe, Análisis doctrinario y jurisprudencial”, Peyrano, Jorge W. Director, Vázquez Ferreyra, Roberto, Coordinador, T. I, Editorial Juris, año 1997, ps. 465/6.

(4) CNCom., Sala C, 18/11/1991, “Aboso, Jorge E. c. Musso, Carlos F. y otro”; jurisprudencia allí citada; Palacio, Lino Enrique, “Derecho Procesal Civil”, Editorial Abeledo-Perrot, Bs. As., 1972, T. IV, N° 408, p. 361.

(5) Couture, Eduardo, “Fundamentos del Derecho Procesal Civil”, 3ª edición, Bs. As., 1958, N° 157, p. 246.

(6) Medina, Graciela: “Juzgar con perspectiva de género. ¿Por qué juzgar con perspectiva de género? y ¿Cómo juzgar con perspectiva de género?”, SJA 09/03/2016, 1 y “Vulnerabilidad, control del constitucionalidad y reglas de prueba, las “categorías sospechosas”: una visión jurisprudencial”, LA LEY, 2016-F, 872.

(7) CSJSF, Lexis 18/25644.

(8) CCCR, Sala 4, Z 98-R/752.

(9) CCCR, Sala 3, Z 100-R/661 y Sala 4 Z 98-R/752.

(10) En tal sentido se ha sostenido que la declaración del testigo necesario tiene validez aunque haya sido tachada (CCCR, Sala 1, Lexis 70025712 y Sala 3, JTSF 128-176.

(11) CCCSE, Sala 1, Z 48-R/64.

(12) CCCSE, Sala 3, Z 68-R/15.

(12) Kemelmajer de Carlucci, Aída. “El concubinato heterosexual y la sociedad irregular en la jurisprudencia argentina reciente”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2003-2, Sociedades, Rubinzal-Culzoni Editores, ps. 74/75.

(13) CS, 16/12/1976, ED, 17-158, LA LEY, 1977-A, 259; Fallos: 295:68, 300:1074, Fallos: 282:208; 291:356; 292:58; 300:1034, entre muchos otros.

(14) Lamm, Eleonora y Molina de Juan, Mariel F, “Efectos patrimoniales del cese de las uniones convivenciales”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2014-3, Uniones convivenciales, Rubinzal-Culzoni, p. 299.

(15) Moisset de Espanés, Luis; “Notas sobre el enriquecimiento sin causa”, LA LEY, 1979-10, 3.

(16) Kemelmajer de Carlucci, Aída; “Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial”, Rubinzal-Culzoni Editores, 2015, T. I, p. 12.

(17) Medina, Graciela; “Daños en el derecho de familia en el Código Civil y Comercial”, RCyS, 2015-IV, 287.

(18) Medina, Graciela; “Daños en el derecho de familia en el Código Civil y Comercial”, RCyS, 2015-IV, 287. Ferrer, Francisco A. M., “Daños en las relaciones familiares”, Rubinzal-Culzoni Editores, 1ª edición revisada, 2019, p. 201.

(19) Highton de Nolasco, Elena I.; “Una etapa histórica: la mujer en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, LA LEY 2015-D, 6.

(20) Pitrau, Osvaldo F.; “Alimentos y prestaciones compensatorias en el Proyecto 2012”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Rubinzal-Culzoni Editores, 2012-2 (Proyecto de Cód. Civ. y Comercial - I), p. 561.

(21) Solari, Néstor E.; “Enriquecimiento sin causa entre convivientes”, LA LEY, 2007-F, 67.

- (22) Moisset de Espanés, Luis; “Notas sobre el enriquecimiento sin causa”, LA LEY, 1979-10, 3.
- (23) Lloveras, Nora; Orlandi, Olga y Faraoni, Fabián; “Tratado de Derecho de Familia”, Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera y Nora Lloveras, directoras, 1ª edición, Rubinzal-Culzoni Editores, 2014, T. II, ps. 2313/4.
- (24) Azpiri, Jorge O. Uniones convivenciales, Hamurabi, 2016, p. 163.
- (25) CApelEsquel, 11/08/2020, S., E. Y. c. L., J. D. s/ determinación de compensación económica, LA LEY 13/10/2020, 5. Cita Online: AR/JUR/32308/2020.
- (26) Moisset de Espanés, Luis; “Notas sobre el enriquecimiento sin causa”, LA LEY, 1979-10, 3.
- (27) Juzgado de 1ª Instancia de familia de Villa Constitución, “P. S., Y. c. V., R. s/ compensación económica”, CUIJ 21-23873593-6, sent. 1054 de fecha 19/11/2020.
- (28) Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Civil y Comercial 2ª Nom. de San Lorenzo, Rodríguez Salarano, Analía y otra c. Goapper, Raúl H. y otro s/ escrituración, 28/03/2011, www.legaldoc.com.
- (29) Peyrano, Jorge W. “Estimación judicial de los rubros inciertos”, en Táctica Procesal, Editorial Orbir.
- (30) CCyC de Azul, Sala II, 22/09/2020, “Raguzzi, Alberto c. Serres, Germán s/ Reivindicación”; causa 2-65611-2020.
- (31) Alterini, Atilio A.; Ameal, Oscar José y López Cabana, Roberto; “Derecho de Obligaciones civiles y comerciales-”, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 2ª edición actualizada, p. 484.
- (32) Méndez Sierra, Eduardo: “Obligaciones dinerarias”, Ed. ED, p. 278.
- (33) CCiv., en pleno, 20/04/2009, LA LEY, 2009-C, 99.
- (34) García Solá, Marcela; “Explicaciones del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe” (Peyrano, director), Rubinzal-Culzoni Editores, 2016, T. II, p. 127.

Enriquecimiento sin causa y valoración económica de las tareas de cuidado no remuneradas

Enfoque desde la perspectiva de género

Gabriela Yuba (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Los hechos. Contexto fáctico.— III. Sobre el enriquecimiento sin causa.— IV. Sobre la valoración económica de las tareas de cuidado no remunerado desarrolladas por la mujer.— V. Sobre la carga probatoria desde una perspectiva de género y de derechos humanos.— VI. Conclusión.

I. Introducción

El Juzgado de 1º Instancia de Distrito en lo Civil y Comercial de la 14ª Nominación de Rosario (1) resolvió hacer lugar parcialmente al reclamo formulado por la actora, exconviviente del demandado, reconociendo su aporte en la construcción de la vivienda y compra del vehículo, frente a la ruptura de la unión convivencial de ambas partes.

(*) Abogada egresada de la Facultad de Derecho, UBA y magíster en Minoridad, Universidad Notarial Argentina. Exjueza de Familia y Minoridad del Juzgado N.º 1 de Ushuaia, Tierra del Fuego. Autora de numerosos artículos y comentarios sobre derecho de familia y juvenil. Coautora del libro “Violencia de género y violencia doméstica. Responsabilidad por daños” (directora: Graciela Medina. Coautores: González Magaña, I. y Yuba, G.). Capacitadora en temáticas de derecho de familia y de las mujeres. Columnista jurídica en el programa radial “Mañanas Diferentes”, LRA Radio Nacional Ushuaia y TV Pública Canal 11 Ushuaia, en “Código TDF”. Conferencista a nivel nacional e internacional (Universidad Lyon III “Jean Moulin”, Lyon, Francia). Representante por Argentina del Consejo Consultivo Regional Latinoamericano de la AIMJF (Asociación Internacional de Magistrados de la Juventud y de la Familia). Miembro de la Red de Mujeres para la Justicia. Titular de la cátedra de Derecho Internacional Privado, UCES (Ushuaia).

(1) Juzgado de 1ª Instancia de Distrito en lo Civil y Comercial de 14ª Nominación de Rosario, “S. M. S. c. S. P. C. s/ cobro de pesos”, 04/02/2021. Cita Online: AR/JUR/1573/2021.

En el presente artículo, abordaremos temas que consideramos centrales: el enriquecimiento sin causa; la valoración económica de las tareas de cuidado no remunerado desarrolladas por la mujer (actora en autos) y la apreciación de la prueba con perspectiva de género y de derechos humanos.

II. Los hechos. Contexto fáctico

La actora inicia demanda de división de bienes (vivienda y compra de un vehículo), compensación económica y por enriquecimiento sin causa contra el demandado (exconviviente). Manifestó que mantuvo durante varios años unión convivencial con el demandado y que finalizó por mutuo acuerdo. Refirió que no tuvieron hijos. También manifestó que, una vez cesada la unión convivencial, le reclamó por los aportes que ella había realizado. Ante la negativa, inició la acción judicial correspondiente reclamando división de bienes, compensación económica y por enriquecimiento sin causa.

El juez hizo lugar parcialmente a la demanda de la actora, rechazando los rubros división de los bienes, por no corresponder, dado que no se trataba de un matrimonio, sino una unión convivencial y la compensación económica, por no reunir los recaudos fácticos, ni jurídicos previs-

tos en el Código Civil y Comercial para dicho instituto.

Pero sí hizo lugar al planteo de *enriquecimiento sin causa* formulado contra el exconviviente demandado, realizando una valoración sobre el carácter económico de las tareas de cuidado no remunerado que la mujer actora en autos efectuó durante la unión convivencial, con un enfoque de derechos humanos y de perspectiva de género que abarca también la apreciación de la carga probatoria.

III. Sobre el enriquecimiento sin causa

En este punto, resulta interesante el análisis que realiza el juzgador, teniendo en cuenta una interpretación integrada de los arts. 528 y 1794 del Cód. Civ. y Com., junto con los arts. 1º, 2º, 3º del mismo cuerpo legal.

El art. 528 del código de fondo es claro: a falta de pacto entre los convivientes **(2)**, los bienes adquiridos durante esa convivencia ingresan al patrimonio del que los adquirió. Todo ello, sin perjuicio de los principios de enriquecimiento sin causa, interposición de personas y otros que puedan corresponder.

Al aludir al enriquecimiento sin causa, remite a la aplicación de los arts. 1794 y 1795 del Cód. Civ. y Com., siendo este considerado como “...un principio jurídico que prohíbe enriquecerse a costa de otro sin razones fundadas y la acción que se otorga al perjudicado por la disminución o el empobrecimiento tiene como finalidad restituir el equilibrio patrimonial alterado...” **(3)**.

Este principio jurídico, pretende componer o solucionar un accionar ilícito e injusto, teniendo en cuenta también la aplicación integral de los arts. 1º, 2º y 3º del Cód. Civ. y Com.

En cuanto a las uniones convivenciales, la autonomía de la voluntad de las partes permite que las personas que conforman esa unión celebren pactos sobre el tema de la división de bienes obtenidos por el esfuerzo común, ante la

ruptura de esta **(4)**. De esta manera ambas partes, quedan resguardadas en sus derechos, al establecer de antemano de qué manera se dividirán los bienes si se produce la disolución de dicha unión.

Pero, justamente, puede suceder que, al finalizar la unión convivencial, el bien en cuestión (una vivienda, un vehículo, por ejemplo, tal como es el caso de autos), quede íntegramente en el patrimonio de una de las partes, mientras que la otra se ve seriamente afectada, habiendo contribuido a su adquisición y refacción. Así, a falta de celebración de pacto, para evitar abusos y un enriquecimiento ilícito, injusto o sin causa de una de las partes, emerge este principio jurídico, tendiente a remediar esta situación disvaliosa, que coloca a una de las partes en un contexto de mayor vulnerabilidad.

El enriquecimiento sin causa constituye una fuente autónoma de obligaciones, que se origina cuando “...un sujeto recibe, sin razones legales que lo fundamenten, una determinada ventaja patrimonial, a costa de otro, y cuyo objeto se traduce en una prestación restitutoria —devolutiva— y en ocasiones, compensatoria de las ventajas obtenidas...” **(5)**.

El magistrado realiza una interpretación integrada de las normas, conforme el diálogo de fuentes (arts. 1º y 2º del Cód. Civ. y Com.). Entiendo, asimismo, que se erigen como principios centrales la buena fe, prevista en art. 9º y la prohibición del abuso del derecho del art. 10 del código de fondo.

En su análisis, se pone en valor el principio de igualdad, solidaridad, libertad y la licitud de los actos, evitando el ejercicio abusivo del derecho que coloca a la actora (mujer exconviviente) en una situación de mayor vulnerabilidad ante el cese de la unión convivencial, en términos patrimoniales.

(4) Art. 514, Cód. Civ. y Com.: El pacto también puede versar sobre la contribución de cargas del hogar durante la vida en común y la atribución del hogar en caso de ruptura.

(5) Según OROZCO MUÑOZ, citado por COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., “Enriquecimiento sin causa”. Publicado en: LA LEY 13/01/2021, 1 - LA LEY 14/01/2021, 1. Cita Online: AR/DOC/3918/2019.

(2) Arts. 513 y 514 del Cód. Civ. y Com.

(3) COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., “Enriquecimiento sin causa”. Publicado en: LA LEY 13/01/2021, 1 - LA LEY 14/01/2021, 1. Cita Online: AR/DOC/3918/2019.

Desde una perspectiva integradora y con mirada de género y derechos humanos, la reparación resarcitoria que reclama la actora deviene procedente según el juzgador, toda vez que debe ser resarcido el enriquecimiento injusto que ha beneficiado a la contraria.

En materia de daños, es dable destacar que el derecho de familia forma parte del derecho privado y, estando dentro del Código Civil y Comercial, se nutre de sus principios generales y, como refiere Graciela Medina, es a esos principios generales a los que hay que acudir cuando se deben interpretar las normas. De modo que quien provoca un daño injustamente sufrido, debe responder por los prejuicios que causa en el ámbito de las relaciones de familia si se dan los presupuestos de la responsabilidad civil (6).

De esta manera, la violación del deber de no dañar al otro da lugar, entonces, al deber de reparar el daño causado (7) y esa noción comprende todo perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria que afecta en forma cierta a otro, a su patrimonio, a su persona, a sus derechos o facultades (8).

En el presente caso, se encuentran cumplidos los recaudos para la procedencia del enriquecimiento sin causa, como herramienta para lograr la igualdad y reparar la situación de inequidad y desigualdad provocada, frente a la incorporación en el patrimonio del demandado de los bienes denunciados (vivienda y vehículo) sin que contemplara los aportes que la mujer ex conviviente, realizara para su adquisición, refacción y construcción.

Así, se acreditaron los aspectos generales de la figura del enriquecimiento sin causa prevista en el art. 1794 del Cód. Civ. y Com.: una rela-

ción de causalidad entre el enriquecimiento del demandado y el empobrecimiento de la actora, como también la falta de otras acciones para hacer valer su pretensión (art. 1795, Cód. Civ. y Com.).

Como expresa Trigo Represas: "...Un concepto admitido por los tratadistas es que debe existir una relación de causalidad entre el empobrecimiento y el enriquecimiento en el sentido que este último es el efecto de aquel, que entre ambos fenómenos debe mediar una correlación, una correspondencia..." (9).

En este caso, la relación convivencial, el cese de dicha unión, con la pérdida de la expectativa de los aportes por los trabajos cotidianos (quehaceres domésticos) en el hogar con valor económico desarrollados por la actora, que incidieron en el enriquecimiento del demandado, a cuyo patrimonio ingresaron los bienes en discusión, trayendo aparejado el empobrecimiento de la actora, resultan elementos a considerar a la hora de evaluar la pertinencia del enriquecimiento sin causa reclamado. Resulta, por lo tanto, acreditada la relación de causalidad que se exige para la procedencia de esta figura.

La jurisprudencia ha dicho, en este aspecto, que "...[p]roducida la ruptura convivencial, la mujer quedaría excluida de los beneficios económicos que ello significó para su pareja, por el solo hecho de ser mujer, y haber desempeñado en la pareja un rol laboral de menor rentabilidad, y además, tareas en el hogar no remuneradas, pero económicamente necesarias, y no menos trascendentes e importantes, para la estabilidad emocional y profesional de aquel integrante de la pareja que cumplía un rol más visible en términos económicos" (10).

La valoración con perspectiva de género en cuanto a la prueba y carga probatoria resulta esencial para que no se torne ilusoria la igualdad y evitar el abuso del derecho.

(9) COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., "Enriquecimiento sin causa." Publicado en: LA LEY 13/01/2021, 1 - LA LEY 14/01/2021, 1. Cita Online: AR/DOC/3918/2019.

(10) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 8ª Nominación de Córdoba, "V., P. G. c. F., W. E. s/ ordinario — otros", 26/12/2019. Cita Online: AR/JUR/58693/2019.

(6) MEDINA, Graciela, "Daños en el Derecho de Familia en el derecho argentino", Revista de Derecho de Daños 2019-2. Daños en el Derecho de Familia-I. Santa Fe, octubre 2019, p. 9.

(7) Art. 1716, Cód. Civ. y Com.

(8) CNCiv., sala D, 10/02/2003, LLOnline. Comentario art. 1716, LÓPEZ HERRERA, Eduardo, "Código Civil y Comercial de la Nación comentado", (dirs.) Rivera, Julio César — Medina, Graciela, Ed. Thomson Reuters - La Ley, Buenos Aires, octubre 2014, t. IV, p. 103.

Sobre el tema, la Cámara de Apelaciones de Gualeguaychú decidió: “...En lo concerniente al enriquecimiento sin causa, ciertamente, el art. 1794 conjugado con el 528, Cód. Civ. y Com., permite resolver problemas suscitados en las relaciones económicas surgidas del cese de la unión convivencial, procurando decisiones equitativas, en especial, en beneficio del conviviente que ayudó a crear el patrimonio y ganancias del otro, y que puede verse perjudicado por no recibir nada en ese momento. Ahora bien, esto exige que efectivamente se constate que el conviviente que lo invoca colaboró en la actividad económica del otro sin retribución, en forma indirecta con la realización de tareas en beneficio de ambos (del voto de la Dra. Pauletti al que adhiere la Dra. Barbiero de Debeheres)...” (11).

En el fallo se agrega que “[...]no puede obtener beneficio quien invoca una maniobra ilícita y a la par, pretende consagrar una gravísima inmoralidad, y un verdadero aliciente para pergeñar beneficios sin derecho, siendo que, la regla general requiere, por claras razones de moralidad, que la justicia no intervenga de ningún modo en la simulación fraudulenta, salvo que el ilícito se remedie y se cure, sin que se beneficie quien obró ilícitamente (del voto de la Dra. Pauletti al que adhiere la Dra. Barbiero de Debeheres)...”

IV. Sobre la valoración económica de las tareas de cuidado no remunerado desarrolladas por la mujer

Este es un punto central en el fallo, dado que se reconoce (además, de los aportes de terceros en este caso, en la construcción de la vivienda) el valor económico de las tareas de cuidado no remunerado desarrolladas por la mujer, actora en autos.

Además del reconocimiento sobre este tema del Código Civil y Comercial de la Nación en el art. 660, es importante señalar que las tareas de cuidado no remunerado, es objeto de abordaje desde todas las esferas y ámbitos en la actuali-

dad, siendo la judicatura uno de los poderes del Estado que toma posición en este punto.

Así, *el reconocimiento del valor económico de las tareas de cuidado no remunerado* en este caso concreto constituye una “buena práctica” y acción positiva de parte de uno de los poderes del Estado (Poder Judicial) que tiende a eliminar la violencia económica patrimonial hacia la mujer, como también violencia simbólica.

El reconocer un valor económico a esas tareas de cuidado no remunerado, generalmente desarrollado por las mujeres (según la CEPAL las mujeres triplican las horas de trabajo de cuidado no remunerado respecto de los hombres), implica superar los sesgos de género que atraviesan la vida cotidiana y que coloca a las mujeres en una situación de inferioridad respecto de los hombres y les cercena y obstaculiza su empoderamiento y autonomía económica.

Cabe destacar que las tareas de trabajo no remunerado la conforman distintas tareas como limpieza, mantenimiento del hogar, preparación de alimentos, realización de compras, apoyo en tareas de higiene personal, educativas, de acompañamiento.

El cuidado se puede definir como “...todo lo que se hace para mantener, continuar y reparar el entorno inmediato, de manera que se pueda vivir en él tan bien como sea posible. Ese entorno incluye el cuerpo, el ser, y el ambiente, así como todo lo necesario para entretener una compleja red de sostenimiento de la vida...” (Fisher y Tronto, 1990, CEPAL) (12).

La realización de las tareas de cuidado no remunerado (en cabeza de las mujeres en mayor proporción respecto de los hombres) se vincula con los estereotipos de género, con los patrones socioculturales que promueven la desigualdad basada en el género.

De modo que *la sobrecarga de tareas de cuidado no remunerado* que recae mayormente en las mujeres, debido justamente a la relación desigual de poder históricamente basada en el

(11) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Gualeguaychú, sala I, “C. C. A. c. L. X. D. s/ ordinario (liquidación de la comunidad de bienes)”, 08/02/2021. Cita Online: AR/JUR/5788/2021.

(12) La autonomía de las mujeres en escenarios económicos cambiantes. CEPAL. Documento aprobado en enero del 2020 en la XIV Conferencia Regional sobre la Mujer en América Latina y el Caribe.

género y en patrones estereotipados, constituye una situación de violencia hacia la mujer. De esta manera se justifica que “históricamente” es la mujer la que “debe” quedarse en el hogar, cuidando a los hijos, a la pareja, a los adultos mayores.

Ello promueve violencia económica y patrimonial y simbólica hacia la mujer, generando desigualdad y discriminación, afectando su autonomía, empoderamiento y crecimiento.

El reconocimiento de ese aporte, con valor económico, constituye un elemento esencial a la hora de determinar también el enriquecimiento sin causa de la otra parte, de manera que es vital la valoración de la prueba con enfoque de género y de derechos humanos, poniendo un plus reforzado en la situación de las mujeres, como sujetos vulnerables.

Así lo entendió el juez, quien, frente a la falta de elementos para precisar el monto indemnizatorio, ordenó el inicio de un incidente por proceso sumarísimo para la determinación del quantum referido (13).

V. Sobre la carga probatoria desde una perspectiva de género y de derechos humanos

Resulta interesante la mirada del juzgador en cuanto a la carga de la prueba que, en este caso, desde una perspectiva de género, trasciende de la mera noción procesal, para posicionarse a partir de la mencionada perspectiva de género entendida como una categoría de análisis que apunta a la igualdad de las partes, con un plus de atención para aquellas que son vulnerables, como una herramienta de equidad.

De tal manera con este *enfoque de género y de derechos humanos*, se sortean los obstáculos que los patrones estereotipados instalan en las prácticas, modos de relación, normas, que conducen a la desigualdad, direccionándose entonces, hacia la igualdad real. Estos enfoques permitirán valorar las pruebas teniendo en cuenta el impacto diferenciado entre hombres y mujeres en las prácticas, leyes, interpretaciones,

(13) Equivalente al 25% del valor del inmueble y vehículo de similares características del caso de autos.

de modo de evitar reproducir la desigualdad y discriminación en términos de género.

Se debe realizar un análisis del contexto, sumando a ello la inversión de la carga probatoria, poniendo en cabeza (en este caso) del demandado la carga de probar la justificación de la diferencia de trato económico en la unión convivencial, como claramente lo explica el magistrado.

Desde esta perspectiva, la consideración del valor económico del trabajo de cuidado no remunerado realizado por la actora, como también el reconocimiento de distintos aportes efectuados por ella (de modo directo e indirecto), deviene inexorable.

En aras de la igualdad, equidad y solidaridad es que la apreciación de la prueba debe ser rigurosamente valorada conforme una perspectiva de género y de derechos humanos.

Ello permitirá inferir *que la carga probatoria debe invertirse en aquellos casos donde la vulnerabilidad de una de las partes sea tal que esa igualdad esté comprometida, como también el acceso a la justicia* (14).

Como expresa la jurista Graciela Medina: “...Al juzgar con perspectiva de género en los casos en que se resuelve sobre la discriminación contra la mujer o casos de violencia, se debe invertir la carga de la argumentación y es el demandado el que tiene que probar que la diferencia de trato se encuentra justificada por ser el medio menos restrictivo para cumplir un fin legítimo (CS, Fallos: 332:433, consid. 6º y sus citas)...” (15).

Esta inversión de la carga probatoria encuentra fundamento en una interpretación integrada de los arts. 1º y 2º del Cód. Civ. y Com., junto con los tratados internacionales y regionales de Derechos Humanos, que ponen el centro de atención, en la realización del derecho a la igualdad y no discriminación.

(14) 100 Reglas de Brasilia.

(15) MEDINA, Graciela, “Juzgar con perspectiva de género: ¿Por qué juzgar con perspectiva de género? y ¿cómo juzgar con perspectiva de género?”. Publicado en: DFyP 2015 (noviembre), 3. Cita Online: AR/DOC/3460/2015. Citando al caso “Sisnero” de la CS.

Junto con el principio de interseccionalidad, se orienta la acción hacia un plus reforzado de protección de los sujetos vulnerables (en este caso, la mujer ex conviviente, actora en los autos objeto de comentario).

Tal como se ha sostenido en el caso “Sisnero” en la CS: “...La presencia de un criterio sospechoso y la presunción de su carácter reprochable, impone la inversión de la carga de la prueba, criterio propiciado por la procuradora al dictaminar en la causa ‘Sisnero’.. El fundamento de la doctrina de las categorías sospechosas es revertir la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los miembros de ciertos grupos socialmente desventajados como consecuencia del tratamiento hostil que históricamente han recibido y de los prejuicios o estereotipos discriminatorios a los que se los asocia aún en la actualidad...” (16).

La categoría sospechosa, en este caso el género, que impone una diferencia de trato injustificada, concretamente apuntando a la falta de consideración de los aportes que realizara la mujer exconviviente, entre otros, las tareas de cuidado no remunerado, hace que se invierta la

carga probatoria al demandado, quien deberá probar de que la diferencia de trato se encuentra justificada.

VI. Conclusión

La visión de los hechos y las pruebas desde una perspectiva de género y de derechos humanos, fue determinante en el dictado de una sentencia a nuestro entender, justa con una dimensión ética, evitando la desigualdad en la relación de las partes involucradas, brindando a la parte más vulnerable, la debida protección.

La jurisprudencia ha dicho al respecto: “...A la hora de resolver conflictos referidos a los bienes por la disolución de la unión de hecho o convivencial, el mayor desafío que se presenta será la búsqueda del equilibrio entre la independencia patrimonial por la que optaron —consciente o inconscientemente— los miembros de la pareja y la equidad, que solo se realiza reconociendo a cada uno el derecho a que se le compense el sacrificio económico realizado a favor del otro” (17).

Nuevamente, la perspectiva de género y enfoque de derechos humanos emerge como herramienta hacia la igualdad.

(16) PICÓN, Liliana N., “Un dictamen con perspectiva de género.” Publicado en: RDLSS 2013-17, 1741. Cita Online: AR/DOC/6202/2013.

(17) CCC, Junín, Buenos Aires, 11/04/2017, “R. R. D. c. B. M. de los A. s/ división cosas comunes”, Rubinzal Online 8547/2013 RC J 3057/17.

Efectos derivados de la unión convivencial

¿Enriquecimiento sin causa o compensación económica? Una decisión desde la perspectiva de género

Guillermina Venini (*)

Sumario: I. Los hechos. — II. La sentencia. — III. Juzgar con perspectiva de género. — IV. Compensación económica y enriquecimiento sin causa. Su aplicación en la unión convivencial. — V. Reflexiones finales.

I. Los hechos

El fallo en comentario ha sido dictado con fecha 4 de febrero de 2021, en los autos “S, M. S. c. S., P. C. s/ cobro de pesos”, por parte del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de la 14 Nom. de Rosario.

En este fallo la Sra. M. S. S., ante el cese de la unión convivencial, plantea demanda de división de un inmueble como de un vehículo en razón de entender que estos fueron adquiridos durante la vigencia de la unión. También con fundamento en el cese de esta reclama compensación económica y enriquecimiento sin causa contra el Sr. P. C. S. Sostiene que una vez efectuada la pericia correspondiente deberá abonársele el 50% de dichos bienes que fueran adquiridos con aportes de ambos convivientes durante el transcurso de la unión convivencial.

Por su parte, el demandado sostiene que el inmueble lo adquirió con dinero de sus ahorros y que en ese momento no se encontraba conviviendo con la actora, quien nunca aportó suma alguna para su refacción. Que durante la convi-

vencia la Sra. S. nunca trabajó, se dedicaba a las tareas de la casa; en definitiva, que los bienes que la actora pretende se adquirieron antes de la unión convivencial. Entiende que la pretensión de la actora (división de bienes en partes iguales) implica asimilar la unión convivencial al régimen patrimonial del matrimonio cuando la ley sostiene que a falta de pacto en la convivencia los bienes adquiridos durante la convivencia se mantienen en el patrimonio al cual ingresaron (arg. art. 528, Cód. Civ. y Com.). Con relación al planteo de compensación económica, destaca que la accionante solo se limita a invocarla con fundamento en el art. 524, Cód. Civ. y Com., y que habría transcurrido el plazo de caducidad de 6 meses que establece el Código Civil y Comercial desde el cese de la convivencia. Respecto al planteo de enriquecimiento sin causa, aduce falta de fundamentación suficiente en dicha pretensión, no acompañándose prueba alguna que la avale (1).

II. La sentencia

Sostiene el magistrado actuante que con relación a las cuestiones relevantes de la causa buscará dirimir: la fecha de inicio de la unión

(*) Jueza a cargo del Juzgado de Familia N° 1 del Dpto. Judicial de Junín. Adjunta de la cátedra de Derecho Privado I en la UNNOBA. Miembro del Seminario Permanente sobre Investigación del Derecho de la Persona Humana, Familia y Sucesiones del Instituto Gioja (UBA).

(1) Juzgado de Primera Instancia Civil y Comercial 14 Nominación, Rosario, 4/02/2021, “S, M. S. c. S., P. C. s/ cobro de pesos”, 21-11337467-2.

convivencial, si la actora efectuó aportes de algún tipo a los fines de adquirir o refaccionar bienes que hoy detenta el demandado, y en su caso si se ha configurado un supuesto que admita la procedencia del planteo de división de bienes, compensación económica y/o enriquecimiento sin causa. Pone su acento en que la solución a la que se arribe deberá tener en cuenta las particulares circunstancias del caso concreto, y juzgarse “desde la perspectiva de género, y en clave de Derechos Humanos”.

En relación con la división de los bienes adquiridos, entiende el magistrado que, existiendo consenso entre las partes con relación a que los bienes cuya división se pretende accedieron oportunamente al patrimonio del Sr. S., y ante la falta de acreditación de la configuración de un pacto que brinde una solución diferente, la pretensión de división de los bienes debe desestimarse. Otro tanto, refiere, ocurre con la compensación económica reclamada, donde sin entrar al planteo en relación con su caducidad, no encuentra configurados los presupuestos del art. 524 del Cód. Civ. y Com. por lo cual también rechaza su pretensión.

En cambio, el sentenciante entiende configurado el enriquecimiento sin causa del demandado a expensas de la accionante. Da cuenta que a fin de establecer el resarcimiento económico debe ponderarse que, en el ámbito del instituto del enriquecimiento sin causa, lo que se pretende es el reembolso o restitución en la medida que el demandado se haya enriquecido, sin considerar los perjuicios que ha sufrido la actora ya que no se constituye como una indemnización por daños y perjuicios. Sin embargo, refiere, en el caso concreto, y a partir de este juzgamiento que se impone con perspectiva de género a través de los mandatos constitucionales y convencionales, se exige considerar ciertas pautas que no pueden soslayarse porque se relacionan directamente con la situación de las partes, tanto del deudor —en cuanto a su capacidad de pago—, como de la acreedora. En tal sentido, considera que corresponde aplicar analógicamente las pautas para la fijación judicial de la compensación económica desarrolladas en el art. 525, Cód. Civ. y Com. Luego de analizar cada una de ellas reconoce un crédito a favor de la actora, pero entiende que no hay elementos en autos que permitan determinar la cuan-

tía del rubro resarcimiento por enriquecimiento sin causa, por lo que manda a determinarlo por juicio sumarísimo. También, conforme los principios de la economía procesal y la prevención del daño sostiene que, previo a disponer el inicio de un proceso sumarísimo en orden a determinar el quantum indemnizatorio, y firme que estuviere la presente, en el contexto del llamado mandato preventivo, corresponde exhortar a las partes a iniciar un período de negociación de 45 días corridos a los fines de arribar a una amigable composición de los intereses en conflicto.

III. Juzgar con perspectiva de género

La palabra “género” comenzó a ser utilizada en los años 80 en distintas conferencias internacionales cuando se hablaba de los derechos de la mujer, y oficialmente aparece en el año 2004, en un documento del Comité de la CEDAW (Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer) donde sostuvo que “género” refiere a “los significados sociales asignados a las diferencias biológicas entre los sexos”, es “una construcción ideológica y cultural, que se reproduce en el ámbito de las prácticas y, a su vez, influye en el resultado de tales prácticas”, son los “rasgos culturales que permiten identificar a una persona como masculina o femenina, conforme a los patrones considerados propios de cada género por una determinada sociedad en un momento histórico determinado”.

El art. 5.a de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) ordena a los Estados Parte tomar las medidas para modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres. Esto implica para el Poder Judicial la obligación y la responsabilidad institucional de administrar justicia evitando la incorporación y el fortalecimiento de estereotipos violatorios del principio de igualdad en sus decisiones judiciales. La recomendación gral. 33 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer sobre el acceso de las mujeres a la justicia incluye diferentes estrate-

gias para incorporar el enfoque de género a la tarea judicial, entre las que se incluyen la justiciabilidad, la disponibilidad, la accesibilidad, la buena calidad, la rendición de cuentas de los sistemas de justicia y el suministro de recursos a las víctimas. Con relación a la buena calidad, establece que requiere que los sistemas de justicia provean, de manera oportuna, recursos apropiados y efectivos que se ejecuten y den lugar a una resolución sostenible de la controversia que tenga en cuenta las cuestiones de género para todas las mujeres. Requiere también que los sistemas de justicia se enmarquen en un contexto, sean dinámicos, de participación, abiertos a las medidas innovadoras prácticas y sensibles a las cuestiones de género (2).

Íntimamente vinculado con este concepto se encuentra el de estereotipos de género, concepto básico si queremos juzgar con perspectiva de género. Se entiende por tal la visión generalizada o preconcepción sobre los atributos o características de los miembros de un grupo en particular o sobre los roles que tales miembros deben cumplir. “Según esta definición de estereotipo, utilizada por las expertas en el análisis de la asignación de estereotipos de género negativos (Cook y Cusack 2009), los estereotipos presumen que todas las personas que forman parte de un cierto grupo social poseen atributos o características determinadas (por ejemplo, los adolescentes son irresponsables) o tienen roles específicos asignados por construcciones sociales o culturales (las mujeres son cuidadoras). El elemento clave de la asignación en la estereotipación es que, en tanto se presume que el grupo específico posee tales atributos o características o cumple con esos roles, se presume que una persona, por el solo hecho de pertenecer a él, actuará de conformidad con la visión generalizada o preconcepción existente acerca del mismo. Por tanto, todas las dimensiones de la personalidad que hacen que una persona sea única son filtradas a través de la lente de esa visión generalizada o preconcepción sobre el grupo con el cual se la identifica” (3). El significado del tér-

mino “género” (Agnu 1999, párr. 16) es fluido. Su uso e interpretación varía de acuerdo con las ideologías sobre el rol y el comportamiento apropiado y considerado como aceptable para las mujeres en las distintas sociedades y culturas. El significado del género cambia con el tiempo, según los diferentes países y culturas, los órganos decisorios y la persona —en nuestro caso, el juez o la jueza— de que se trate. Los sistemas de justicia están diseñados para mantener y reproducir los valores y costumbres de una sociedad determinada. Por tanto, se presenta como obvio que las normas sociales discriminatorias y las construcciones de género influyen en el desarrollo de los sistemas de justicia —en su vertiente de aplicadores e intérpretes de la normativa vigente— que, a su vez, pueden perpetuar dichas normas y construcciones (Comité CEDAW 2012a). Una característica particular de los estereotipos de género es que son resilientes; son dominantes socialmente cuando se articulan a través de los sectores sociales y las culturas y son socialmente persistentes en la medida en que se articulan a lo largo del tiempo. Cuando las prácticas que aplican estereotipos de género son socialmente persistentes y dominantes se dan las condiciones para que estas produzcan la estratificación y subordinación social de las mujeres. Dichas condiciones se exacerban cuando los estereotipos de género se reflejan o se encuentran inmersos en el Derecho, en las premisas implícitas de la legislación y en el razonamiento y lenguaje empleados por jueces y juezas para fundamentar sus resoluciones (Cook y Cusack 2009). Entender por qué los estereotipos de género son tan resistentes al cambio requiere una profunda comprensión de las causas de la injusticia de género, que son cambiantes e implican dimensiones político-económicas, culturales e ideológicas (Fraser 1997, ps. 31-33) (4).

Hoy escuchamos en forma reiterada que las sentencias deben contener una visión de género, que hay que juzgar con perspectiva de género, pero ¿sabemos de qué estamos hablando

(2) RODRÍGUEZ PERÍA, María Eugenia, “Violencia Económica: Deberes y desafíos de juzgar con perspectiva de género” RDF 2021-II, 113.

(3) GEMA FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ DE LIEVANA, “Los estereotipos de Género en los procedimientos ju-

diciales por Violencia de Género: el papel del Comité Cedaw en la Eliminación de la Discriminación y de la Estereotipación” <https://eu.boell.org/en/person/gemafernandez-rodriguez-de-lievana>.

(4) Autora citada en nota 3.

cuando hablamos de juzgar con perspectiva de género?

Esta obligación legal encuentra su fundamento en el derecho a la igualdad y no discriminación reconocidos por la CN y los tratados internacionales de derechos humanos que el Estado argentino ha suscripto e incorporado en el art. 75 inc. 22. (art. 16 CN; art. 1º, DUDH, y arts. 1.1 y 24, CADH). Sin embargo, seguimos viendo prácticas que, bajo el manto de la igualdad formal dificultan el goce de derechos reconocidos tanto a nivel nacional como internacional.

Ha dicho el Superior Tribunal de Jujuy: “Si no se incorpora la perspectiva de género en la toma de decisiones judiciales, seguiremos fracasando en la lucha por la igualdad real de las mujeres, ya que no basta contar con legislaciones supranacionales, nacionales y provinciales de última generación si a la hora de aplicarla se ignora la perspectiva de género y se sustancia el proceso con idénticos mecanismos procesales que cualquier proceso y se lo juzga olvidando la cuestión de género y su problemática que es en definitiva lo que da origen al conflicto...La desigualdad de la mujer y el hombre construida a partir de patrones socioculturales da lugar a la violencia estructural contra la mujer que encuentra su fundamento en las relaciones desiguales y jerarquizadas entre los sexos...El concepto de género es importantísimo para instruir un proceso judicial, para valorar la prueba y en definitiva para decidir un caso, ya que si no se parte de entender el concepto de género, no se puede comprender las leyes que garantizan los derechos de las mujeres por el hecho de ser mujeres” (5).

“En consecuencia, juzgar con perspectiva de género permite modificar las prácticas de aplicación e interpretación del derecho y actuar de una manera global sobre el conflicto jurídico. Actúa sobre las personas, sobre los hechos y sobre la norma jurídica, aplicando una visión crítica de la realidad. Es un método crítico de conocimiento de la norma, tanto sustantiva como procesal, así como de expresión en las resoluciones, en las que se desprende y desechan estereotipos y roles discriminatorios universales. Nos posibilita ‘ver’ y nos impulsa a ser cu-

riosos, testarudos y garantes de derechos, para reparar y dignificar a quien parte de una situación vital y social de desventaja frente a la desigualdad” (6).

No debemos olvidar que los jueces/zas somos parte de una cultura determinada, con normas sociales entre las que se encuentran los roles, prejuicios, y estereotipos en los que fuimos formados, es una obligación la que tenemos de deconstruirnos y repensarnos en la función, como también la de poder revisar el derecho desde la visión de género, y que ello no quede en meros enunciados formales en la sentencia, sino que esta logre plasmar la igualdad real de las personas.

IV. Compensación económica y enriquecimiento sin causa. Su aplicación en la unión convivencial

El Código Civil y Comercial ha regulado las uniones convivenciales a partir del art. 509 protegiendo esta forma de familia distinta a la matrimonial. Entre convivientes se puede pactar y convenir las distintas cuestiones referidas a la convivencia, por lo cual, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, lo acordado por ellos regirá las cuestiones patrimoniales derivadas de la unión, teniendo como límite el piso mínimo establecido por los arts. 519, 520, 521 y 522 del Cód. Civ. y Com., que no podrán ser derogados por las partes. De manera que, a falta de pacto, cada integrante de la unión ejerce libremente las facultades de administración y disposición de los bienes de su titularidad, con las restricciones para la protección de la vivienda y de los muebles indispensables que se encuentren en ella. (art. 518 del Cód. Civ. y Com.).

En caso de cese de la unión previsto en el art. 523, es posible reclamar una compensación económica estando las pautas establecidas en el art. 525. Esta acción caduca a los seis meses de haberse producido cualquiera de las causas de finalización de la convivencia. También el art. 528 establece que a falta de pacto los bienes adquiridos durante la convivencia se mantienen en el patrimonio al que ingresaron, sin perjuicio

(5) ST de Jujuy, Sala Civ., Com. Flia, 28/03/2019, LL NOA 2019 (octubre), 6. Cita Online AR/JUR/6308/2019.

(6) SOSA, María Julia “Investigar y Juzgar con perspectiva de género”. <https://www.amfjn.org.ar/2021/04/05/investigar-y-juzgar-con-perspectiva-de-genero/>.

cio de la aplicación de los principios generales relativos al enriquecimiento sin causa, la interposición de persona y otros que puedan corresponder.

La *compensación económica* ha sido conceptualizada por la doctrina de la siguiente manera. Graciela Medina sostiene: “La compensación económica puede ser definida como: la cantidad periódica o prestación única que un cónyuge o conviviente debe satisfacer a otro tras el divorcio o la finalización de la convivencia, para compensar el desequilibrio padecido por un cónyuge o conviviente (el acreedor), en relación con el otro cónyuge o conviviente (el deudor), como consecuencia directa del divorcio o finalización de la convivencia, que implique un empeoramiento en relación con su anterior situación en el matrimonio o la convivencia” (7). Por su parte, Néstor Solari refiere: “Se trata de un derecho para reclamar una compensación por parte del cónyuge o conviviente que ha sufrido un menoscabo como consecuencia de la ruptura de la unión” (8).

Yzquierdo Tolsada las define como “un derecho personal reconocido al cónyuge o al conviviente al que el divorcio o la finalización de la convivencia le produce un empeoramiento en la situación económica que gozaba en el matrimonio o unión convivencial colocándole en posición de inferioridad frente a la conservada por el otro consorte o conviviente” (9). Molina de Juan da cuenta de que “en una primera aproximación puede decirse que la compensación económica es una institución jurídica que propicia la superación de la injusta pérdida patrimonial que el divorcio puede provocar en alguno de los cónyuges. Desaparecida la comunidad de vida y la contribución en las cargas del hogar que permitía que ambos gozaran del mismo estándar, afloran los niveles económicos y sociales correspondientes a los recursos y las posibilidades que cada uno tenía y ha podido forjar debido a

la peculiar división de funciones llevada adelante en la vida matrimonial. Este desequilibrio que puede haberse mantenido 'oculto' o 'compensado' durante la vida compartida se hace ahora patente y en muchas ocasiones no podrá ser resuelto en forma equitativa con la liquidación de la sociedad conyugal, cuya finalidad es dividir lo ganado por partes iguales. En consecuencia, la compensación aparece como un correctivo que pretende evitar injustas desigualdades que el divorcio provoca como consecuencia de las diferentes capacidades de obtener ingresos que se desarrollaron y consolidaron durante el matrimonio” (10).

Podemos decir entonces que este instituto, que se encuentra alejado de la idea de culpabilidad en el quiebre de la vida en común, ya que no importa cómo se llegó al divorcio o cese de la convivencia, busca reparar las consecuencias económicas de la ruptura, y las desigualdades que pueden haberse generado durante el matrimonio o unión libre, por los diferentes roles asumidos por los integrantes de la pareja, permitiendo al cónyuge o conviviente que quedó en una situación de inferioridad con relación al otro, contar con los medios que le posibiliten reinsertarse en el mercado laboral, rearmando un nuevo proyecto de vida. Resulta aún difícil dar una conceptualización cabal de cuál es la razón de ser de las compensaciones para así poder extraer su naturaleza jurídica. De todas maneras, como ya sostuve en anteriores trabajos, reafirmo mi postura en que el fundamento estaría en la equidad, explicitando de mi parte que habría que ahondar más en el trasfondo de la cuestión, que no es otra cosa que la proyección económica de la vida en común de dos personas, que se traduce e impacta en el dato mencionado (económico), generando un determinado nivel patrimonial que se visualiza en el ritmo de vida. Cuando ese proyecto se desmorona (culpas apartes) lo que de por sí se hace difícil extraer de la mente del jurista; debe centrarse la cuestión en los detrimentos manifiestos que a una de las partes ocasiona la fractura del matrimonio, o cese de la unión convivencial, por lo cual “la equidad” juega un rol importante, y a al decir la ley que el desequilibrio debe ser “manifiesto” está dejando un amplio arbitrio a la judicatura

(7) MEDINA, Graciela, “Compensación económica en el Proyecto de Código”, LA LEY, 2013-A, 472.

(8) SOLARI, Néstor, “Las prestaciones compensatorias en el Proyecto de Código”, DFyP, 09/10/2012, p. 5.

(9) YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, “Tratado de Derecho de Familia”, Ed. Aranzadi, Navarra, 2011, vol. II, p. 543.

(10) MOLINA de JUAN, Mariel F., “Las compensaciones económicas en el divorcio”, RDF 59, p. 143.

ya que será ella la que deberá decidir si en un caso hay detrimentos económicos ostensibles que compensar, con lo cual se está haciendo uso de la prudencia judicial y “la prudencia judicial se alimenta de lo equitativo, en definitiva, de lo justo” (11).

La perspectiva de género ha estado presente al momento de regularse la compensación económica en el Código Civil y Comercial, ha buscado abandonar las estructuras de corte patriarcal, y democratizar las relaciones familiares en pos de una igualdad real de los miembros de la pareja. Los sacrificios que uno de sus miembros ha realizado en pos del proyecto común, impone qué con fundamento en la equidad y solidaridad familiar, si ello le trae aparejado un desequilibrio económico, se deba compensar y para ello se debe tener una mirada integral del contexto factico y de la normativa aplicable, no olvidando que en definitiva esta figura busca dar satisfacción a derechos humanos básicos.

Por su parte, el *enriquecimiento sin causa* atiende más que a la falta de causa, al efectivo incremento patrimonial del enriquecido con la correspondiente disminución en el patrimonio del empobrecido. Así el artículo 1794 caracteriza la figura de la siguiente manera: “Toda persona que sin una causa lícita se enriquezca a expensas de otro, está obligada, en la medida de su beneficio, a resarcir el detrimento patrimonial del empobrecido. Si el enriquecimiento consiste en la incorporación a su patrimonio de un bien determinado, debe restituirlo si subsiste en su poder al tiempo de la demanda”. El artículo 1795 se refiere a los casos en que el enriquecimiento sin causa procede en tanto el ordenamiento jurídico no le conceda al damnificado otra acción para obtener la reparación del empobrecimiento sufrido. Estamos frente a una norma que tiene su base en la razonabilidad del reclamo ya que, si el empobrecido dispone de otra acción, debe interponer esta y no la prevista por el enriquecimiento sin causa. Si, por el contrario, no contare con otra vía, tiene derecho a la restitución contra el que se ha enriquecido sin una causa lícita. Se trata de una acción subsidiaria y en un todo de conformidad con lo legislado en el artículo

1798 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación al tratar el tema del pago indebido. Por otra parte, en el artículo 1794 se hace hincapié en la obligación de resarcir el detrimento patrimonial a favor del empobrecido, “en la medida de su beneficio”. Y si el enriquecimiento consistiera en la incorporación de un bien a su patrimonio, está obligado a restituirlo si, al tiempo de la demanda, subsistiere en su poder. Tanto la doctrina como la jurisprudencia se han pronunciado en el mismo orden del previsto en el Código Civil y Comercial de la Nación. Se trata de una acción subsidiaria que no debe confundirse con la acción por indemnización de daños porque no persigue un resarcimiento sino restablecer un equilibrio patrimonial alterado sin causa lícita que lo justifique (12).

Sostiene Solari: “En general, la jurisprudencia en varias ocasiones ha encontrado en el enriquecimiento sin causa la vía adecuada para encauzar las divergencias patrimoniales entre convivientes. Ello así, por no haber podido probar y, por lo tanto, encuadrarse en otras figuras jurídicas, pretendidas por las partes, tales como la sociedad de hecho o la comunidad de bienes e intereses. Esta situación de hecho lleva a que el ordenamiento jurídico, por distintas razones y caminos, siempre ha desprotegido a los convivientes en sus relaciones patrimoniales, aplicando, en su momento el argumento de que las partes no han recurrido a la institución matrimonial y, ahora, al amparo de la nueva legislación, al argumento de la autonomía de la voluntad. Dos argumentos que llevan al mismo resultado práctico: desconocimiento de la convivencia en materia patrimonial. De ahí que el enriquecimiento sin causa debe tornarse flexible para su aplicación entre convivientes. Pues, en tales situaciones, el demandado —o sus herederos— no pueden beneficiarse injustamente con los frutos del esfuerzo del otro. En definitiva, entiendo que la teoría del enriquecimiento sin causa debería tener una mayor amplitud y flexibilidad en estas cuestiones. La convivencia en relación de pareja conlleva el esfuerzo común de los integrantes de la unión, tanto en el aspecto personal como patrimonial, por lo que

(11) VENINI, Guillermina, “Las compensaciones económicas en el nuevo Código Civil y Comercial”, DFyP 2015 (junio), 10.

(12) TANZI, Silvia, “Enriquecimiento sin causa. Su tratamiento en el Código Civil y Comercial de la Nación”. <https://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2015/05/Civil-Doctrina-2015-06-01.pdf>.

tal esfuerzo no se reduce solamente a un aporte en sentido económico y material, como a veces se pretende interpretar para negar consecuencias jurídicas a dichas uniones” (13).

La solución a la que se arriba en el caso bajo análisis resulta novedosa, ya que por vía de la aplicación de la figura del enriquecimiento sin causa, y luego de aclarar que ese instituto busca el reembolso o restitución en la medida que el demandado se haya enriquecido, sin considerar los perjuicios sufridos por la actora ya que no constituye una indemnización de daños y perjuicios, el magistrado utiliza la aplicación analógica de las pautas del art. 525 del Cód. Civ. y Com. para hacer lugar al reclamo de la accionante, ello en el entendimiento además de que este proceso necesita ser resuelto a la luz de la perspectiva de género.

Estimo que también bajo el lente de esta perspectiva de género se podría haber interpretado la caducidad que se había planteado de la compensación económica para su rechazo, y llegar a concedérsela, pero el *a quo* sostiene que “más allá de haberse configurado o no el plazo de caducidad que establece la norma para su reclamo (cuestión que podría llegar a generar algunas dudas dada la existencia de una carta documento que remitiera la actora a la demandada y que no fuera recepcionada por esta debidamente), entiendo que no están dados los presupuestos sustanciales de procedencia de la compensación económica en los términos del art. 524 Cód. Civ. y Com. En efecto, no se ha acreditado en momento alguno en el proceso que la actora haya padecido renunciamentos, postergaciones o sacrificios en beneficio del demandado, así como que no haya podido hacer realidad legítimas expectativas laborales o profesionales en razón de la unión convivencial iniciada”.

No tengo demasiados elementos que surjan de la causa para analizar esta cuestión, pero vale aclarar que las normas del Código Civil y Comercial en materia de caducidad deben ser interpretadas, en un diálogo de fuentes, con la restante normativa nacional e internacional. El Código Civil y Comercial en sus aspectos valo-

rativos hace referencia al paradigma no discriminatorio, siendo un Código para la igualdad, la cual se manifiesta en el desmontaje de las distinciones que resultan discriminatorias, habiendo incluido normas generales de interpretación no discriminatorias como el art. 402, que dispone: “Ninguna norma puede ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad de derechos y obligaciones de los integrantes del matrimonio, y los efectos que este produce, sea constituido por dos personas de distinto o igual sexo”. Ello nos lleva a que hoy se debe resolver con perspectiva de género, perspectiva que debe estar presente a lo largo de todas las etapas del proceso.

Ello llevará, en definitiva, a obtener decisiones judiciales más justas, equitativas y solidarias garantizándole a las personas el goce efectivo de sus derechos en un plano de igualdad. Se sostiene que “se recalca la necesidad de juzgar con perspectiva de género en todos los ámbitos del derecho para poner de relieve la transversalidad del tema y la necesidad de formar a todos los operadores del derecho, afirmando que es erróneo pensar que la necesidad de juzgar con perspectiva de género se limita a la violencia familiar o al femicidio. Se hace hincapié en la obligación de aplicar el derecho de este modo a fin de visibilizar, nombrar y empatizar con la situación de la mujer en las diversas familias, con el fin de obtener 'rostros reales, mujeres reales y justicia real” (14).

El juez de grado, sin perjuicio de no entrar al análisis de este instituto y del planteo de caducidad, en definitiva, termina usando las pautas que deben valorarse en la compensación económica, quizá como una manera de flexibilizar la prueba del enriquecimiento sin causa y con ello brindar protección a la accionante. Así analiza brevemente el estado patrimonial de cada uno de los convivientes al inicio y finalización de la unión, la dedicación que cada uno brinda a la familia, edad y estado de salud de los convivientes, capacitación laboral y posibilidad de acceder a un empleo por parte de quien solicita la compensación, colaboración prestada en ac-

(13) SOLARI, Néstor, “Derecho de las Familias”, Thomson Reuters. La Ley, 2015, p. 290 y ss.

(14) RAGANATO, Claudia, “La compensación económica y un necesario análisis del caso con perspectiva de género”, RDF 2018-IV, p. 165.

tividades mercantiles del otro conviviente y atribución de la vivienda.

También analiza la subsidiariedad de la figura, pero no en relación con la compensación económica. Refiere: “De esta forma, corresponde reconocer jurídicamente el esfuerzo que la actora puso tanto en construir la casa que sería el hogar que integraba el proyecto de vida en común de la pareja, como los ingresos que dieron alivio al demandado para adquirir, por ejemplo, su rodado (no cabe la posibilidad de presumir por parte de la actora la intención de llevar a cabo una liberalidad). Dicho reconocimiento conlleva evitar el despojo total de los aportes de uno de los miembros, que beneficiaría sin causa al otro. En caso contrario habría una transmisión patrimonial de uno de los integrantes de la unión hacia el otro, sin ninguna contraprestación lícita que se constituya como causa del negocio jurídico. El principio del enriquecimiento sin causa aparece nítido en su aporte para solucionar los conflictos patrimoniales entre convivientes, de cara a la ruptura de la unión. Se evidencia finalmente también configurado el requisito de la subsidiariedad. La actora carece de otra acción apta para obtener la reparación del empobrecimiento: a) no estaban casados; por lo tanto, no hay derechos derivados de la ganancialidad; b) no podía plantear una división de condominio, porque no está acreditada la existencia de tal derecho real y c) tampoco podía interponer una demanda laboral (cuando esa colaboración no llega a revestir la calidad de aporte de trabajo, no habrá sociedad de hecho, y cuando no se den las condiciones propias de un contrato de trabajo, quedarán sin posibilidad alguna de reclamar en base a esas situaciones jurídicas”.

De esta manera el magistrado ha buscado dar respuesta a la igualdad de género desde la mirada de una igualdad real y no meramente formal, buscando cumplir con el postulado convencional-constitucional con base en las distintas disposiciones contenidas en los tratados con jerarquía constitucional.

V. Reflexiones finales

No por meras razones lingüísticas o de expresión, el Código Civil y Comercial consignó en el Título Preliminar, rotular el capítulo prime-

ro: “Derecho”, para luego recién en el segundo aludir a “La Ley”. Con ello está queriendo significar el legislador el profundo cambio que ha experimentado el derecho desde mediados del S XX y el actual, ya que no se enfatiza la primacía de la ley como fuente, sino, que, por el contrario, se hace referencia a la CN, tratados de derechos humanos, finalidad de la norma, principios y valores. La función del juez se amplía considerablemente, sosteniendo Rodolfo Vigo “insistamos con una síntesis esquemática de los cambios que nos parecen más relevantes y que tornan al derecho y la cultura jurídica en la segunda mitad del siglo XX notoriamente alterados respecto del escenario decimonónico: 1. La ley deja de ser igual al Derecho, e irrumpe el principalismo; 2. La Constitución (con sus principios y valores) se juridiza y se judicializa; 3. Los derechos humanos se tornan operativos...” (15).

Los principios y valores cobran suma relevancia, las normas abiertas a múltiples significados posibles, a las creencias, a las ideas sociales impregnadas de sentimientos éticos religiosos, morales, a las necesidades que claman por su reconocimiento conforman el ambiente, el clima social que los magistrados no pueden desconocer y que impregnan el ordenamiento abriendo posibilidades a pronunciamientos más justos.

La argumentación más abarcativa que los métodos tradicionales del siglo XIX busca que la justicia llegue a todos por igual, advirtiendo a los que penetran en el ámbito del proceso que este se desenvolverá en paridad de condiciones y que las carencias, debilidades y vulnerabilidades de uno frente a otro serán consideradas por el ordenamiento jurídico, buscándose así una justicia más humana, más comprometidas con las necesidades sociales.

El juez, entonces, a través de la argumentación de las múltiples posibilidades que le ofrece la norma, fundamentará sus fallos, que, sin apartarse del derecho, cumplan con el rol social aludido, y esto, entiendo, es lo que se buscó y alcanzó en el fallo en comentario, utilizando el viejo principio del enriquecimiento sin causa que es equitativo que nadie se haga más rico en

(15) VIGO, Rodolfo, “Argumentación Constitucional” en JA 2009-III, p. 1061 y ss.

detrimento del otro, actualizado en normas expresas del Código Civil y Comercial.

En definitiva, si a lo que aspiramos es a garantizar el derecho a la igualdad y la búsqueda de soluciones justas, se debe aplicar también la perspectiva de género en la argumentación de las sentencias, aun cuando las partes involucra-

das en un caso no la hayan contemplado. El juzgar con esta mirada nos exigirá un alto esfuerzo intelectual, un gran trabajo personal que nos obligará a despojarnos de prejuicios, estereotipos, valores y formación que podamos traer como bagaje en nuestra vida y nos impida distinguir esta igualdad real por la que debemos bregar.

FILIACIÓN DERIVADA DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

Emplazamiento filial de dos niños como hijos de la peticionante. Proceso de reproducción asistida heteróloga. Consentimiento informado firmado únicamente por la demandada. Acreditación de la voluntad procreacional. Derecho a la identidad.

Con nota de María Magdalena Galli Fiant

1. — Corresponde hacer lugar a la demanda deducida y declarar el emplazamiento filial de los niños como hijos de la peticionante, pues en el caso se halla acreditada su voluntad procreacional. Es que resultan contestes los testimonios obrantes en cuanto al deseo de la pareja conformada por la peticionante y la demandada de ser progenitoras de los niños y ese deseo parental también surge de lo informado por los peritos del equipo técnico del juzgado.
2. — Corresponde hacer lugar a la demanda deducida y declarar el emplazamiento filial de los niños como hijos de la peticionante, a pesar de que el consentimiento informado para la práctica de tratamiento de reproducción asistida con donación de óvulos y semen haya sido firmado únicamente por la demandada, pues teniéndose acreditada la voluntad procreacional, aquel requisito puede ser suplido por la presente, máxime cuando no puede hacerse recaer sobre aquella un requisito que no era legalmente exigible al momento de iniciarse la práctica ni tampoco, y en especial, sobre los niños las consecuencias derivadas de ese hecho.
3. — En el caso de mantenerse el rechazo de la acción de filiación intentada se estaría afectando el derecho de los niños a poder acceder oportunamente a la información referida a su origen. Es decir, el derecho a saber que han nacido a través de un proceso de reproducción asistida heteróloga y con ello la posibilidad de ejercer su derecho a la información previsto por los arts. 563 y 564 del Cód. Civ. y Com. Extremo al que se debe agregar su derecho a conocer a quienes han ejercido la voluntad procreacional para su concepción y nacimiento, esto es, el derecho que tienen de saber que han sido deseados por las peticionantes.

CCiv. y Com., Lomas de Zamora, sala I, 11/02/2021. - G. E. N. c. Q. S. G. M. s/ acciones de reclamación de filiación.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/6657/2021]

Exp: LZ-3951-2017

2ª Instancia.- Lomas de Zamora, febrero 11 de 2021.

1ª ¿Es justa la sentencia dictada? 2ª ¿Qué corresponde decidir?

1ª cuestión. — El doctor *Igoldi* dijo:

I. El señor Juez titular del Juzgado de Familia N° 9 departamental dictó sentencia a fs. 107/110 rechazando la demanda por filiación promovida por la Sra. E. N. G. contra la Sra. G. M. Q. S.

El pronunciamiento fue apelado a fs. 111 por la Asesoría de Incapaces N° 3 de este Departamento Judicial.

Radicadas las presentes actuaciones en esta Sala, con fecha 27 de mayo de 2020 expresó agravios la Sra. Asesora de Incapaces.

Con fecha 1 de Julio de 2020 se llamó la causa para dictar sentencia por providencia que se encuentra consentida.

II. De los agravios

La Titular de la Asesoría de Incapaces N° 3 Departamental —en representación de los niños B. Q. S. y G. Q. S.— se agravia de la sentencia dictada por considerar que no se ajusta a la realidad y al interés superior de sus representados.

Disiente con el resultado final al que arribara el sentenciante de grado, considerando que, si bien no se cuenta con el consentimiento previo, informado y libre exigido por el ordenamiento legal vigente, la voluntad procreacional ha sido debidamente acreditada con la prueba producida en autos.

Alude que es la voluntad procreacional el elemento determinante de la filiación en los tratamientos de reproducción humana asistida.

Señala que de las constancias de autos se constata el interés, voluntad y participación activa de la accionante en la vida cotidiana de los niños inclusive en los pasos previos a su gestación, por lo que privarla de ejercer el rol parental atentaría contra el interés superior de sus representados.

Pone de relieve que cuestiones de esta índole encuentran especial sustento en el orden público familiar, ponderando el derecho a fundar una familia, a su

reconocimiento y protección (art. 17 y 17.2 Convención de los Derechos Humanos, art. 14 CN).

III. Antecedentes del caso

En su hora, se presentó la señora E. N. G. promoviendo demanda de filiación contra la señora G. M. Q., solicitando en consecuencia se reconociera su vínculo filiatorio con relación a los niños B. Q. S. y G. Q. S.

En sustancia, refirió que con la demandada entablaron una relación afectiva desde el año 2002, comenzando a convivir en aparente matrimonio a partir del año 2005. Sostuvo que luego de muchos años de convivencia decidieron tener hijos, comenzando a informarse respecto de las técnicas de reproducción humana asistida.

Indicó que tanto ella como su pareja acudieron al Instituto Médico H. a fin de concebir a sus hijos, afirmando que siempre asistieron a todas las reuniones informativas previas a iniciar el tratamiento, como así también a las consultas indicadas por los médicos intervinientes y que nunca le informaron pese a conocer su relación que tenía que firmar algún tipo de consentimiento.

Corrido el traslado de demanda, la Sra. G. M. Q. S. la contestó allanándose a la pretensión esgrimida por la accionante (ver fs. 27/28). La Asesoría de Incapaces dictaminó señalando que no resulta procedente el allanamiento formulado, en tanto la pretensión deducida se encuentra estrechamente vinculada con el orden público, por lo que consideraba que debía continuar el trámite de las actuaciones según su estado. Adhirió y ofreció prueba (ver. 31).

Llevada a cabo la totalidad de la prueba ofrecida y celebrada la audiencia de vista de causa se dictó sentencia rechazando la acción iniciada, cuestión que viene recurrida ante esta Alzada (ver. fs. 102/103, fs. 107/109).

IV. Cuestión preliminar

Es sabido que el 1° de agosto de 2015 entró en vigencia el Cód. Civ. y Com. de la Nación aprobado por la ley 26.994; circunstancia sobreviniente por la cual entiendo necesario formular algunas precisiones acerca de la aplicabilidad de la ley en el tiempo, y cuál de ellas, por consiguiente, será utilizada para resolver el conflicto objeto de autos.

Que, en esta tarea, el artículo 7 del ordenamiento vigente dispone que a partir de su entrada en vigencia las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público,

excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales.

En la especie, llega a este Tribunal de Alzada recurrida la sentencia que rechazara la filiación reclamada por la Sra. E. N. G., resultante de un proceso de fertilización asistida llevada a cabo —según sus dichos— en forma conjunta con la Sra. G. M. Q. S.

En lo que interesa para este punto, corresponde señalar que se aprecia de las constancias reunidas en autos que dicho procedimiento médico fue realizado en forma anterior a la entrada en vigencia de la nueva ley (13/03/2015, fs. 77), aunque sus efectos más relevantes se produjeron con posterioridad, tal como el nacimiento de los niños B. Q. S. y G. Q. S. acontecido el día 13/11/2015.

De modo que resulta entonces importante precisar la ley que registró el caso, pues se trata de una situación jurídica no contemplada en la anterior normativa. Así, explica Kemelmajer de Carlucci que "(...) en opinión de Roubier, las leyes que crean situaciones nuevas, que no existían antes, deben ser asimiladas pura y simplemente a las leyes relativas a la constitución; o sea, rige la ley vigente al momento de la constitución (...) por ser una consecuencia inmediata y una norma procesal, es de aplicación inmediata el art. 577." (Kemelmajer de Carlucci, Aída, "La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes, Rubinzal Culzoni, Sta. Fe 2015, p. 143). Es decir, que conforme lo señalado, el presente caso ha de analizarse bajo la óptica del nuevo ordenamiento puesto que el nacimiento de los niños se produjo en vigencia del mismo.

V. Consideración de las quejas

I. Cabe comenzar puntualizando que el artículo 562 del Cód. Civ. y Comercial establece que "Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportados los gametos".

Ahora bien, la normativa introducida por el nuevo digesto señala como elemento determinante de este tipo filial la existencia del consentimiento previo, libre e informado. Sin embargo, no puede dejar de observarse que dicho elemento es la consecuencia material de la existencia de una voluntad procreacional o voluntad parental anterior. Es decir, que en los procesos como el presente deben existir dos elementos, que, si bien se encuentran estrechamente vinculados,

presentan distinta naturaleza. Así, podríamos considerar a la voluntad procreacional como el elemento subjetivo presente en el proceso de las técnicas de reproducción humana asistida (en adelante TRHA), mientras que el consentimiento informado constituye su materialización formal, es decir, consiste en el elemento objetivo.

En este sentido se ha señalado que el elemento más relevante en la determinación de la filiación del niño nacido por TRHA es el de la voluntad o decisión de que ese ser naciera, no solo en cuanto causa eficiente última e infungible, sino porque los demás elementos, biológicos, pueden ser sustituidos todos. Lo que nadie puede suplir en cada caso concreto para un determinado nacimiento, es el acto de voluntad en ese sentido de una pareja. El hijo nace por su exclusiva decisión de que nazca, causa suficiente e insustituible, y, por tanto, la más relevante: sin ella, ese hijo no hubiera nacido. (Rivero Hernández, Francisco, en AA. VV., Comentario del Código Civil, cit. en *Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Herrera, Marisa (dir.), Rubinzal Culzoni, Sta. Fe, 2018, p. 486).

Es que, en este tipo filial, la voluntad procreacional adquiere especial relevancia, que lo coloca por encima del elemento biológico. Por ello, se ha comenzado a hablar de parentalidad voluntaria o voluntad procreacional. “Las TRHA han provocado una nueva vuelta a la verdad voluntaria en la que la filiación ya no se determina por el elemento genético o biológico, sino por el volitivo” (Lamm, Eleonora, *La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción humana asistida*, Revista de Bioética y Derecho N° 24, enero 2012, Observatori de Bioètica i Dret, Barcelona, ps. 76/91).

Entiendo que en el caso de autos se halla acreditada la voluntad procreacional de la Sra. G. Es que resultan contestes los testimonios obrantes a fs. 102/103 en cuanto al deseo de la pareja conformada por la peticionante y la Sra. Q. S. en ser progenitoras de los niños B. Q. S. y G. Q. S. Así, la testigo C. declaró que las partes son pareja desde hace 13 años y que sabía de sus planes de someterse a las TRHA, agregando que “hicieron dos tratamientos y el tercero le salió bien.” En igual sentido, la testigo B. manifestó que la Sra. G. conocía la realización de este tratamiento y que el mismo formaba parte de un proyecto familiar. Lo mismo fue expuesto por la testigo P.

A su vez, este deseo parental también surge de lo informado por los peritos del equipo técnico del juzgado. Por su parte, la perito psicóloga informó que “se infiere que la Sra. G. y la Sra. Q. S. habrían presentado un deseo de compartido de tener hijos y ambas vendrían desempeñando con los niños de autos los roles

parentales” (fs. 82 vta.). A su turno, la trabajadora social señaló que “se infiere que la Sra. G. y la Sra. Q. se encontrarían en pareja hace 13 años encontrándose en la actualidad casadas legalmente. Ambas coinciden en que habrían anhelado formar la familia que hoy conforman” (fs. 85 vta.).

En consecuencia, tengo para mí que del material recabado en los presentes surge claramente que las Sras. G. y Q. S. conforman un vínculo familiar estable y que en las mismas ha existido el deseo y voluntad de tener hijos. Es decir, entiendo que el elemento volitivo ha existido en el proyecto familiar de las peticionantes, lo que me convence de la existencia de la voluntad procreacional necesaria para el tipo filial en estudio.

II. Ahora bien, presente la voluntad procreacional, resta analizar lo conducente con relación al consentimiento previo, libre e informado. Como he dicho precedentemente, este consentimiento constituye el elemento material que exterioriza la voluntad procreacional de quienes se someten a la práctica de las TRHA. Se trata de un derecho humano fundamental que consiste en “la declaración de voluntad efectuada por un paciente, por la cual este decide prestar su conformidad y someterse a un procedimiento o intervención quirúrgica, que se le propone como médicamente aconsejable, luego de haber recibido información suficiente al respecto.” (Highton, Elena I., y Wierzba, Sandra M., *La relación médico-paciente; el consentimiento informado*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003, p.1).

Ha de destacarse que en el caso de las TRHA el consentimiento informado cumple una doble función: Por un lado, constituye un acto personalísimo por el cual el usuario de la TRHA decide someterse a ella, y por el otro, es el documento formal por el que se instrumenta la voluntad procreacional e instituye la filiación derivada de estas técnicas. Es decir, se trata de un elemento formal que además de ser previo, libre e informado debe cumplir con otras características como son: ser personal, específico, actualizado, manifiesto o expreso, etc.

En cuanto a ello, y en virtud de la asimetría existente en la relación médico-paciente se ha señalado que es el profesional quien debe tener en cuenta las circunstancias de los pacientes, debiendo personalizar la información teniendo una comunicación abierta y sincera. “Lo ideal sería que la personalización genere un consentimiento informado redactado para cada persona en particular con base en su caso concreto y no se trate de un simple formulario preimpreso.” (Rodríguez Iturburu, Mariana, “La exteriorización de la voluntad procreacional en la filiación derivada por el uso de las técnicas de reproducción humana asisti-

da a la luz del Código Civil y Comercial de la Nación”, RDF N° 68 (marzo 2015), Abeledo-Perrot, p.136).

En igual sentido se destacó que de conformidad con la ley 14/2006 se exige a los médicos y los responsables de los centros o servicios sanitarios donde se realizan las TRHA informen previamente de las consecuencias de ellas, de sus posibles resultados, de los riesgos previsibles, así como también de cuantas consideraciones de carácter biológico, jurídico, ético o económico pudieran afectar a los usuarios.

En el caso de autos, la Sra. G. manifestó que en ningún momento se les informó que ella también debía firmar algún tipo de consentimiento (fs. 19 *in fine*). A su turno, el Instituto Médico H. informó que el consentimiento informado para la práctica de tratamiento de reproducción asistida con donación de óvulos y semen fue firmado únicamente por la Sra. Q. S.

En síntesis, el tema a decidir lo constituye el hecho de si teniéndose acreditada la voluntad procreacional, el requisito del consentimiento informado puede ser suplido por el presente.

Y en esta línea cabe recordar que al momento de la práctica (13/03/2015) no se encontraba aún vigente el Cód. Civil y Comercial, ni la exigencia del consentimiento previo, libre e informado, por lo cual este requisito no era, en ese momento, exigible a las usuarias. En este sentido, en un interesante precedente se sostuvo que “ahora bien, este requisito fuente de la filiación por las TRHA, surge a partir del 01/08/2015 y recordemos que la inseminación se realizó el día 24.abril.2015 (doc.14) mal podría entonces pretenderseles a las Sras. P. y L. que hayan dado cumplimiento con la exigencia del mismo para inscribir a la niña con doble filiación.” (Juzg. de Flia. N° 2 de Puerto Madryn, *in re* “L., M. de los Á. y P., A. M. J. s/ medida autosatisfactiva”, RSD 96, 2016).

Asimismo, la doctrina destaca que es sabido que antes del Cód. Civ. y Comercial la mayoría de los centros médicos no involucraban —erróneamente— a la pareja mujer de quien se sometía a técnicas de reproducción, en especial cuando esta no aportaba material genético, aunque la voluntad procreacional estaba presente de facto. (Herrera, Marisa, *Técnicas de Reproducción...*, ob. cit., Herrera, Marisa (dir.), Rubinzal Culzoni, Sta. Fe, 2018, p.580).

A ello debe sumarse que, en este caso particular, el consentimiento informado agregado a fs. 68/76 presenta —además— importantes falencias en virtud de la trascendencia del acto que pretendía respaldar. Así, es fácil observar que se trata prácticamente de un formulario de adhesión tipo, con espacios en blanco que no han sido completados, y redactado para ser sus-

cripto por “parejas” sin aclarar en ningún punto cuando lo suscribe una sola persona. A ello ha de agregarse que de la historia clínica acompañada por el mismo centro médico surge en el detalle de la evolución información sumamente confusa, en cuanto al estado civil de la Sra. Q. S., indicando en alguna oportunidad “sin pareja” (fs. 60) mientras que en otras parecería surgir lo contrario.

Ante ello, y reiterando que el consentimiento informado se trata de un derecho humano del paciente, formal, específico y, naturalmente, circunstanciado, por lo que debe tener en cuenta las características especiales de la persona sometida a tratamiento y todo lo relativo a la misma, debiendo incluso señalarse e informarse a la paciente todo lo concerniente a la filiación que ha de surgir en virtud del mismo; es que entiendo que el genérico agregado en autos no cumplió adecuadamente esa finalidad, permitiendo incluso presumir la existencia de información allí no contemplada ni consignada.

Por lo expuesto, estimo que no puede hacerse recaer sobre la peticionante un requisito que no era legalmente exigible al momento de iniciarse la práctica a la que fuera sometida —por no encontrarse previsto en la legislación vigente a este tiempo—, ni tampoco, y en especial, sobre los niños B. Q. S. y G. Q. S. las consecuencias derivadas de la inexistencia de un consentimiento real y adecuadamente informado.

III. Por último, no puede dejar de destacarse que en todo proceso en que se encuentren involucrados intereses de niños, niñas y/o adolescentes, el norte que debe guiar la decisión es su superior interés (art. 3 CDN, art. 3 ley 26.061, art. 4 ley 13.298). Este principio fundamental debe ser entendido como “la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos” (Conf. art. 3 ley 26.061).

En el tema que nos ocupa, se encuentra en juego el derecho de identidad de los niños B. Q. S. y G. Q. S., por cuanto los mismos merecen poder acceder a la información adecuada sobre su origen. Como es sabido, el derecho a la identidad comprende diversos aspectos de la vida y personalidad del titular, y en tal sentido, se ha señalado que posee una faz estática y una faz dinámica: la primera se refiere al origen genético-biológico de la persona, y la segunda, en cambio, se configura por lo que constituye el patrimonio cultural y vital de la personalidad y su desarrollo histórico-existencial (XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires, 25 al 27 de septiembre de 1997, Comisión 1).

Se trata de un derecho humano fundamental con reconocimiento convencional (conf. art. 7 CDN) y que en sentido amplio excede al factor biológico. Así se

sostiene que “la identidad de una persona no debería reducirse a sus rasgos genéticos pues en ella influyen complejos factores educativos, ambientales y personales, así como los lazos afectivos, sociales, espirituales y culturales de esa persona con otros seres humanos (...)” (UNESCO, Decl. Internacional sobre Datos Humanos (UNESCO, 2003). Aprobada y adoptada en la 32ª Asamblea General de la UNESCO, 16/10/2003).

En el caso particular de las TRHA se produce una disociación entre los elementos genéticos, biológicos y volitivos, por lo cual garantizar el derecho a la identidad implica asegurar al niño nacido su verdad genética, biológica y voluntaria.

Por lo expuesto, entiendo que en el caso de mantenerse el rechazo de la acción intentada se estaría afectando el derecho de los niños B. Q. S. y G. Q. S a poder acceder oportunamente a la información referida a su origen. Es decir, el derecho a saber que han nacido a través de un proceso de reproducción asistida heteróloga y con ello la posibilidad de ejercer su derecho a la información previsto por los arts. 563 y 564 del Cód. Civil y Comercial. Extremo este al que entiendo, en el caso de autos, se debe agregar su derecho a conocer quienes han ejercido la voluntad procreacional para su concepción y nacimiento, esto es, el derecho que tienen a saber que han sido deseados por las peticionantes.

IV. Por los fundamentos señalados, y si mi voto es compartido, propongo al acuerdo revocar la sentencia apelada en lo que ha sido materia de recurso y agravios, admitir la pretensión deducida y declarar el emplazamiento filial de los niños G. Q. S. y B. Q. S. como hijos de E. N. G., procediendo a la inscripción correspondiente, debiéndose adicionar a las partidas de nacimientos el apellido G. y dar cumplimiento con lo dispuesto en el art. 563 del Cód. Civ. y Comercial.

En base a estas consideraciones, voto por la negativa.

El doctor *Rodiño*, por consideraciones análogas, adhiere también vota por la negativa.

2ª cuestión. — El doctor *Igoldi* dijo:

Visto el acuerdo logrado al tratar la cuestión que antecede, corresponde revocar la apelada sentencia de fs. 107/109. En consecuencia, hacer lugar a la demanda deducida y declarar el emplazamiento filial de los G. Q. S. y B. Q. S. como hijos de E. N. G., procediendo a la inscripción correspondiente, debiéndose adicionar a las partidas de nacimientos el apellido G. y dar cumplimiento con lo dispuesto en el art. 563 del Cód. Civ. y Comercial, a cuyo fin deberán disponerse en la anterior instancia las diligencias conducentes. Así lo voto.

El doctor *Rodiño*, por compartir fundamentos, vota en igual sentido.

Con lo que terminó el Acuerdo dictándose la siguiente sentencia.

En el Acuerdo quedó establecido que la sentencia apelada debe revocarse, admitiendo en consecuencia la demanda, con el alcance indicado. Con costas de ambas instancias en el orden causado (art. 71 del CPCC), difiriendo la regulación de honorarios para su oportunidad. I. Revócase la apelada sentencia de fs. 107/109. En consecuencia, hacer lugar a la demanda deducida y declarar el emplazamiento filial de los niños G. Q. S. y B. Q. S. como hijos de E. N. G., procediendo a la inscripción correspondiente, debiéndose adicionar a las partidas de nacimientos el apellido G. y dar cumplimiento con lo dispuesto en el art. 563 del Cód. Civ. y Comercial, a cuyo fin deberán disponerse en la anterior instancia las diligencias conducentes. II. Impónese las costas de ambas instancias en el orden causado (art. 71 del Cód. Proc. Civ. y Comercial). III. Difiérase la regulación de los honorarios de los letrados intervinientes para su oportunidad. Regístrese. Notifíquese electrónicamente (art. 135 del Cód. Proc. Civ. y Comercial.; art. 11 de la Ac. 3845/2017 de la SCBA., t.o. según Ac. 3991/2020 de la SCBA.) Oportunamente, devuélvase. (SCBA., Ac. 3975/2020 y Res. 480/2020 y ampliatorias). — *Javier A. Rodiño*. — *Carlos R. Igoldi*.

Reclamación de la filiación en caso de reproducción asistida

Una solución razonable por una vía inadecuada

María Magdalena Galli Fiant^(*)

Sumario: I. La sentencia de Cámara.— II. Precisiones sobre la voluntad procreacional.— III. El problema por resolver y otros casos similares con solución en el ordenamiento.— IV. Una vía posible para acoger la pretensión real.

I. La sentencia de Cámara

La Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Familia del departamento de Lomas de Zamora, provincia de Buenos Aires, el 11 de febrero de 2021 por unanimidad y revocando la sentencia de Primera Instancia, hizo lugar a una acción de reclamación deducida en el marco de la filiación por técnicas de reproducción humana asistida. En consecuencia, declaró el emplazamiento filial de los niños G. Q. S. y B. Q. S. como hijos de la cónyuge de la madre, ordenó la correspondiente adición en las respectivas actas de nacimiento, y el cumplimiento de los previsto en el art. 563 del Cód. Civ. y Com., con costas por su orden. La causa había llegado a la instancia superior por la apelación de la sentencia de rechazo de la acción, deducida por la Asesoría de incapaces, en representación de los niños.

Antes de abordar las cuestiones jurídicas, es necesario realizar un resumen de la plataforma fáctica que surge de los Considerandos de la sentencia. E. N. G. y G. M. Q. entablaron una relación afectiva desde 2002, e iniciaron la convivencia en 2005. Tras varios años de vida en co-

mún decidieron tener hijos y emprendieron un tratamiento en el Instituto Médico H. Conjuntamente iniciaron todo el proceso y asistieron a las consultas, pero nunca se les informó que E. N. G. —la no gestante ni aportante de óvulos— debía firmar algún tipo de consentimiento, pese a ser conocida la relación de pareja que sostenían.

En el relato de los hechos cobra especial importancia la época en la que se produjeron cada uno de los acontecimientos. Esta variable temporal es la que, en definitiva, llevó al problema que por esta vía inapropiada se presentó ante los estrados judiciales. En efecto, el procedimiento médico de reproducción asistida se realizó antes de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación mientras que el nacimiento de los niños se produjo el 13 de noviembre de 2015.

El proceso se inició con una demanda de reclamación de la filiación, con el objeto de que se reconozca el vínculo filiatorio con relación a los niños G. Q. S. y B. Q. S. La demandante fue la señora E. N. G., quien sostuvo su acción de filiación con base en el relato de las circunstancias en las cuales los niños fueron concebidos y el proyecto parental compartido. La demandada fue la señora G. M. Q., madre de los niños, quien se limitó a allanarse a la demanda. En la primera instancia, la Asesoría de Incapaces intervino en ejercicio de sus funciones y dictaminó contra la procedencia del allanamiento por estar comprometido el orden público; solicitó la continui-

(*) Abogada especialista en Derecho de Familia de la UNL. Profesora titular ordinaria de Derecho de Familia de la FAC de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNL y de la FAC de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Católica de Santa Fe. Codirectora de la Especialización en Derecho de Familia UNL y directora del Registro de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos de la provincia de Santa Fe.

dad del trámite, adhirió a la demanda y ofreció pruebas, posicionándose francamente como representante de los niños y no solo como defensora de sus intereses.

La sentencia de primera instancia rechazó la demanda de filiación, luego de sustanciado el proceso en su totalidad y producidas las pruebas.

La apelación fue deducida y sostenida por la Asesoría de Incapaces en representación de los niños cuyo emplazamiento filial fue objeto de la demanda. Sus agravios se basaron en que la sentencia no se ajustaba a la realidad y al interés superior de sus representados. Argumentó que, si bien era cierto que no medió el consentimiento previo, informado y libre exigido por el ordenamiento, la voluntad procreacional estaba debidamente acreditada con las pruebas reunidas en la causa, siendo esta voluntad el elemento determinante de la filiación en esta fuente. Fijó esa voluntad en el interés y participación activa de la accionante en la vida cotidiana de los niños, desde los pasos previos a su gestación, y en que privarla del ejercicio del rol parental atentaría contra el interés superior de aquellos.

En definitiva, no aparece ninguna cuestión controvertida entre las partes intervinientes, sino el recurso a la instancia judicial para lograr un emplazamiento que consideran que corresponde y no pueden obtener por vía administrativa ni privada.

A la hora de decidir el recurso, la Cámara principia por referirse a la ley aplicable. Con citas a Roubier, recogidas por Kemelmajer de Carlucci en su obra sobre la aplicación del Código a las relaciones y situaciones jurídicas existentes, se define por la aplicación del ordenamiento vigente desde el 1º de agosto de 2015 en virtud de la fecha de nacimiento de los niños (13/11/2015).

Sobre los argumentos para la procedencia de la acción, el Tribunal parte del análisis de las normas sobre determinación de la filiación en caso de técnicas de reproducción asistida, que correctamente ubica en la voluntad procreacional expresada mediante el consentimiento previo, informado y libre. Pero realiza una disociación de los dos elementos que la integra-

rían: la voluntad procreacional como elemento subjetivo, y el consentimiento informado como su materialización formal que constituye el elemento objetivo; entre ambos, reconoce mayor relevancia al elemento subjetivo, a la voluntad o decisión de que el hijo nazca a través de estas técnicas. Así lo dice el vocal preopinante, con cita doctrinal: “El hijo nace por su exclusiva decisión de que nazca, causa suficiente e insustituible y, por tanto, la más relevante; sin ella ese hijo no hubiera nacido”. Destaca la prevalencia del elemento voluntario por sobre el biológico o genético.

Siguiendo ese razonamiento, se considera que la voluntad procreacional de la actora ha sido acreditada por los testimonios que dan cuenta del deseo compartido por la pareja formada por E. N. G. y G. M. Q. de ser progenitoras de estos niños. Suma otro medio probatorio: la pericial realizada por el Equipo técnico del Juzgado, que da cuenta del deseo compartido de tener hijos y del desempeño de los roles parentales por parte de ambas; de que las partes estarían en pareja desde hace 13 años, y casadas legalmente en la actualidad, con un anhelo común de formar la familia que tienen. Estando así comprobado el elemento volitivo, el sentenciante se convence de la existencia de la voluntad procreacional necesaria para este tipo filial.

El siguiente punto de análisis es el del elemento objetivo. Traen a colación un concepto de consentimiento informado para prácticas médicas, que no tiene exacta coincidencia con el consentimiento requerido para las técnicas de reproducción humana asistida con consecuencia filiatorias. La gran diferencia está en que el primero implica prestar conformidad para someterse a un procedimiento o intervención quirúrgica médicamente aconsejable, luego de haber recibido información suficiente, mientras que, en el caso de las TRHA, el consentimiento puede ser requerido a quien no sufre ningún tipo de intervención sobre su cuerpo —como parece haber sido el caso de la Sra. E. N. G.—, y por ello, no es totalmente asimilable. El mismo Tribunal lo reconoce al decir que en el caso de TRHA el consentimiento informado tiene esa doble función, porque constituye un acto personalísimo del usuario para someterse al procedimiento, y es, además, el documento formal que instrumenta la voluntad procreacional e instituye la

filiación derivada de estas técnicas. Por eso se debe cumplir de manera personal, ser específico, actualizado, manifiesto y expreso, siendo deber del médico personalizar la información previa (1). El instrumento de consentimiento informado en el caso de autos, según declaración de la actora y confirmación del Instituto Médico, solo fue firmado por la Sra. Q. S.

El punto crítico que decidir es la posibilidad de suplir judicialmente el consentimiento no prestado, teniendo por acreditada la voluntad de procrear. Aquí cobra trascendencia la variable temporal, ya que, la práctica fue realizada en marzo de 2015, antes de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial, es decir, antes de la exigibilidad de la formalización del consentimiento informado para la determinación del vínculo filial. Se suman en el caso las deficiencias del formulario confeccionado, con campos incompletos y una historia clínica confusa acerca de algunos datos relevantes de la paciente, como si tenía o no pareja; de allí se colige que el consentimiento no fue precedido de información completa y suficiente.

A criterio del Tribunal, no pueden hacerse recaer sobre la actora ni sobre los niños las consecuencias de la falta de un consentimiento que no era requerido al momento de iniciarse la práctica. Entiende que mantener el rechazo de la acción significaría afectar el derecho de los niños a acceder oportunamente a la información referida a su origen, saber que han nacido a través de un procedimiento de reproducción asistida heteróloga y poder ejercer el derecho a la información que prevén los arts. 563 y 564, Cód. Civ. y Com., a lo que se suma su derecho a conocer quiénes han ejercido la voluntad procreacional para su concepción y nacimiento.

Con todos esos fundamentos, decide hacer lugar a la demanda y declarar el emplazamiento filial de los niños como hijos de E. N. G., ordenar la inscripción y adición del apellido G., y dar

(1) Tal vez por inadvertencia, el voto del vocal preopinante cita, sin aclaración alguna, la ley 14/2006 al referirse a las exigencias que pesan sobre médicos y responsables de los centros y servicios sanitarios donde se realizan las TRHA. Se trata de legislación española —disponible en <https://www.boe.es/eli/es/l/2006/05/26/14/con>.

cumplimiento a lo dispuesto en el art. 563, Cód. Civ. y Com. Con costas en el orden causado.

II. Precisiones sobre la voluntad procreacional

La generación de vida humana mediante técnicas de reproducción humana asistida nos enfrenta a un sinnúmero de situaciones inasibles mediante las soluciones legales previstas para la generación natural. Por ello, el Código Civil y Comercial de la Nación incorpora un conjunto de reglas para la determinación de los vínculos de filiación cuando el hijo ha sido gestado con el auxilio de alguna de estas técnicas. Incorpora a la voluntad procreacional como nueva fuente de la filiación, pues el consentimiento informado expresado en legal forma da origen al vínculo paterno o materno filial con la persona gestada, con independencia de la existencia o no de vínculo genético (art. 562, Cód. Civ. y Com.).

El grado de participación en la gestación varía según el caso, debido a la posibilidad de disociar la aportación de gametos, el proceso gestacional y la vinculación parental. Así, la mujer que dará a luz gracias a una TRHA de baja complejidad será aportante del óvulo fecundado en forma intrauterina, pero puede serlo o no en caso de TRHA extracorpórea; el varón que expresa su voluntad procreacional puede ser o no aportante de esperma, sea la TRHA de baja o alta complejidad; y la otra mujer que ha expresado su voluntad procreacional puede ser o no aportante de óvulo cuando la TRHA es extracorpórea. En definitiva, es posible que la pareja femenina o masculina de quien dará a luz carezca de toda participación física en el proceso gestacional por no ser aportante de gametos.

Se denomina *voluntad procreacional* al consentimiento expresado por una persona para asumir la calidad de progenitor de quien será gestado mediante el uso de técnicas de reproducción humana asistida. La voluntad es central y determinante, de ahí la importancia de respetar las reglas legales. Así, el consentimiento que expresa la voluntad procreacional debe reunir los siguientes caracteres (arts. 560 a 562, Cód. Civ. y Com.):

- Previo: el consentimiento debe ser anterior a la práctica médica tendiente a la gestación de

una persona mediante técnicas de baja o alta complejidad.

- Actual: debe renovarse cada vez que se proceda a la utilización de gametos —de quien consiente o de terceros— o a la implantación de embriones humanos concebidos por técnicas extracorpóreas.

- Informado: es un supuesto especialísimo de consentimiento para prácticas médicas, porque será generador de vínculos filiatorios. Quien expresa su voluntad procreacional debe ser previamente informado. El requisito legal solo se satisface si la información comprende tanto los aspectos médicos como jurídicos involucrados en la reproducción humana asistida. El deber de informar compete al centro de salud interviniente.

- Libre: debe ser expresión auténtica de la voluntad de la persona usuaria de las técnicas de reproducción humana asistida. La violencia ejercida para obtener el consentimiento, sea por fuerza o intimidación (arts. 276 a 278, Cód. Civ. y Com.), vicia la voluntad y no la hace apta para generar los efectos filiatorios previstos.

- Formal: sin perjuicio de los requisitos específicos que deberán ser incluidos en la ley especial, el Código exige la expresión del consentimiento por escrito, y su posterior protocolización ante escribano público o certificación ante la autoridad sanitaria correspondiente a la jurisdicción.

- Revocable: en concordancia con el carácter de *actual*, el consentimiento puede ser dejado sin efecto por quien lo ha expresado.

La voluntad procreacional es presupuesto constitutivo del vínculo de filiación. Puede existir voluntad procreacional sin emplazamiento filiatorio, cuando mediante la TRHA no se ha logrado el nacimiento de la persona. Por el contrario, si falta el consentimiento previo, libre, informado, formal y actualizado para la práctica médica, la persona que sea gestada como consecuencia no podrá gozar del emplazamiento de hijo cuando se inscriba su nacimiento. En definitiva, la voluntad procreacional define los vínculos filiatorios del nacido cuando se presenta el instrumento escrito protocolizado o

certificado, junto con la prueba del nacimiento y la identidad del nacido, al momento de su inscripción en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas (2).

Consideramos que no debe asimilarse la *voluntad procreacional* con la *voluntad de ser progenitor*, pues el concepto de la primera, como causa fuente del vínculo filial en la gestación médicamente asistida, implica necesaria y excluyentemente la expresión de un consentimiento previo, informado, libre, formal y sostenido, mientras que la voluntad de ser progenitor puede emerger de palabras, acciones o incluso inferirse de ciertas conductas de una persona.

Voluntad procreacional no se equipara a consentimiento presunto o deseo demostrado. No existe una vía jurisdiccional para suplir la ausencia del acto voluntario, y por ello, no son pertinentes las pruebas que tiendan a reconstruir o inferir lo que la persona habría deseado y no expresó en legal tiempo y forma (3).

Las ideas vertidas muestran nuestra disidencia con la interpretación del Tribunal. Creemos que no hay tal distinción entre un elemento subjetivo preminente y un elemento objetivo (4).

III. El problema por resolver y otros casos similares con solución en el ordenamiento

El problema que este grupo familiar conformado por las cónyuges E. N. G. y G. M. Q. S., y los niños G. Q. S. y B. Q. S. necesitan resolver es la falta de emplazamiento de estos últimos como hijos de la Sra. E. N. G., por haber nacido de la Sra. G. M. Q. S. por técnicas de reproducción asistida con gametos de terceros, sin que haya

(2) Los instrumentos mencionados formarán parte del legajo base para la inscripción del nacimiento, pero en el Acta no quedará constancia de que el nacido fue gestado por TRHA (arts. 559 y 563, Cód. Civ. y Com.).

(3) Profundizamos sobre el tema en GALLI FIANT, María Magdalena, “Voluntad y Filiación”, LLPatagonia, 6, año 15, Boletín del 06/12/2018, p. 2.

(4) Famá reconoce a la voluntad procreacional, expresada a través del consentimiento informado con los requisitos exigidos por la ley, como la fuente de la filiación por TRHA, en FAMÁ, María Victoria, “Acción de emplazamiento filial frente al uso de técnicas de reproducción humana asistida”, publicado en RCCyC 2019 (diciembre), 05/12/2019, 3, LLOnline: AR/DOC/3314/2019.

mediado un consentimiento informado formalizado por E. N. G., que era su pareja al momento de emprender la práctica reproductiva.

Se dan en el caso una suma de circunstancias derivadas de su estado civil al momento del nacimiento de los niños y de las modificaciones legales en materia de filiación que lo ubican como supuesto sin solución adecuada dentro del ordenamiento. Ambas —porque evidentemente es una pretensión compartida, a pesar de la aparente confrontación que supone este proceso contencioso— quieren lograr el emplazamiento de sus hijos conforme a esa decisión conjunta, y eligen para hacerlo una vía judicial inadecuada. De ahí el título que hemos dado a este comentario.

La combinación de dos reformas legales significativas permite distinguir cinco supuestos que guardan similitud con el caso de autos, y que lograron respuesta legal, administrativa o judicial. Los describimos a continuación.

III.1. Caso del hijo de mujer casada con otra mujer antes de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial

Con la ley 26.618 que admitió el matrimonio de personas del mismo sexo, se introdujeron numerosas reformas en el Código Civil y en otras leyes. Entre estas, el inc. c) del art. 36 de la ley 26.413 del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas referido a los datos que debe contener la partida de nacimiento. El inciso quedó redactado del siguiente modo: “c) El nombre y apellido del padre y de la madre o, en caso de hijos de matrimonios entre personas del mismo sexo, el nombre y apellido de la madre y su cónyuge, y tipo y número de los respectivos documentos de identidad. En caso de que carecieren de estos últimos, se dejará constancia de edad y nacionalidad, circunstancia que deberá acreditarse con la declaración de dos [2] testigos de conocimiento, debidamente identificados, quienes suscribirán el acta”. Está claro que la modificación introducida en 2010 adicionó el supuesto de madre casada con otra mujer e impuso la incorporación de este dato en el acta de

nacimiento del hijo de aquella, pero sin aclarar los alcances en materia filiatoria (5).

En un principio, la decisión de los Registros se apegó al texto legal, negando la inscripción como determinante de maternidad o “comaternidad” de la cónyuge de la mujer que había dado a luz (6). Pero a partir de 2011 se inició un proceso de aceptación de la registración de la cónyuge de la madre en la partida de nacimiento, sumada a la aplicación del art. 4º de la ley 18.248 para la definición del apellido del nacido (7). Así, sin mediar cambio del marco normativo de fondo posterior a la sanción de la ley 26.618, se fue tergiversando el sentido de la disposición legal contenida en el art. 36, inc. c) de la ley de Registro Civil hasta interpretar que la reforma de 2010 modificó el régimen de filiación.

(5) A poco de sancionada la norma, surgieron opiniones diversas acerca de los alcances legales del asiento del nombre e identificación de la cónyuge de la madre en el acta de nacimiento del hijo biológico. Por nuestra parte, sostuvimos que la inclusión de dichos datos en el acta de nacimiento no generaba vínculo de filiación entre la esposa y el hijo, porque esa filiación no correspondería a ninguna de las fuentes previstas por entonces, en nuestro ordenamiento legal —naturaleza o adopción—. Ver un análisis más profundo y fundado en nuestro Capítulo “Reformas legales y su impacto en la Filiación”, en FERRER — GALLI FIANI y otros, “Nuevo régimen legal del matrimonio civil. Ley 26.618”, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2010, ps. 117 y ss.

(6) El Consejo de Directores de Registro Civiles, reunido en el mes de septiembre de 2010, dictaminó que tal inclusión del nombre de la cónyuge de la madre no es determinante de filiación.

(7) El primer caso se produjo en la ciudad de Rosario, provincia de Santa Fe, en mayo de 2011, luego de la decisión inicial del Jefe de Sección de inscribir a las mellizas nacidas de una mujer casada con otra solo con el apellido de la madre biológica y la identificación de su cónyuge. Las cónyuges se opusieron, patrocinadas por un Abogado y con fuerte apoyo de la CHA, y lograron que por decisión del director del Registro Provincial se dispusiese la inscripción con el apellido de ambas. Otras Provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires adoptaron ese criterio, con grandes repercusiones mediáticas y aval de organismos públicos, especialmente del Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI) que en su sitio oficial publicita y celebra las decisiones de los Registros Provinciales. Ampliamos estos antecedentes en GALLI FIANI, María Magdalena, “¿Una filiación sin fuente o filiación por “voluntad política”? A propósito del decreto de necesidad y urgencia 1006/12”, publicado en Microjuris, 21/08/2012. Cita MJ-DOC-5930-AR | MJD5930.

Esta solución acuñada en el ámbito administrativo no da respuesta a la situación de las Sras. E. N. G., G. M. Q. S. y los niños, porque el nacimiento de estos se produjo luego del 1° de agosto de 2015, con plena vigencia de las reglas de determinación de la filiación dispuestas por el Código Civil y Comercial.

III.2. Caso regulado por el DNU 1006 de 2012

El 03/07/2012 se publicó en el Boletín Oficial, bajo el título “Matrimonio Civil. Nacimientos de hijos menores de matrimonios de personas del mismo sexo nacidos con anterioridad a la sanción de la ley 26.618. Inscripción”, el DNU 1006 emanado del Poder Ejecutivo nacional. La norma, de evidente inconstitucionalidad por el instrumento normativo utilizado para esta materia, estableció por el término de un año contado a partir de su publicación y con carácter excepcional, prorrogable por un año más, un trámite administrativo para completar la inscripción del nacimiento de niños menores de dieciocho años de edad de matrimonios conformados por dos mujeres y nacidos con anterioridad a la sanción de la ley 26.618, de acuerdo con los términos establecidos por el art. 36, inc. c) de la ley 26.413 reformado. Para que procediera este trámite administrativo se requería que ambas cónyuges manifestasen expresamente su pleno consentimiento para la inscripción y que el menor de edad no tenga filiación paterna inscrita con anterioridad. El trámite debía realizarse ante el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas y consistía en completar el acta de nacimiento y la libreta de matrimonio correspondiente.

El DNU, muestra de falta de rigor jurídico e imprudencia normativa, se dictó en un contexto particular, en el que estaba vigente el Código Civil reformado en 2010 con la admisión del matrimonio de personas del mismo sexo y aún no había normas legales que regularan la filiación por técnicas de reproducción humana asistida **(8)**. Tampoco este —aunque estuviera

vigente— permitiría la solución al caso de autos, porque no se cumplen los presupuestos de aplicación.

III.3. Caso del art. 9° de la ley 26.994

El art. 9° de la ley 26.994 de sanción del Código Civil y Comercial de la Nación dispuso normas transitorias para la aplicación del nuevo Cuerpo legal. Entre ellas, la Tercera señala: “Los nacidos antes de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación por técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre a la realización del procedimiento, debiéndose completar el acta de nacimiento por ante el Registro Civil y Capacidad de las Personas cuando solo constara vínculo filial con quien dio a luz y siempre con el consentimiento de la otra madre o del padre que no figura en dicha acta (corresponde al cap. 2 del tít. V del Libro Segundo del Código Civil y Comercial de la Nación”).

La finalidad de la norma es permitir el emplazamiento filiatorio de los hijos nacidos por técnicas de reproducción asistida antes del 1° de agosto de 2015 conforme a las reglas del nuevo ordenamiento. En forma expresa, y como excepción a la regla general del art. 7° del Código permite favorecer con el doble emplazamiento a los nacidos antes de la vigencia de las nuevas pautas de determinación de la filiación en esta fuente. El requisito exigido es el consentimiento otorgado para la realización de la práctica con naturaleza análoga a la del previsto en los arts. 560 y 561.

Habiendo mediado ese consentimiento previo, informado y libre, el trámite indicado se reduce al ámbito administrativo, en sede del Registro del Estado Civil y Capacidad de las personas. Para la inclusión emplazatoria de la otra mujer o del varón en el acta de nacimiento es necesario su consentimiento.

El caso de autos no encuadra en el supuesto de la norma transitoria porque el consentimiento previo no existió, aunque no hay dudas de la voluntad de ambas mujeres de lograr el emplazamiento conjunto como progenitoras.

(8) Remitimos al análisis y críticas que efectuáramos en GALLI FIANT, María Magdalena, “¿Una filiación sin fuente o filiación por “voluntad política? A propósito del decreto de necesidad y urgencia 1006/12”, publicado en *Microjuris*, 21/08/2012. Cita MJ-DOC-5930-AR | MJD5930

III.4. Caso en que medió consentimiento informado, pero no se cumple con el requisito de la norma transitoria

Se trata de los casos en los que la práctica médica se llevó a cabo con el consentimiento de la mujer que dará a luz y de su pareja, y el nacimiento ocurrió antes de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial, pero no se cuenta con el consentimiento de la otra mujer o del varón para proceder a su inscripción como progenitor/a en el acta de nacimiento del hijo.

Este fue el supuesto fáctico abordado por el Juzgado Civil N.º 8 de Ciudad Autónoma de Buenos Aires en la sentencia del 13 de agosto de 2015 en los autos “C., G. J. s/ información sumaria”. El objeto del proceso era lograr el emplazamiento del niño nacido en 2014 tras una práctica homóloga lleva a cabo previo consentimiento libre e informado de la mujer y el varón. La vía judicial se intentó por la imposibilidad de lograr ese emplazamiento en el ámbito administrativo debido al fallecimiento del varón. El Juzgado —en ese momento “bisagra” para la práctica tribunalicia por la reciente entrada en vigencia del nuevo Código— resolvió admitir la pretensión y declarar el emplazamiento del niño como hijo del fallecido, y ordenó la inscripción en el Registro Civil, con adición del apellido paterno, a continuación del materno. Contó con dictamen favorable de la Defensora Pública y de la Fiscalía, y conformidad de la Dirección General del Registro (9).

Se trata de un supuesto en el que se suplió judicialmente la ausencia de consentimiento actual para la inscripción en el Registro. Tampoco coincide con el caso de autos porque en la especie jurisprudencial medió consentimiento previo.

III.5. Caso del hijo de mujer casada con otra mujer durante la vigencia del Código Civil y Comercial

Más allá de las críticas que nos merece la enunciación de la regla de determinación de la filiación matrimonial en el art. 566, Cód. Civ. y

Com. (10), si el nacimiento del hijo se produjo luego de la entrada en vigencia del Código, fruto del parto de una mujer casada con otra mujer, opera la presunción de filiación matrimonial. Como hemos dicho en otras ocasiones, se trata de una regla de determinación de la filiación del cónyuge en el marco de la filiación por naturaleza, razón por la cual no debería haberse extendido a la cónyuge mujer, pues en este caso la parentalidad conjunta solo puede derivar de técnicas de reproducción humana asistida con gametos masculinos de tercero, que ya tienen sus propias reglas de determinación.

Aun así, en un esfuerzo interpretativo por la integración de ambos párrafos del art. 566, queda excluida la posibilidad de emplazamiento de pleno derecho de la cónyuge que no prestó su consentimiento previo informado y libre. Por lo tanto, en el caso de autos, aunque a la fecha del nacimiento de los niños las Sras. E. N. G. y G. M. Q. S. hubiesen estado casadas, la aplicación de la presunción legal no hubiera procedido.

IV. Una vía posible para acoger la pretensión real

La acción de reclamación de la filiación es la que corresponde al hijo o a sus herederos para lograr el emplazamiento cuando el vínculo con la madre o con el padre no se encuentra determinado. Se trata de una acción prevista en el marco de la filiación por naturaleza, regulada en los arts. 582 a 587, Cód. Civ. y Com., cuyo presupuesto de procedencia —que el hijo no se encuentre emplazado como tal respecto de sus progenitores biológicos— no condice con la pretensión de la Sra. E. N. G. y su grupo familiar.

Coincidimos con Famá cuando señala que la especificidad de la filiación en caso de técnicas de reproducción humana asistida “..justifica la formulación de reglas propias que impiden aplicar en dicho ámbito las soluciones tradicionalmente pensadas para la filiación por naturaleza. Esta particularidad se extiende al campo de las acciones de reclamación de la filiación, cuyos alcances deben definirse con claridad para evi-

(10) Remitimos a la crítica realizada en GALLI FIANT, María Magdalena, “Acciones de filiación en el Código Civil y Comercial”, en Revista de Derecho de Familia y de las Personas, VII-9, Ed. La Ley, octubre de 2015, p. 20.

tar soluciones contrarias a la premisa de la voluntad procreacional” (11).

La acción intentada en este caso aparece como una herramienta exorbitante. Deja planteado un contexto de controversia simulado, que se evidencia en el allanamiento incondicional de la demandada; parece claro que ambas partes comparten la misma pretensión.

Es posible que la falta de encuadre en alguna de las soluciones que reseñamos en el apartado anterior haya llevado a las partes a ensayar esta vía para lograr la orden judicial de inscripción

(11) FAMÁ, María Victoria, “Acción de emplazamiento filial frente al uso de técnicas de reproducción humana asistida”, publicado en RCCyC 2019 (diciembre), 05/12/2019, 3, LLOnline: AR/DOC/3314/2019. La autora agrega que “si lo que se pretende es determinar la filiación de quien prestó el consentimiento informado para las TRHA, no corresponde técnicamente interponer una acción de reclamación de filiación porque el objetivo de la petición se reduce a la anotación del consentimiento en el Registro Civil a fin de conferir el título de estado de hijo constitutivo del emplazamiento. Frente a tales supuestos, la inscripción podrá subsanarse a través de una información sumaria judicial si se evidencia la existencia de la voluntad procreacional determinante de la filiación, expresada mediante el consentimiento informado prestado en las condiciones exigidas por la ley. De ser así, el título de estado resultará de la mentada resolución. La misma alternativa se presenta en caso de no haberse cumplido con la protocolización del documento sanitario”.

de la Sra. E. N. G. como madre de los niños. Y tal vez esa falta de convicción sobre la acción elegida las haya llevado a no sostener la apelación, rol que asumió el Ministerio Público en representación de los niños.

La resolución del Tribunal se basa en una disociación entre aspectos subjetivos y objetivos para la determinación de la filiación por técnicas de reproducción humana asistida que contradice las reglas del Código. Como hemos dicho más arriba, la voluntad procreacional que sustenta el vínculo parental es la que se expresa mediante el consentimiento previo, informado, libre y formalizado en los términos de los arts. 560 y 561, Cód. Civ. y Com., expresión no reemplazable por otras vías. Esta interpretación de la Cámara, aplicada a otros casos en los que no haya mediado tal consentimiento, llevaría a resultados contrarios a la norma y a los principios involucrados.

Creemos que, en el momento inicial del proceso, haciendo uso de la regla *iura novit curia*, podría haberse enderezado la acción hacia una Información sumaria con el objeto de lograr la orden judicial para la inscripción de la Sra. E. N. G. como progenitora, con base en una aplicación ampliada del art. 9º Tercero de la ley 26.994, en virtud de la falta de obligatoriedad del consentimiento previo de la pareja de la madre y no dadora de gametos a la fecha de la práctica médica.

DOBLE PARENTALIDAD

Identidad biológica. Paternidad socioafectiva. Derecho a la identidad. Impugnación de la filiación. Caducidad.

Con nota de Néstor E. Solari

1. — El reconocimiento de la filiación biológica de la niña no debe implicar en el caso el desplazamiento liso y llano de la originaria filiación, en tanto se ha acreditado que la menor estableció en plenitud desde su nacimiento el vínculo paterno-filial con la pareja de su madre, nació y crece, con sus cinco años cumplidos, en el seno de la familia que compone junto a ellos, condición que reconoce el progenitor, quien, a la par de exigir su reconocimiento como tal, expresó reiteradamente su interés de sumarse a la vida de la niña, sin desplazar al “otro papá”.
2. — El art. 558, Cód. Civ. y Com., debe declararse inconstitucional, toda vez que al prescribir que nadie puede tener más de dos vínculos filiales, su literal aplicación conduciría a que el emplazamiento del progenitor accionante excluiría al demandado, solución de rigidez salomónica que no se compadece con las circunstancias comprobadas de la causa ni propicia el contexto que requiere la integración del padre biológico a la vida de la niña sin quebrar la familia en la que ha nacido y se viene desarrollando, con los efectos devastadores que tal decisión podría acarrear.
3. — Si bien es cierto que el accionante admitió en la prueba confesional haber sido advertido por la madre de la menor de su posible paternidad al poco tiempo de la concepción, vale decir mucho más que un año antes de haber entablado la acción en los términos del art. 593, párr. 3, Cód. Civ. y Com., no debe aplicarse el plazo de caducidad, dado que fueron los propios demandados quienes, desde el momento mismo en que fue revelada la verdad entre los adultos, iniciaron un camino terapéutico para poder brindar a la niña tanto la información de su origen genético, como las condiciones para conocer y vincularse con su progenitor.

C2aCiv. y Com., La Plata, sala III, 15/07/2020. - F. c. C. y otro/a s/ acciones de impugnación de filiación.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/24021/2020]

COSTAS

Se imponen en el orden causado.

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Se declara la inconstitucionalidad del art. 558 del Cód. Civ. y Com.

Causa N° 125988

2ª Instancia.- La Plata, julio 15 de 2020.

1ª ¿Es justo el decisorio dictado a fs. 216/225? 2ª ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

1ª cuestión. — El doctor *Soto* dijo:

I. En el decisorio cuestionado el señor Juez de la precedente instancia admitió la demanda de impugnación del reconocimiento promovida por F. F. contra L. E. P. y J. C. Admitió asimismo la demanda de filiación promovida por F. F. contra J. C. y L. E. P., declarando que E., nacida el 23 de mayo de 2015, en la ciudad de La Plata, Provincia de Buenos Aires, anotada bajo el acta N° ... el día 15 de junio de 2015, es hija de F. F. y no de L. E. P. disponiendo dicha anotación en el Registro Civil y Capacidad de las Personas de la Provincia de Buenos Aires. Impuso las costas en el orden causado y reguló los honorarios a los profesionales intervinientes.

En lo que importa destacar, señaló que la prueba de ADN producida en autos excluyó a L. E. P. como padre posible de E., y estableció la existencia de compatibilidad genética entre F. F. y la niña de acuerdo a lo que se espera para un vínculo padre e hija.

Luego de estimar procedente la demanda planteada, indicó que no trataría las excepciones de falta de legitimación activa y caducidad de la acción, dada la prueba genética, el interés de la niña y el orden público.

II. Contra esa forma de decidir apelaron las partes, expresando sus agravios a fs. 233/241 vta., 248/258 vta., 269/279, con réplicas a fs. 283/307, 333/336 vta., y 337/340 vta.

III. Ante el requerimiento de la parte demandada, se admitió el replanteo de la prueba omitida en la instancia de origen, generando una etapa que dio lugar, asimismo, a sucesivas audiencias y el conocimiento personal de la niña por parte del Tribunal.

Finalmente las partes produjeron sus alegatos.

IV. A fs. 494 y 500 se expidieron la Asesora de Menores y el Fiscal adjunto de Cámara, aconsejando que se confirme la sentencia.

V. En síntesis que se formula, se agravia el accionante por la consideración formulada sobre que tanto P. como C. manifestaron reconocer la realidad biológica de E.; así como la imposición de costas en el orden causado.

Justifica la primera de las objeciones en el análisis de las presentaciones realizadas por la parte contraria, de donde extrae la opinión disidente con el Juez.

Observa asimismo que, de la incorrecta ponderación de la postura asumida por la parte demandada, el decisorio concluyó en la procedencia de la imposición de las costas en el orden causado, y sostiene que ello no tiene asidero normativo ni se ajusta a las constancias de la causa.

Que, como consecuencia de ello, deben imponerse las costas a los demandados conforme al principio objetivo de la derrota.

Los codemandados, mediante sendas e idénticas piezas, controvierten los argumentos utilizados por el recurrente, y justifican la distribución de costas llevada a cabo, por lo que requieren que se desestimen los agravios propuestos.

VI. De su lado, el señor P. sostiene que la sentencia cuestionada adolece de vicios formales y sustanciales que la descalifican como tal.

Refiere que el expediente presenta un cúmulo de vicios de procedimiento que no fueron saneados, y perjudican derechos sustanciales de su hija E. y del apelante, lo que condujo a la promoción de un incidente de nulidad.

Afirma que el fallo padece un claro error en la apreciación de los hechos alegados por las partes, puesto que respecto del examen de ADN privado (fs. 18/21) dejó claro que lo desconocía y le era inoponible.

Señala que el decisorio se funda en un error de conceptos, al asimilar la “filiación” con “identidad biológica”, error que también atribuye a la Asesora de Menores y la Fiscalía, por cuanto el artículo 558 del Cód. Civ. y Comercial establece que “La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción. La filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial y extramatrimonial, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código...”

Objeta que la aptitud de esa “identidad biológica” desplace el estado filiatorio de E. a partir de su reconocimiento como padre, libremente adoptado y ratificado por la posesión de estado de hija desde antes de nacer.

Sostiene que en su condición de padre de E., mantiene una relación paterno-filial pública, constante y fructífera con ella desde el momento mismo de su nacimiento, haciéndose cargo de todas las responsabilidades que implica la crianza, educación y salud de un niño.

Afirma que ni la Convención sobre los Derechos del Niño, ni la normativa constitucional nacional y/o provincial, ni las normas de rango inferior obstan para que la ley o la jurisprudencia privilegien, según las circunstancias, una identidad filiatoria consolidada que puede ser, incluso, no coincidente con una “verdad biológica”.

Seguidamente puntualiza que no se fundó la razón por la cual se descarta el tratamiento de las excepciones opuestas por el recurrente.

Alude que en el caso la acción intentada se asienta en el artículo 582 del Cód. Civ. y Comercial, que corresponde al hijo, y a sus herederos solo en caso de haber muerto este en la menor edad o si fuere incapaz. Y que la otra acción entablada es la del artículo 593, del mismo ordenamiento, que establece que el reconocimiento de los hijos nacidos fuera del matrimonio puede ser impugnado por los propios hijos o por los terceros que invoquen un interés legítimo, que reduce en un año el plazo de dos que establecía el Código anterior para los demás interesados, entre los cuales está contemplado el actor.

Argumenta luego sobre la caducidad de la acción y concluye que no puede desatenderse la realidad de una niña que, frente a las decisiones de los adultos, resulta ser la parte más vulnerable de la relación y que requiere ser protegida por la ley.

VII. Por su parte, la codemandada C. expone sus argumentos recursivos en términos sustancialmente idénticos a los reseñados en el acápite anterior, por lo cual —en honor a la brevedad— a aquellos se remite su relación.

Ambas piezas apelatorias son calificadas de insuficientes por el accionante, quien solicita que se declare la deserción de dichos recursos.

Seguidamente refuta cada uno de los argumentos propuestos por la parte demandada recurrente y solicita que se rechacen los agravios.

VIII. La suficiencia técnica de la pieza recursiva elaborada por la parte demandada fue objetada por la contraria; y en tal sentido he de señalar que esta Sala ha decidido que la existencia en torno al cumplimiento de los recaudos de la expresión de agravios no debe ser tan rigurosa y estricta como para arribar a la deserción cuando exista un mínimo de ataque a la sentencia que sirva para justificar la efectiva salvaguarda del principio constitucional de defensa en juicio (arts. 18 Constitución Nacional, 260 y 261 —texto y doctrina—, Cód. Proc.; esta Sala, causas B 82.689, RSD 121/96, B 80.424, RSD 30/95, 117.081, RSD 59/14, 117.930, RSD 15/15 e. o.).

Consecutoriamente, la sanción prevista por el artículo 261 del Código Procesal debe interpretarse con criterio restrictivo a fin de mantener intacta, en la medida de lo posible, la aludida garantía constitucional de la defensa en juicio de la persona y de los derechos (arts. 18 Constitución Nacional, 15, Constitución Provincial; esta Sala, causas citadas), en cuyo mérito surgiendo del escrito recursivo un ataque adecuado al decisorio recurrido, corresponde el análisis de los agravios vertidos.

IX. Las particulares circunstancias generadas por la conducta asumida por los tres protagonistas adultos de esta historia —a la vez partes y recurrentes en autos— desde, incluso, antes del nacimiento de E., exige, de modo proporcional, una respuesta jurisdiccional diversa a la vertida en la instancia precedente.

Por razones que no fueron esclarecidas de manera precisa —y no son relevantes para la decisión que se propondrá—, el origen biológico de E., nacida el día 23 de mayo de 2015, fue ocultado a L. P., quien asumió su paternidad y la ejerció en el convencimiento de su plenitud hasta el mes de diciembre de 2017, cuando su pareja —y madre de E.—, J. C., a instancias del padre biológico F. F. y luego de haber realizado en secreto un estudio de ADN, se lo contó.

E., hoy de cinco años, y a quien debemos dirigir especialmente nuestra atención, dado el prioritario y superior interés que le confiere el sistema jurídico (arts. 3, 9 y 12, Convención Internacional sobre los Derechos del Niño; 31, 33, 75 inc. 22 y concs., Constitución Nacional; 2, 3 y concs., ley 26.061; 1, 11, 15, 36.2 y concs., Constitución Provincial; 4, 5, 6, 7 y concs., ley 13.298; SCBA, causa 101.726, sentencia del 05/04/2013), transitó estos años de vida bajo el mismo relato parental, ocultamiento que, afortunadamente y conforme será destacado más adelante, fue cediendo recientemente para abrir paso a la verdad de su origen genético.

Fue necesaria la producción de prueba en esta sede recursiva, así como sucesivas audiencias con las par-

tes y con la niña para poder comprender, con los límites inevitables de la actuación judicial, la compleja trama humana que se desarrolla en la vida de E. y de sus padres desde el momento mismo en que fue concebida.

También se observan diferencias entre las posiciones asumidas por los contendientes en los escritos postulatorios, recursivos y de alegación de prueba, y lo que expusieron al momento de prestar declaración confesional en la audiencia de vista de causa fijada por este Tribunal (v. disco compacto de fs. 413), y al tiempo de comparecer a sucesivas audiencias conciliatorias fijadas también por esta Sala.

Es así que las posturas férreas y antagonistas que se enuncian en las presentaciones aludidas, donde sobresa la búsqueda por el desplazamiento recíproco del rol parental, no encuentran correlato en las declaraciones prestadas tanto por F., como por P. y por C. (arts. 384 y 421, Cód. Proc.).

Se destacan valiosas y constructivas expresiones que ponen foco en el interés superior de la niña, cuando dicen: i) el primero: “...sumarme a la vida de E... no desplazando al señor P... que sepa la verdad, poder ir trabajando todos juntos, el señor P., la señora C., E. y yo... que me pueda integrar a su vida y ella a la mía, y que sepa que tiene dos papás...” (48’ 40’ en adelante); el segundo: ii) “...el camino que ya iniciamos de ir contándole las... diferentes tipos de familia... que no hay solo un tipo de familia... que cuando le contemos su realidad particular, hacerlo de una manera positiva... ir direccionando hacia la posibilidad... que pueda vincularse... relacionarse con F... es la construcción que hicimos... respetando siempre a E. ... no pasando por encima de ella, ni poniendo adelante los deseos de los adultos...”; (32’ 10” en adelante); y iii) la tercera: “...lo que hemos charlado... que la función de padre es una función que se crea... se va a formar de a dos con él... y E. le dará el nombre que ella crea también conveniente...en base a la relación que vaya a tener...” (17’20” en adelante).

A partir del minuto 55’ de la audiencia puede verse y escucharse la declaración de la Licenciada D. L. M., la psicóloga ante quien P. y C. llevan adelante el trabajo terapéutico.

Relata la especialista que en el mes de febrero del año 2018 fue consultada por las partes referidas, con el objetivo de poder transmitir a E. la situación de origen, que recientemente había sido conocida por los adultos (P.), que no estaban al tanto todavía. Para ello llevó a cabo entrevistas —además de con los mencionados—, con la niña, acompañada por cada uno de los padres, y con F. por otro lado. También con los tres adultos de manera conjunta. Se trazó entonces el

objetivo de que, además de que E. conozca su origen, pueda desarrollar una relación con su padre biológico. Continúa dando detalles de los acontecimientos sucedidos, donde la promoción de este juicio generó un hito relevante en la terapia. Entre otras consideraciones que formula, expone que se acerca el tiempo en que se den las condiciones de avanzar con la comunicación a E.

Se destaca el testimonio por la comprobación de que las expresiones vertidas por las partes sobre su común interés en esclarecer a la niña su origen, y establecer las condiciones para que construya la relación con su padre biológico, cuya inicial responsabilidad recae sobre C. y P., tiene el soporte terapéutico ineludible, lo que otorga credibilidad y fortaleza a sus manifestaciones (arts. 384 y 456, Cód. Proc.).

A fs. 379/381 la Licenciada M. B. D., psicóloga del Cuerpo Técnico del Juzgado de origen, y a requerimiento de esta Sala, presentó su dictamen.

Expuso, luego de entrevistar a los adultos comprendidos en la causa, que del discurso de C. se desprende un posicionamiento de escasa implicación subjetiva, ya que aún no consiguió elaborar todo lo sucedido, y si bien dice comprender la necesidad de esclarecer la situación familiar en función de los derechos de E., aún no puede integrar psíquica y afectivamente a la figura de F. como parte de la vida de su hija, e insiste en que el vínculo paterno-filial la niña lo construyó con P.

Alude a su resistencia a inscribir a su hija con el apellido del padre biológico bajo el mismo argumento de que E. reconoce como papá a P. En tal sentido sostiene la experta que "...más allá de las incumbencias jurídicas, desde el área psicológica representa, simbólicamente, la introducción de la ley necesaria para regularizar los vínculos, así como también para una construcción psíquica adecuada".

Refiere más adelante que P. adopta una implicación subjetiva que consigue diferenciar la historia de pareja del vínculo que mantiene con la niña, y afirma que pretende acompañar a E. en este proceso, resguardarla, y comprende que es necesaria la integración de F. a la vida de la niña.

Advierte la experta, ante la idea de que sea E. quien decida si desea o no construir un vínculo con F., "... que la niña no cuenta con la capacidad reflexiva necesaria, ni con las herramientas para poder resolver tal cuestión, sumado a ello, al momento actual desconoce su historia. En tal sentido, serán los adultos significativos quienes deben apuntalarla y acompañarla en el proceso de deconstrucción y construcción de

su configuración familiar, así como también los que deben habilitar a E. para construir nuevos vínculos afectivos".

Del lado de F., la Licenciada percibe un discurso del que se deriva su posicionamiento subjetivo implicado en la situación planteada. En tal sentido expuso el accionante ante la experta que pretende "...construir un vínculo con E., conocerla y compartir tiempo con ella, respetando y aceptando los vínculos afectivos que la niña ha construido hasta el momento, intentando así sumar afectos".

Señala con firmeza la experta la importancia de que E. sepa su origen, y en esa dirección observa que hace más de un año y medio que su identidad fue esclarecida por los adultos, de modo que es imperioso que se arbitren los medios para que la niña lo conozca "...y a partir de allí, en contexto terapéutico, comience un proceso de deconstrucción y construcción de su identidad e historia, para así integrar afectivamente al Sr. F. y el contexto que este ofrece, en su historia vincular. Del mismo modo, serán los adultos significativos los que deben habilitar y apuntalar a la niña para la construcción de nuevos vínculos afectivos. En la misma dirección, entiendo que el cambio de apellido acompañara dichos movimientos, necesarios para un devenir psíquico adecuada de la pequeña..."

Ante las objeciones planteadas por la parte demandada (417/419), justificó la experta el soporte metodológico del dictamen, y expuso que "...todo lo expuesto se apoya, tal como fuera enunciado, en el método clínico y en el análisis discursivo en su dimensión intra e inter subjetiva. El método clínico es el método por excelencia que utiliza la psiquiatría y la psicología como instrumento para arribar a conclusiones diagnósticas. No es la mera recolección de datos utilizados en otras disciplinas, ya que se registra y analiza no solo la comunicación verbal y gestual, sino que se observa el lenguaje en su dimensión simbólica, focalizando en la dinámica y en la funcionalidad psíquica y relacional a expensas de los contenidos históricos". Sostiene luego que su aporte disciplinar no consiste en dar cuenta de la realidad de los hechos, sino de la realidad psíquica de los sujetos.

Finalmente explicitó la psicóloga que estimó innecesario mantener una entrevista con la niña E. dado que desconocía la historia de su origen, lo que condujo, por lo demás, a sugerir que en forma inmediata las partes y la niña participen de un espacio terapéutico, especializado en niñez y familia, a fin de que la niña inicie un proceso de deconstrucción y construcción de su identidad e historia vincular, que le posibilite integrar nuevos vínculos afectivos (arts. 384 y 474, Cód. Proc.).

Conforme surge del acta labrada a fs. 425, a fines de diciembre del año pasado tomamos contacto con la niña, a quien acompañaron P. y C. En dicha ocasión pudimos observar la naturalidad, el afecto y la cercanía que expresa el vínculo paterno-filial construido entre E. y P.

El día 27 de febrero de este año, reunidas nuevamente las partes en una audiencia fijada por el Tribunal, fue suministrada una información relevante para el caso.

El propio P. expuso que "...han puesto a la menor E. al tanto de la situación que la vincula, en particular que él no es su progenitor pero que sí es su papá. Que se buscó naturalizar la situación, a lo que la reacción de E. fue buena. Que la terapeuta no participó en esta situación, pero sí en su seguimiento. Que la intención no es obstruir ninguna información respecto de la identidad de la menor. Que, no obstante, no se le ha revelado quién es efectivamente su progenitor..." (v. fs. 440, art. 36, inc. 4°, Cód. Proc.).

Vemos entonces que, desde el nacimiento de E. —hace poco más de cinco años— se ha construido una filiación socioafectiva con P., que ahora se revela carente de vínculo genético, el que fuera de todo debate corresponde a F.

X. Las encrucijadas que nos propone el caso son, por un lado, si corresponde otorgar consecuencias jurídicas al aludido vínculo genético frente a la defensa de caducidad de la acción propuesta por la parte demandada (art. 593, 3° párrafo, Cód. Civ. y Comercial); y en tal caso si procede el desplazamiento de la originaria filiación, que, recuerdo, fue producto del ocultamiento de C.; con la aquiescencia —en alguna medida—, de F., y el consecuente desconocimiento de P. sobre la posibilidad que la paternidad que ejercía no le correspondía.

Recuérdese que el artículo 593, 3° párrafo, del Cód. Civ. y Comercial establece un plazo de caducidad de la acción de impugnación de paternidad de un año desde que se conociera el acto de reconocimiento o que se tuviera conocimiento de que el niño podría no ser el hijo.

Si bien es cierto que F. admitió en la prueba confesional haber sido advertido por C. de su posible paternidad al poco tiempo de la concepción, vale decir mucho más que un año antes de haber entablado la acción (v. audiencia de vista de causa, 40' en adelante; arts. 384 y 421, Cód. Proc.), las circunstancias del caso impiden que se aplique el plazo de caducidad pretendido por los recurrentes.

Se ha visto que los propios demandados recurrentes, desde el momento mismo en que fue revelada la verdad entre los adultos (diciembre de 2017), iniciaron un camino terapéutico para poder brindar a E. tanto la información de su origen genético, como las condiciones para conocer y vincularse con su progenitor.

A estas alturas, y conforme surge del acta labrada en ocasión de la audiencia celebrada en el pasado mes de febrero, ya fue transmitida parte de esa información, y no sería extraño, dada la entidad existencial que tiene el tema y los meses transcurridos desde entonces, que se hayan producido otros progresos en tal sentido.

De modo que la solución oclusiva del caso que mantienen los recurrentes se opone a su propia conducta anterior y sobreviniente, deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz, en una postura que el ordenamiento jurídico no ampara (esta Sala, causas 113.411, RSD 82/11; 105.198, RSD 46/10, 116.514, RSD 10/14; 121.145, RSD 90/17).

Es que, por un lado, y tomando el imprescindible rumbo de brindar a E. la verdad acerca de su identidad, como derecho humano esencial (arts. 7 y 8, Convención sobre los Derechos del Niño; XVII, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 6, Declaración Universal de los Derechos Humanos; 3 y 19, Convención Americana sobre Derechos Humanos; 16 y 24, Pacto Internacional por los Derechos Civiles y Políticos; 10.3 del Pacto Internacional por los Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 31, 33, 75 inc. 22, Constitución Nacional; 12, inc. 2), Constitución Provincial; 7, último párrafo, ley 13298), mediante asistencia terapéutica, P. y C. han avanzado significativamente en ofrecer a la niña el conocimiento de su origen y de su progenitor, y facilitar la construcción del vínculo paterno-filial. Por otro, sin embargo, persisten en la defensa de caducidad de la acción, lo que podría conducir a la paradoja de que E. conozca y entable el vínculo con su padre biológico pero al mismo tiempo le sea privado el estatus jurídico compatible con esa realidad.

Las razones ofrecidas, sustentadas desde la propia conducta anterior y sobreviniente, deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz, así como desde la primacía del derecho al conocimiento y construcción de la identidad, impiden que sea admitida la defensa propuesta, con el alcance que se propondrá seguidamente.

El reconocimiento de la filiación biológica de la niña no debe implicar en el caso, el desplazamiento liso y llano de la originaria filiación.

Se ha acreditado que E. estableció en plenitud desde su nacimiento el vínculo paterno-filial con P., nació y crece, con sus cinco años cumplidos, en el seno de la familia que compone junto a su madre y a P., condición que reconoce el progenitor, quien, a la par de exigir su reconocimiento como tal, expresó reiteradamente ante este Tribunal —una de ellas en la audiencia de prueba analizada—, su interés de sumarse a la vida de la niña, sin desplazar a P., a quien califica como el “otro papá” de E.

En esa dirección, se ha dicho con razón que “...la identidad del individuo posee diversas dimensiones (estática, dinámica y cultural; conf. Lorenzetti, Ricardo L., “Constitucionalización del Derecho Civil y Derecho a la Identidad Personal en la Doctrina de la Corte Suprema”, LA LEY, 1993-D, 678), y si bien asumimos que el origen es el punto de partida, principio, raíz y causa de una persona, también sostenemos que es inexacto predicar que la identidad de origen desplaza en importancia a la identidad que confiere el curso de la vida, en la faz dinámica que revela su configuración dual. No se trata de manifestaciones excluyentes, sino por el contrario, complementarias. La identidad genética conforma, junto con la que forja el devenir histórico de un individuo, un bloque fundante macizo, de configuración y consolidación progresiva” (voto del Dr. Pettigiani, causas C. 85.363, sent. del 27/02/2008; C. 101.726, del 05/04/2013, entre otras).

Ciertamente, el artículo 558 del Cód. Civ. y Comercial, prescribe que nadie puede tener más de dos vínculos filiales, de modo que su literal aplicación conduciría a que el emplazamiento del progenitor (E.), excluiría a P., solución de rigidez salomónica que no se compadece con las circunstancias comprobadas de la causa ni propicia el contexto que requiere la integración del padre biológico a la vida de la niña sin quebrar la familia en la que ha nacido y se viene desarrollando, con los efectos devastadores en E. que tal decisión podría acarrear.

Estamos frente a dos formas de paternidad, la socioafectiva que se cultiva desde su nacimiento, al amparo de la buena fe de P., y la biológica, que hoy exige su reconocimiento.

Y como tales, no son excluyentes.

Se trata —fue señalado con precisión—, de diversos institutos que tutelan bienes diferentes.

La paternidad socioafectiva resguarda la vivencia del sujeto en un entorno familiar y la biológica consagra el derecho de saber quién engendró con la posibilidad de poder conocerlo y relacionarse con él.

Es así por ello que el Derecho debe cumplir un rol pacificador haciendo constar los registros de ambas verdades, la de orden socioafectiva y la biológica igualmente.

“La paternidad socioafectiva —señalan los autores— es el tratamiento dispensado a una persona en calidad de hijo y se encuentra sustentada en el sentimiento de cariño y amor, independientemente de la imposición legal o vínculo sanguíneo. En su esencia natural, la relación paterno-filial trasciende las imposiciones legales y se cimienta en una relación afectiva que debe tomar en cuenta la norma para su determinación y establecimiento. La afectividad implica una conducta querida y llevada a cabo teniendo como contracara, de quien la goza, la satisfacción y contentamiento personal. Como dice Krasnow: “cuando amamos a alguien su bienestar se extiende a nuestro bienestar”. La socioafectividad revela la constancia social de la relación entre padres e hijos caracterizando una paternidad, no por el simple hecho biológico o por la fuerza de la presunción legal, sino como consecuencia de los lazos espirituales generados en la convivencia, en todos y cada uno de esos días de mutua coexistencia. Es la relación diaria de las personas que se torna más fuerte, incluso, que la misma sangre y genes que puedan llegar a compartir. Se trata de la verdad real entendida como el hecho de gozar de la posesión de estado, siendo esta la máxima prueba de un estado filial. En este orden de ideas, la coexistencia de la realidad biológica y la socioafectiva, da paso al reconocimiento de una triple filiación...” (Enrique Varsi Rospigliosi y Marianna Chaves “¿Qué Modificar del Cód. Civil?”, <https://www.academia.edu>).

En la misma dirección, el Supremo Tribunal Federal de Brasil admitió el instituto de la doble parentalidad, en un supuesto donde una adolescente fue inscrita y tratada como hija por el esposo de su madre, y luego fue reclamada por su padre biológico.

Justificó la decisión en el principio constitucional de la dignidad de la persona humana, que impide negar el derecho de filiación de todas las partes involucradas, progenitores biológicos, afectivos e hijos, de modo que la paternidad socioafectiva declarada o no en el registro público, no obsta ni impide el reconocimiento concomitante del vínculo de filiación basado en el origen biológico, con todas sus consecuencias patrimoniales y extrapatrimoniales.

Desplegando una visión progresista indispensable en la materia, sostuvo que en el ámbito de la familia la dignidad humana exige la superación de los obstáculos impuestos por diseños legales al pleno desarrollo de los formatos de familia contruidos por los propios individuos en sus relaciones afectivas interpersonales, y que la búsqueda de la felicidad funciona como

un escudo del ser humano frente a las tentativas del Estado de encuadrar su realidad familiar en modelos previamente concebidos por la ley, puesto que es el derecho el que debe amoldarse a las voluntades y necesidades de las personas y no al revés.

Señaló en esa dirección que “...el concepto de familia no puede reducirse a modelos estereotipados, ni es lícita la jerarquización entre las diversas formas de filiación, por ello resulta necesario contemplar bajo el ámbito jurídico todas las formas por las cuales pueda manifestarse la parentalidad, es decir, por la presunción que surge del matrimonio u otras hipótesis legales, por la descendencia biológica o por la afectividad...” (Supremo Tribunal Federal de Brasil, sentencia del 22/09/2016, publicado en RDF 2017-VI, 297, RDF 2017-VI-297; cita online BR/JUR/1/2017).

La compleja trama humana que se ha desarrollado en la vida de E., exige que la solución jurisdiccional abastezca adecuada y completamente todos los aspectos que se despliegan; que tanto el vínculo parental de origen afectivo, como el biológico, concurren al desarrollo de su vida.

No corresponde al Estado proveer una solución dilemática, de rigidez normativa, sustentada exclusivamente en la ausencia del reconocimiento legal de diseños familiares diversos, y de esa manera negar apriorísticamente una situación de pluriparentalidad que los propios adultos protagonistas admiten, y que, solamente su pleno desarrollo en el tiempo, mediante el conocimiento y cultivo del vínculo paterno-filial de E. con su padre biológico, en forma concomitante con el curso del vínculo socioafectivo que goza desde su nacimiento, dirá qué matices y profundidad alcanzarán.

Esto nos conduce a destacar la trascendencia que tiene el control de constitucionalidad de las leyes, expresión de la supremacía del orden constitucional que recepta el artículo 31 de la Carta Magna, instrumento que nace por creación pretoriana de la Corte Suprema de Estados Unidos en el célebre caso “*Marbury vs. Madison*”, en el año 1803.

Adoptada por nuestro país, esta herramienta puede ser utilizada por cualquier juez de la república —control difuso— y, tradicionalmente, requería en forma inexcusable la petición de la parte interesada, posición que fue abandonada por la Corte Suprema en el año 2001, a través de la sentencia dictada en el caso “*Mill de Pereyra*” (Fallos: 324:3219. María Angélica Gelli, “Constitución de la Nación Argentina...”, Ed. La Ley, año 2003, ps. 286/287; esta Sala, causa 118.115, RSD 55/15).

La Casación provincial adoptó el mismo temperamento oficioso a partir del caso “*Zaniratto*” (22/12/2004), señalando en sus decisiones que “El control de constitucionalidad de las normas —conforme el ejercicio de la atribución que emana del art. 31 de la Constitución Nacional— constituye una cuestión de derecho y no de hecho, de ahí que el abordaje y resolución de oficio no quiebra la igualdad de las partes en el proceso ni afecta la garantía de la defensa en juicio, la que no puede ser argumentada frente al derecho aplicable para resolver la contienda (causa L 117.516 S 01/04/2015, entre otros).

Las circunstancias fácticas expuestas, y las consideraciones vertidas requieren que sea declarada de oficio la inconstitucionalidad para el caso, del artículo 558 del Cód. Civ. y Comercial, por ser violatorio a los artículos 7 y 8, Convención sobre los Derechos del Niño, XVII, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 6, Declaración Universal de los Derechos Humanos; 3 y 19, Convención Americana sobre Derechos Humanos, 16 y 24, Pacto Internacional por los Derechos Civiles y Políticos, 10.3 del Pacto Internacional por los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 31, 33, 75 inc. 22, Constitución Nacional, y 12, inc. 2), Constitución Provincial, a fin de establecer que E. ostenta, además del vínculo filial con su madre J. C., el vínculo paterno-filial de origen socioafectivo con L. E. P. y el vínculo paterno-filial de origen biológico con F. F.

Se concluye entonces que E., nacida el 23 de mayo de 2015, en la ciudad de La Plata Provincia de Buenos Aires, anotada bajo el acta N° 1 411 2A el día 15 de junio de 2015, es hija de J. C., L. E. P. y de F. F., lo que deberá anotarse en el Registro Civil y Capacidad de las Personas de la Provincia de Buenos Aires. Mediante esta anotación se adicionará el apellido de su progenitor biológico a continuación del de su padre socioafectivo (arts. 62, 63, 64 y ccs., Cód. Civ. y Comercial).

XI. Ha de propiciarse igualmente, que de manera inmediata y urgente, en el plazo de 48 horas, se forme en la instancia de origen el incidente de vinculación de E. con su padre F. F., proceso que se llevará a cabo con la asistencia conjunta de la Licenciada a cargo de la terapia que vienen llevando a cabo C. y P., M. d. L. M. (o quien la reemplace) y un perito psicólogo del cuerpo técnico del Juzgado de Familia (arts. 9 y 18, Convención sobre los Derechos del Niño).

Como fuera señalado, parte de la verdad de su origen genético ya fue revelado a la niña, de modo que, y de conformidad con lo aconsejado por la Licenciada M. B. D., psicóloga del aludido cuerpo técnico (v. dictamen a fs. 381 y audiencia de vista de causa, 2:18', en adelante), es imperioso que esta fase existencial de E. comience a desarrollarse, en las condiciones que

aconsejen los profesionales que asistan a la niña y a los padres.

La vinculación que se propicia no dependerá de la condición de consentimiento o ejecutoriedad de la sentencia, pues, en su caso, participa de la naturaleza cautelar que el peligro en la demora entraña a la construcción de la identidad de E. (v. dictamen de la Asesora de Menores a fs. 494), por lo que se remitirá por separado la correspondiente comunicación (art. 232, Cód. Proc.).

Deberá, asimismo, cumplirse con el protocolo correspondiente mientras dure la emergencia sanitaria en curso.

El Juzgado de Familia de origen deberá informar mensualmente a este Tribunal los detalles de la marcha del proceso de vinculación ordenado.

XII. Respecto de las costas, y dado que desde la esfera procesal se advierte que ha habido en autos un vencimiento parcial y mutuo, es correcta la disposición de la instancia de origen y se propone que sean impuestas en el orden causado también en esta sede, desestimándose los agravios que en tal sentido fueran expuestos por la parte accionante (arts. 68, 69 y 71, Cód. Proc.).

Voto por la negativa.

Por los mismos fundamentos expuestos, la doctora *Larumbe* votó en igual sentido.

2ª cuestión. — El doctor *Soto* dijo:

Obtenido el necesario acuerdo de opiniones al tratar y decidir la cuestión anterior, y oído el Ministerio Público, corresponde: I) Modificar el decisorio apelado. II) Declarar la inconstitucionalidad del artículo 558 del Cód. Civ. y Comercial, estableciendo que E., nacida el 23 de mayo de 2015, en la ciudad de La Plata, Provincia de Buenos Aires, anotada bajo el acta N° XX el día 15 de junio de 2015, es hija de J. C., L. E. P., y F. F., disponiendo dicha anotación en el Registro Civil y Capacidad de las Personas de la Provincia de Buenos Aires. Mediante esta anotación se adicionará el apellido de su progenitor biológico F. a continuación del de su padre socioafectivo P. (arts. 62, 63, 64 y ccs., Cód. Civ. y Comercial). III) Confirmarlo en lo demás que ha sido materia de agravios. IV) Imponer las costas de Alzada en el orden causado. V) Disponer que de manera inmediata y urgente, en el plazo de 48 horas, se forme en la instancia de origen el incidente de vinculación de E. con su padre F. F., proceso que se llevará a cabo con la asistencia conjunta de la Licenciada a cargo de la terapia que vienen llevando a cabo C. y P., M. d. L. M. (o quien la reemplace) y un perito

psicólogo del cuerpo técnico del Juzgado de Familia. La vinculación no dependerá de la condición de consentimiento o ejecutoriedad de la sentencia, dada la naturaleza cautelar que la define. Deberá, cumplirse con el protocolo correspondiente mientras dure la emergencia sanitaria en curso. El Juzgado de Familia de origen deberá asimismo informar mensualmente a este Tribunal los detalles de la marcha del proceso de vinculación ordenado. Por Secretaría se realizará la comunicación correspondiente. VI) Vuelvan los autos al Acuerdo para regular los honorarios de los profesionales intervinientes.

Así lo voto.

En un todo la doctora *Larumbe* adhirió al voto que antecede, con lo que se dio por finalizado el Acuerdo dictándose por el Tribunal la siguiente:

Que en el precedente Acuerdo ha quedado establecido que el decisorio dictado a fs. 219/225 no es justo (arts. 3, 7, 8, 9, 12 y 18 Convención sobre los Derechos del Niño; XVII, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 6, Declaración Universal de los Derechos Humanos; 3 y 19, Convención Americana sobre Derechos Humanos; 16 y 24, Pacto Internacional por los Derechos Civiles y Políticos; 10.3 del Pacto Internacional por los Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 31, 33, 75 inc. 22, Constitución Nacional; 12, inc. 2), 168 y 171, Constitución Provincial; 7, último párrafo, ley 13.298, 62, 63, 54, 558, 593 y ccs., Cód. Civ. y Comercial; 2, 3 y concs., ley 26.061; 4, 5, 6, 7 y concs., ley 13.298; 34, 36, 68, 89, 71, 232, 260, 266, 384, 421, 456 y 474 del Cód. Proc.; doctrina y jurisprudencia citada).

Por ello corresponde: I. Modificar el decisorio apelado. II. Declarar la inconstitucionalidad del artículo 558 del Cód. Civ. y Comercial, estableciendo que E., nacida el 23 de mayo de 2015, en la ciudad de La Plata, provincia de Buenos Aires, anotada bajo el acta N° XX el día 15 de junio de 2015, es hija de J. C., L. E. P. y F. F., disponiendo dicha anotación en el Registro Civil y Capacidad de las Personas de la Provincia de Buenos Aires. Mediante esta anotación se adicionará el apellido de su progenitor biológico F. a continuación del de su padre socioafectivo P. III. Confirmarlo en lo demás que fuera materia de agravios. IV. Imponer las costas de Alzada en el orden causado. V. Disponer que de manera inmediata y urgente, en el plazo de 48 horas, se forme en la instancia de origen el incidente de vinculación de E. con su padre F. F., proceso que se llevará a cabo con la asistencia conjunta de la Licenciada a cargo de la terapia que vienen llevando a cabo C. y P., M. d. L. M. (o quien la reemplace) y un Perito Psicólogo del cuerpo técnico del Juzgado de Familia. La vinculación no dependerá de la condición de consentimiento o ejecutoriedad de la sentencia, dada la

naturaleza cautelar que la define. Deberá, cumplirse con el protocolo correspondiente mientras dure la emergencia sanitaria en curso. El Juzgado de Familia de origen deberá asimismo informar mensualmente a este Tribunal los detalles de la marcha del proceso de vinculación ordenado. Por Secretaría se realizará

la comunicación correspondiente. VI. Vuelvan los autos al Acuerdo para regular los honorarios de los profesionales intervinientes. Regístrese. Notifíquese. Dése vista al Sr. Fiscal de Cámaras y a la Sra. Asesora de Menores y Devuélvase. — *Andrés A. Soto.* — *Laura M. Larumbe.*

La multiparentalidad

En la filiación por naturaleza

Néstor E. Solari (*)

Sumario: I. Introducción.— II. El caso.— III. Encuadre legal.— IV. Reflexiones finales.

I. Introducción

Las numerosas reformas producidas en el Código Civil y Comercial en el año 2015 han tenido distintos alcances en la estructura del derecho positivo argentino. En lo atinente al régimen de la *filiación*, aun cuando ha significado la inclusión de una tercera fuente en la filiación —técnicas de reproducción humana asistida—, lo que conlleva un indudable avance en la materia, lo cierto es que, tal como lo hemos destacado desde sus inicios, el régimen de la filiación ha tenido menos reformas estructurales que las que se han pregonado en vigencia del nuevo Código de fondo.

En verdad, el régimen del Código actual ha significado el nacimiento de un derecho filial viejo, manteniendo estructuras esenciales del derogado Código Civil. Esto lo hemos señalado incluso con anterioridad a su aprobación legislativa. Los tiempos requerían otras propuestas de modificaciones profundas, que ya estaban presentes en la realidad sociológica y que se manifestaban en planteos judiciales.

Decimos así, pues los problemas que estaban judicializados en el derecho argentino en de-

redor de la filiación no han sido contemplados expresamente en el texto. Valga como ejemplo la gestación por sustitución, que era la reforma principal en esta parte del derecho.

Agréguese a ello lo atinente a la posibilidad de que pueda existir una partida de inscripción registral, al nacimiento de una persona, por parte de más de dos progenitores. La respuesta es sabida por todos, pues el último párrafo del art. 558, Cód. Civ. y Com., determina: “Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación”. De esta manera, surge expresamente la prohibición de más de dos vínculos filiales, a diferencia del derogado Código Civil, que no contenía semejante prohibición.

En tal contexto, nosotros sugeríamos a los distintos operadores del derecho que plantearan la inconstitucionalidad del precepto, regresivo de disposiciones constitucionales (1).

En efecto, frente a tal escenario, la jurisprudencia argentina ha tenido que recurrir, sistemáticamente, a las previsiones de los tratados internacionales de derechos humanos con je-

(*) Doctor en Derecho, UBA. Profesor titular de Derecho de Familia y Sucesiones, UBA.

(1) SOLARI, Néstor E., “Sobre la triple filiación. A propósito de un precedente administrativo”, DFyP, Ed. La Ley, octubre de 2015, p. 3.

rarquía constitucional, ya sea para declarar la inconstitucionalidad de algún precepto del mentado Código, o bien, atenuando su interpretación, recurriendo a normas convencionales, omitiendo aplicar algún precepto del “nuevo” Código. El recurso de los tratados internacionales permite “salir” de las normas internas consagradas en el Código de fondo.

Es lo que ha sucedido en la práctica judicial, en temas como la gestación por sustitución y la multiparentalidad, en estos cinco años de vigencia del Código de fondo.

En esta oportunidad, nos detendremos a analizar un caso de multiparentalidad, en donde la jurisprudencia se ha pronunciado acerca de la posibilidad de que un niño sea inscripto con una triple filiación, tratándose de una filiación por naturaleza, pues ella se produjo en el contexto de una acción de impugnación del reconocimiento de la filiación.

Si bien ya había precedentes judiciales acerca de la plurifiliación, respecto de las fuentes filiales derivadas de las técnicas de reproducción humana asistida, así como de la adopción, el presente caso se refiere a la filiación por naturaleza, la restante fuente filial. Y en ello radica su particularidad.

II. El caso

En efecto, la Cámara Segunda de Apelaciones de La Plata, sala III, en autos “F. F. c. C. J. y otro/a s/ acciones de impugnación de filiación”, del 15/07/2020, se pronunció acerca de una triple filiación, en una acción de filiación por naturaleza.

En dicha causa, una de las partes había asumido la paternidad (mediante un acto de reconocimiento) y la ejerció en el convencimiento de su plenitud hasta el 2017, cuando su pareja —madre de la niña— y el tercero —padre biológico— le contaron, haciéndole saber la realidad biológica, luego de haber realizado en secreto un estudio de ADN entre las partes involucradas.

Ante tal circunstancia se produce la judicialización del caso de autos, mediante el ejercicio de la acción de impugnación del reconociemien-

to de la filiación, en los términos del art. 593, Cód. Civ. y Com.

La niña, al momento de la sentencia, cuenta con cinco años de edad. Si bien transitó durante sus primeros años bajo el ocultamiento parental, afortunadamente, el conocimiento y la información aparecieron luego para abrir paso a la verdad de su origen genético.

En efecto, la licenciada relata que en el mes de febrero de 2018 fue consultada por las partes, con el objetivo de poder transmitir a la niña la situación de origen, que recientemente había sido conocida por los adultos. A tal fin, indica que llevó a cabo entrevistas con la niña, acompañada por las partes.

Destaca —la licenciada— las expresiones vertidas por las partes sobre su común interés en esclarecer a la niña su origen y establecer las condiciones para que construya la relación con su padre biológico.

El juez de grado admitió la demanda de impugnación de reconocimiento entablada, haciendo lugar, asimismo, a la demanda de filiación entablada por el padre biológico.

En tal juicio, la prueba de ADN producida excluyó de la paternidad a quien figuraba como padre, a la vez que se estableció la existencia de compatibilidad genética entre el reclamante —progenitor biológico— y la niña.

En consecuencia, desde el nacimiento de la niña —hace poco más de cinco años— se ha construido una filiación socioafectiva con P., que ahora se revela carente de vínculo genético.

Para la Alzada, las particulares circunstancias generadas por la conducta asumida por los tres progenitores adultos en esta historia exigen, de modo proporcional, una respuesta jurisdiccional diversa a la vertida en la instancia precedente.

La Cámara —con el voto del Dr. Andrés A. Soto, al que adhirió la Dra. Laura M. Larumbe— resolvió declarar la inconstitucionalidad del art. 558 del Cód. Civ. y Com., estableciendo que la niña nacida en 2015 en la ciudad de La Plata, provincia de Buenos Aires, anotada en el acta respectiva, es hija de ambos progenito-

res —biológico y afectivo—, disponiendo dicha anotación en el Registro Civil y Capacidad de las Personas de la Provincia de Buenos Aires. Mediante dicha anotación se adicionará el apellido de su progenitor biológico, a continuación del de su padre socioafectivo.

De esta manera, aun cuando confirmó el decisorio de grado en cuanto a la acción de impugnación del reconocimiento entablada, readecuó la sentencia, manteniendo el vínculo filial entre las partes involucradas en la acción —padre biológico y padre afectivo—. Es decir, no desplazó del vínculo filial al originario progenitor reconociente.

De conformidad a ello, el decisorio de primera instancia constituía un caso habitual de acción de impugnación del reconocimiento, en donde el padre reconociente había sido desplazado del vínculo filial y, en su lugar, quedó emplazado el padre biológico. Sin embargo, la Alzada en su sentencia aplica un criterio superador, no contemplado en las acciones de filiación por naturaleza, consistente en armonizar e integrar la realidad familiar del sujeto, incluyendo a ambos progenitores en el mentado vínculo filial.

III. Encuadre legal

El concepto amplio de las familias, que venimos pregonando desde hace tiempo, tiene su aplicación en el fenómeno que estamos tratando, como una forma de multiparentalidad que, desde lo sociológico, se viene manifestando desde hace un tiempo.

La multiparentalidad o plurifiliación es un fenómeno que incluye los distintos modelos familiares, comprensivo del concepto amplio y flexible que debe asignarse al moderno derecho de las familias.

Sin embargo, la nueva legislación de fondo —Código Civil y Comercial—, vigente desde el 01/08/2015, no significó ningún avance en la temática que nos convoca, sino que, antes bien, importó un significativo retroceso legislativo, en virtud de lo establecido en el último párrafo del art. 558, Cód. Civ. y Com., que prohíbe expresamente que una persona pueda tener más de dos vínculos filiales.

Se reproduce el modelo familiar clásico, consistente en la binariedad del vínculo filial, que ha prevalecido históricamente en los ordenamientos jurídicos. Nosotros lo hemos alertado y señalado oportunamente.

En tal contexto normativo, la jurisprudencia se ha visto obligada a buscar una “salida” de dicha disposición interna, intentando encontrar las bases de una adecuada solución, aplicando los arts. 1º y 2º del mismo Cód. Civ. y Com.

III.1. Caducidad de la acción de impugnación del reconocimiento

Un aspecto previo, involucrado en la cuestión de autos, es lo atinente al plazo de caducidad de la acción de impugnación del reconocimiento, contemplado en el art. 593, Cód. Civ. y Com., en cuanto prescribe que los interesados —excluido el propio hijo, que la tiene siempre— pueden ejercer la acción dentro de un año de haber conocido el acto de reconocimiento o desde que se tuvo conocimiento de que el niño podría no ser el hijo.

Desde siempre hemos destacado que el plazo de caducidad en las acciones de filiación deviene contrario al esclarecimiento de la realidad biológica, no debiéndose establecer la caducidad de aquel derecho (2).

La Cámara, en el presente caso, ha sabido superar el escollo de la caducidad establecida en el art. 593, Cód. Civ. y Com., teniendo en consideración las particulares situaciones de los elementos que rodean al precedente en cuestión. Con ello, permitió el abordamiento de la acción de filiación entablada por las partes.

En efecto, señala la Alzada que, si bien es cierto que el progenitor reconociente admitió en la prueba confesional haber sido advertido de su posible paternidad al poco tiempo de la concepción —vale decir, mucho más que un año antes de haber entablado la acción—, las circunstancias del caso impiden que se aplique el plazo de caducidad establecido en la norma.

(2) SOLARI, Néstor E., “Los plazos de caducidad en las acciones de filiación”, DFyP, Ed. La Ley, marzo de 2015, p. 3.

En tal sentido, se ha visto que los propios demandados recurrentes, desde el momento mismo en que fue revelada la verdad entre los adultos, iniciaron un camino terapéutico para poder brindar a la niña tanto la información de su origen genético como las condiciones para conocer y vincularse con su progenitor.

De modo que —argumenta la Alzada— la solución oclusiva del caso que mantienen los recurrentes se opone a su propia conducta anterior y sobreviniente, deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz, en una postura que el ordenamiento jurídico no ampara. Ello, desde la primacía del derecho al conocimiento y la construcción de la identidad, impide que sea admitida la defensa propuesta.

III.2. La plurifiliación en el vínculo filial

Aquí radica el tema de fondo, analizado en el fallo en cuestión. Es decir, debemos preguntarnos si resulta posible jurídicamente que un niño, niña o adolescente pueda tener un vínculo filial con más de dos progenitores.

Para nosotros, ningún impedimento axiológico existe al respecto, porque condice con la diversidad de modelos familiares que se presentan en la práctica. Determinar, de pleno derecho —como lo hace el art. 558, en su tercer párrafo—, que la filiación necesariamente se estructure sobre el binomio filial, no hace otra cosa que avalar el viejo modelo familiar, que viene del Código velezano.

En verdad, el derecho a la identidad contiene una doble faz que lo caracteriza. Un aspecto estático —constitutivo de la realidad biológica— y un elemento dinámico —que se va desarrollando durante la vida del sujeto—. Uno es dado y el otro se construye.

Estos dos elementos representan el denominado derecho a la identidad del sujeto. Ambos poseen importancia y trascendencia en la vida de una persona, no pudiéndose establecer prioridades o privilegios de un elemento u otro, pues los dos tienen componentes que hacen a la estructura esencial de la vida del individuo.

Hasta hace poco tiempo, el dilema consistía en si el aspecto estático o el dinámico debían

prevalecer en las diversas situaciones fácticas que se presentan. Uno u otro. Y así ocurre en la mayoría de los casos, esto es, se mantiene como parámetro mayoritario tratándose de cuestiones de filiación, en donde prevalece la realidad biológica —filiación por naturaleza— o el elemento afectivo —filiación adoptiva y por técnicas de reproducción humana asistida—.

Ahora bien, con un criterio de actualidad, habrá que sumar otra variante: si, en determinadas circunstancias, esa realidad estática y dinámica pueden convivir jurídicamente. Y a ello nos conduce la multiparentalidad, dejando abierta la posibilidad de que el vínculo filial pueda integrarse y formarse con más de dos progenitores.

Por ello, coincidimos cuando la Alzada fundamenta diciendo que, si bien el origen es el punto de partida, principio, raíz y causa de una persona, es inexacto predicar que la identidad de origen desplaza en importancia a la identidad que confiere el curso de la vida, en la faz dinámica que revela su configuración dual. No se trata de manifestaciones excluyentes, sino, por el contrario, complementarias. La identidad genética conforma, junto con la que forja el devenir histórico de un individuo, un bloque fundante macizo, de configuración y consolidación progresiva.

De ahí que el fallo de Cámara destaca que el reconocimiento de la filiación biológica de la niña no debe implicar, en el caso, el desplazamiento liso y llano de la originaria filiación.

La literal aplicación del tercer párrafo del art. 558, Cód. Civ. y Com., conduciría a que el emplazamiento de un progenitor excluya al otro, solución de rigidez salomónica que no se compece con las circunstancias comprobadas de la causa ni propicia el contexto que requiere la integración del padre biológico a la vida de la niña sin quebrar la familia en la que ha nacido y se viene desarrollando, con los efectos devastadores en la niña que tal decisión podría acarrear. Estamos frente a dos formas de paternidad: la socioafectiva, que se cultiva desde su nacimiento, al amparo de la buena fe del progenitor, y la biológica, que hoy exige su reconocimiento. Y, como tales, no son excluyentes.

IV. Reflexiones finales

La realidad sociológica, acompañada por los precedentes judiciales en la materia, van socavando las bases del régimen filial del Código de fondo, en cuanto a los aspectos estructurales que él contiene; este, más allá de haber significado un avance legislativo respecto del régimen de filiación del viejo Código Civil, no ha receptado la plurifiliación, como forma y modelo de familia existente en la realidad sociológica. Por el contrario, ha vedado expresamente su admisión, lo que provoca, lógicamente, por un lado, la necesidad de la judicialización de un pretendido modelo legal basado en la multiparentalidad y, por otro, la necesidad de que el precepto en crisis sea declarado inconstitucional e inconvencional por parte del juzgador. Es lo que ha sucedido en este precedente judicial.

Destacamos finalmente que, con dicho precedente —y a cinco años de vigencia del Código de fondo—, la justicia ya ha tenido oportunidad de declarar la inconstitucionalidad del tercer párrafo del art. 558, Cód. Civ. y Com., con re-

lación a las tres fuentes de la filiación: por técnicas de reproducción humana asistida, por adopción y por naturaleza. La contradicción normativa parece indiscutible en el estado actual de la sociedad y de las directivas constitucionales y convencionales que rigen en nuestro ordenamiento jurídico integral.

Todo ello demuestra y exhibe la inconsistencia de la doctrina emergente del referido precepto legal, a la luz de los tratados de derechos humanos, con jerarquía constitucional.

En particular, resulta trascendente destacar la visión superadora del fallo, en materia de filiación por naturaleza, contemplando situaciones fácticas —no reconocidas en la estructura interna del Código Civil y Comercial en materia de acciones de filiación por naturaleza— en donde podría resolverse acerca de una multiparentalidad. Es decir, superar la clásica visión de la binariedad en el vínculo filial, comprendiendo otros modelos diversos de vínculos afectivos que podrían ser válidamente reconocidos por el ordenamiento jurídico.

VIOLENCIA FAMILIAR

Identidad de género. Persona en situación de vulnerabilidad. Otorgamiento de guarda a un pariente. Fijación de un régimen comunicacional amplio con los progenitores.

Con nota de Carolina E. Grafeuille

1. — El menor es sujeto de una protección especial por hallarse en una situación de vulnerabilidad profunda, pues no solamente es una persona menor de edad en pleno desarrollo y formación sino también acogido a un grupo minoritario denominado LGBTI, quienes históricamente han sido víctimas de discriminación, estigmatización y violaciones a sus derechos fundamentales. A su vez, conserva ideas desestabilizantes —autolíticas y autolesivas— y hondamente depresivas, producto de la orfandad familiar cimentada en la dificultad de los progenitores para poder brindar una continencia asertiva, efectiva y afectiva a su hijo.
2. — El menor se encuentra entrampado en una be-ligerante conflictiva adulta que le impide transitar de manera armónica, saludable y con la continencia de ambos progenitores el proceso de su identidad de género.
3. — Toda persona tiene derecho a que su identidad sea reconocida. El menor, es un adolescente de 14 años, por lo cual debe valorarse la formación de su consentimiento en base a su capacidad progresiva e interés superior.
4. — El informe de evaluación psicológica forense practicado a ambos adultos recaba con contundencia la dificultad actual de los progenitores para dispersar una crianza saludable y respetuosa de las necesidades del adolescente.
5. — Los progenitores del adolescente deben efectuar tratamiento psicoterapéutico, pero ese tratamiento no se encuentra referido a cualquier tipo de terapia, sino como bien señaló la profesional forense actuante, debe estar encaminado a obtener una orientación psicoeducativa a fin de recibir alineación en la temática para actuar con estrategias específicas. Ninguno de los progenitores ha podido identificar los factores de riesgo que rodean a su hijo, particularmente a la ideación suicida y autolesiva, sentimientos de desesperanza, aceptación propia y del medio social /familiar que fueron detallados en los concluyentes informes psicológicos y psiquiátricos obrantes en autos.
6. — Los progenitores deben efectuar una terapia con orientación psicoeducativa a fin de poder acompañar a su hijo facilitándole de este modo un espacio para expresar sus sentimientos; logrando de manera paralela la identificación de factores de riesgos y de este modo brindar elementos de apoyo y protección.
7. — Debe garantizarse al menor el instrumento que acredita su identidad autopercebida, respetando para ello el nombre de pila y el género con el cual se siente identificado.
8. — Si bien el art. 7° de la ley 26.061 señala el rol que tienen los progenitores frente a sus hijos al establecer que la familia es responsable en forma prioritaria de asegurar a las niñas, niños y adolescentes el disfrute pleno y el efectivo ejercicio de sus derechos y garantías en lo que respecta a su cuidado, desarrollo y educación integral; establece a su vez que el Estado debe asegurar políticas, programas y asistencia apropiados para que la familia pueda asumir adecuadamente esta responsabilidad.
9. — Ambos progenitores en cumplimiento del deber derivado de la responsabilidad parental deben acompañar a su hijo en el pleno ejercicio y efectividad de sus derechos.
10. — La finalidad que tiene el régimen comunicacional entre los hijos y padres no convivientes, es la de dar estabilidad al vínculo afectivo y emocional entre ellos, fortaleciendo un conocimiento personal mutuo, necesidad de asegurar la solidaridad familiar, proteger los legítimos afectos que derivan de ese orden de relaciones, y así garantizar la coparentalidad a pesar de la separación de los padres.
11. — El otorgamiento de la guarda a un pariente se genera cuando se verifica que la permanencia del niño en su medio familiar resulta contraria a su interés, es decir cuando la convivencia con los progenitores coloca al niño en una situación de efectiva vulneración de sus derechos fundamentales, o cuando los progenitores por diversas situaciones no puedan hacerse cargo del niño. El guardador designado judicialmente adquiere un estatus jurídico frente a terceros que les permitirá ejercer con mayor eficacia las funciones inherentes al cuidado del niño.
12. — En todos los casos en que un niño o adolescente no conviva con sus progenitores —se trate de períodos cortos o largos— resulta necesario dar un marco legal al guardador que le posibilite el ejercicio integral de sus derechos ya sea en

el ámbito de la salud, escolar, en los beneficios que otorga la seguridad social, por ejemplo para que un adulto lo autorice a realizar un viaje escolar, para prestar el consentimiento para prácticas médicas de urgencia o para cobrar la asignación familiar, entre muchos otros.

Juzgado de Menores N° 3 de Corrientes, 04/03/2021.
- SAI s/ víctima - Capital.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/63616/2021]

Expte. MEX 12.566/20;

1ª Instancia. - Corrientes, marzo 04 de 2021.

Considerando:

I. Que, las presentes actuaciones se inician a raíz de un informe remitido por el Equipo de salud del consultorio inclusivo perteneciente al Departamento de Medicina Familiar de la Facultad de Medicina de la UNNE a través del cual, la Lic. María Markowsky comunicó la situación de vulnerabilidad en la que se encontraba el adolescente M. D. P. S. A., 17/2006, DNI N° R (art. 12, segundo párr., ley N° 26.743) de 14 años de edad, en razón de los malos tratos que le hubiera prodigado su progenitora M. D. A., DNI N° ... tiempo atrás en oportunidad de convivir con ella. Del relato del adolescente se infiere que los hechos vejatorios endilgados a su madre estuvieron motivados en el rechazo de la adulta en la identidad de género de su hijo. Al mismo tiempo, el adolescente señaló que la Sra. A habría estado en pareja con una persona (se desconoce datos de identificación) que lo habría abusado sexualmente besándolo en la boca.

Asimismo, el informe detalla en relación a su progenitor, el Sr. T. L. S. E., DNI N° ..., quien lo habría pervertido durante su infancia al mantener relaciones sexuales con su pareja -y reproducir material obsceno con representaciones sexuales en su presencia.

La descripción remitida a estos Estrados Judiciales cobra preponderancia al detallar los sentimientos de desazón y desesperanza que ostenta el adolescente al encontrarse inmerso en un profundo estado depresivo; convirtiéndose ello en tierra fértil de ideas autoleivas y autolíticas.

Medular resulta extraer: “[...] Durante las entrevistas se evidencian síntomas concomitantes con trastorno depresivo, dificultad para expresar y regular las emociones, escasa red de contención familiar y social (manifiesta no tener amigos cercanos y mantener solo un vínculo a través de las redes sociales con una persona que describe como “con quien verdaderamente se siente cómodo”). Refiere antecedentes de otros tratamientos y el más actual con un profesional

psiquiatra a quien acude por indicación de los padres ya que presentaba angustia, ansiedad e ideación suicida, recuerda que le indicaron medicación (antipsicóticos y antidepresivos) pero que sus padres nunca estuvieron de acuerdo por lo que desestimaron el tratamiento. El día 5 de septiembre, se comunica a través de dichos mensajes y comenta que se encontraba angustiado ya que había discutido con su padre y que este lo había echado de la casa. Ante esta situación de enojo e ira, relata haber sufrido ‘maltrato infantil’ por parte de su madre y abuso por parte de una de sus parejas (relata que uno de ellos lo besaba). Y que su padre si bien nunca ejerció violencia física hacia él, lo expuso a situaciones en las que ‘mantenía encuentros sexuales en la misma habitación donde el paciente se encontraba’ y a ‘contenidos en películas para adultos cuando era un niño’. Manifiesta que su madre siempre ejerció violencia hacia su padre y hacia su abuelo materno. El paciente solicita ayuda para denunciar a ambos padres, aunque relata sentir miedo respecto de lo que ‘pueda pasar con él y sus padres. [...]’ (fs. 3).

En vista del adverso panorama descripto, esta Magistratura adoptó urgentemente sendas medidas a efectos de indagar la idoneidad de los progenitores para ejercer diligente y responsablemente los roles parentales a su vez que se averiguaba la capacidad de la familia ampliada (más específicamente de su tía materna a quien el adolescente hubiera hecho mención como persona de su entera confianza) para ejercer provisoriamente el cuidado de I. R.

En el mismo acto procesal y en razón de los presumibles delitos detallados por el adolescente, se dio intervención a la Fiscalía de Instrucción y Fiscalía en lo Correccional y de Menores en turno (ver Auto N° 2137 glosado a fs. 5/6).

Ahora bien, en razón de las favorables conclusiones arribadas por los informes preliminares efectuados en sede policial (ver fs. 87/88 y fs. 96/101), la suscripta dispuso que el cuidado personal del adolescente sea provisoriamente ejercido por su tía materna, la Sra. M. C. A., DNI N° ... en los términos del art. 657 del Cód. Civ. y Com. de la Nación. Entre otras medidas, se impuso a la guardadora el arbitrio de los medios necesarios para que el adolescente pueda efectuar de manera urgente tratamiento psicoterapéutico (fs. 41/44).

Ante el contexto familiar descripto; entiendo significativo trazar: “[...] Como en el caso de personas adultas, niños y niñas LGBT pueden convertirse en un blanco de ataque porque han asumido públicamente su orientación sexual o identidad de género, o simplemente porque se percibe que desafían de alguna manera las normas tradicionales de masculinidad y femineidad. Es decir, niños y niñas pueden sufrir dis-

crimación y marginalización con base en su expresión de género, incluso antes de que ellos y ellas estén plenamente conscientes de su sexualidad o identidad (párrafo 310) [...] La CIDH ha recibido información preocupante sobre ataques violentos perpetrados por padres, madres, hermanos o hermanas y otros parientes contra niños y niñas LGBT, o aquellos percibidos como tales, en países del continente americano. La violencia intrafamiliar contra personas LGBT es un tema constante, e incluye a personas que se les niegan oportunidades de escolarización, que son sujetas a violencia sexual, expulsadas de sus hogares, y/o abusadas física y psicológicamente (párrafo 311) [...] Los niños y las niñas a menudo son expulsados de su hogar luego de que revelan su orientación sexual a sus padres y madres. Como se explicó en una declaración conjunta de la CIDH, el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas y otros expertos internacionales, niños y niñas LGBT a menudo enfrentan el rechazo de sus familias y la comunidad, quienes desaprueban su orientación sexual e identidad de género. Esto puede tener como resultado altas tasas de falta de vivienda, exclusión social, y pobreza [...]” (párrafo 312) (Del Informe “Violencia contra personas LGBTI” de la CIDH en <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/violenciapersonaslgbti.pdf>).

II. Adelanto que la resolución a adoptarse por el presente se asienta en un obligado diálogo de fuentes entre los principios generales del derecho, la Constitución Nacional, los tratados Internacionales de Derechos Humanos lo cuales, cfr. art. 75 inc. 22 de la CN se caracterizan por tener (luego de la reforma constitucional de 1994) jerarquía constitucional, las Opiniones Consultivas de la CIDH, las Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño, el Cód. Civ. y Comercial y las leyes nacionales y provinciales; obligándonos a salir de la comodidad e interpretar las normas en absoluto respeto del superior interés del niño (art. 3.1 CDN y art. 3 ley N° 26.061).

Específicamente en el *sub lite* cobran vigor —en el plano internacional— los Principios de Yogyakarta (elaborado a petición del Alto Comisionado de las Naciones Unidas en el año 2006) y la Opinión Consultiva N° 24/2017 de la CIDH referida a la identidad de género, igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo y —en la normativa nacional—, la ley N° 26.743 referida a la identidad de género.

En efecto, la constitucionalización del derecho de las familias exige una mirada transversal de todas las disposiciones constitucionales e infraconstitucionales, pues la internacionalización de los tratados de derechos humanos integra —como lo tengo dicho *ut supra*— el bloque de constitucionalidad.

III. Ahora bien, la vexata quaestio radica en la imposibilidad actual de los progenitores para ejercer de manera responsable los roles parentales. Paso a explicar.

El informe de evaluación psicológica forense practicado a ambos adultos recaba con contundencia la dificultad —remarco— actual de los progenitores para dispersar una crianza saludable y respetuosa de las necesidades del adolescente.

Así, la profesional actuante advirtió en el Sr. S. E. la existencia de conflictos parentales de larga data, consumo de cannabis desde los 12 años de edad enmarcado en un contexto familiar disfuncional y complejo. Particularmente advirtió la presencia de “[...] dificultades en las habilidades parentales asociadas a ofrecer al adolescente un espacio de vida organizado con presencia de hábitos, rutinas y actividades que promuevan habilidades sociales, por otra parte, se infieren elementos que dan cuenta de la imposibilidad del Sr. en no comparar y posicionarse en su rol como padre, lo que dificulta la dinámica vincular con su hijo I. [...]” (fs. 145 vta.).

Por otro lado, la Sra. psicóloga forense advirtió en la Sra. A la ausencia de un acompañamiento saludable en la vida de su hijo enmarcado por la falta de presencia. Así, señaló: “[...] Describe una relación parental altamente disfuncional y conflictiva, que nunca han logrado un mínimo de comunicación, reconoce y reflexiona sobre sus conductas desajustadas frente a ello. Al momento y desde esta intervención en la evaluada D. A. no se advierten indicadores sicopatológicos que obstaculicen sus habilidades maternantes, no obstante si se advierten dificultades asociadas a la falta de presencia, lo cual es crucial y fundamental que el adolescente este acompañado saludablemente de sus padres, atendiendo a los cambios necesarios y comunicados en este espacio [...]” (Véase fs. 145).

Por último; en razón de su valor me permito distinguir las consideraciones finales señaladas por la profesional interviniente: “[...] Desde esta intervención se le brindo a ambos adultos, un espacio de escucha pero también de reflexión parental, a fin de analizar todas las conductas inmaduras e irresponsables y altamente tóxicas que están disociando la psiquis de su hijo, no encontrando adultos que lo acompañen sin exponerlo a sus conflictos parentales (económicos-crianza entre otros), así mismo no existe un mensaje unificado, se infieren dos estilos parentales totalmente disímiles, provocando consecuencias graves en la integridad psicofísica de no mediar cambios radicales a la mayor brevedad posible. De no mediar dichos cambios y sostenerlos en el tiempo, podría interponer medidas protectoras severas, como impedimento de contacto e algunos de los padres para con el hijo, ya

que están perjudicando y poniendo en riesgo la vida del adolescente. Razón por la que deben estar acompañados y orientados con profesionales de la salud mental a fin de recibir estrategias adecuadas de intervención y acompañamiento empático y positivo. Motivo por el cual desde esta intervención se le sugirió la necesidad de que ambos adultos acudan a un espacio psicoeducativo a fin de recibir orientación en la temática para actuar con estrategias específicas [...]” (Ver fs. 145 vta.).

Este informe me llega a discurrir dos conclusiones: una encaminada a revelar que ninguno de los progenitores puede actualmente responsabilizarse adecuada y saludablemente por el cuidado de I. R. y otra referida a la imposición de terapia psicológica con orientación en la temática para ambos adultos a fin de alcanzar estrategias específicas.

Recuerdo para ello el compromiso que adeudo en la protección integral de I. R. En esta línea se sostuvo que “Con respecto a la violencia familiar contra niños y niñas que son lesbianas, gay, bisexuales o trans o que son percibidos como tales, la CIDH desea destacar que la adopción de medidas especiales para proteger a los niños y las niñas es una responsabilidad del Estado, la sociedad y la familia, deben prevenir y evitar, por todos los medios posibles, toda forma de violencia contra los niños y las niñas en todos los ámbitos. [...] la autoridad que se reconoce a la familia no implica que esta pueda ejercer un control arbitrario sobre el niño o niña, que pudiera acarrear daño para la salud o el desarrollo del niño o niña” (ver apartado 316) [...] La CIDH hace un llamado a los Estados Miembros de la OEA a que cumplan con sus obligaciones de respetar, garantizar y adoptar medidas en el ámbito interno que garanticen plenamente el derecho de los niños y las niñas LGBT, o aquellos percibidos como tales, a una vida libre de discriminación y violencia dentro de la familia [...]” (párrafo 330). (Del Informe “Violencia contra personas LGBTI” de la CIDH en <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/violenciapersonaslgbti.pdf>).

Los progenitores del adolescente deben efectuar tratamiento psicoterapéutico, pero ese tratamiento no se encuentra referido a cualquier tipo de terapia, sino como bien señaló la profesional forense actuante, debe estar encaminado a obtener una orientación psicoeducativa a fin de recibir alineación en la temática para actuar con estrategias específicas.

Conforme se desprende de la lectura integral de las presentes actuaciones, ninguno de los progenitores ha podido identificar los factores de riesgo que rodean a I. Me refiero particularmente a la ideación suicida y autolesiva, sentimientos de desesperanza, aceptación propia y del medio social/familiar que

fueron detallados en los concluyentes informes psicológicos y psiquiátricos obrantes en autos.

Sin pretender alejarme de lo que es importante figurar, entiendo ajustado a las constancias de la causa y particularmente al contexto —desolador— en el que se encuentra el adolescente; que ambos progenitores logren efectuar una terapia con orientación psicoeducativa a fin de poder acompañar a su hijo facilitándole de este modo un espacio para expresar sus sentimientos; logrando de manera paralela la identificación de factores de riesgos y de este modo brindar elementos de apoyo y protección.

En este iter, sugiero a los Sres. S. E. y A. adquieran conocimientos de las herramientas digitales que utiliza su hijo a fin de generar intercambio de ideas, seguramente muchas de ellas referidas a su identidad y orientación sexual; lo cual permitirá acercarse a sus creencias y a sus miedos y de este modo, poder comprender con mayor amplitud el espacio que lo rodea.

IV. Por otro lado, los informes psicológico y psiquiátrico forense efectuados al adolescente son contestes en señalar la existencia de indicadores que detallan un trastorno depresivo; factores como apatía, desinterés generalizado, pérdida de interés en las actividades que antes realizaba, inapetencia, falta de energía, baja autoestima, distímico, trastornos del sueño, pensamientos con ideación suicida y autolesiva, entre otros.

Así, el informe psicológico forense señaló “[...] Refiere problemas y conflictos parentales de larga data, los cuales han generado diversos inconvenientes en su desarrollo evolutivo, consecuencias que hoy están presentes en su subjetividad. Manifiesta que desea vivir solo, y no le agrada mantener contacto con sus familiares, refiere sentirse bien en soledad, aspecto que se podría asociar a la etapa evolutiva presente. [...].

Dichos elementos deben ser tratados con un equipo interdisciplinario médico psiquiatra, psicólogo y familiar a fin de que los adultos puedan comprometerse e implicarse “[...] a realizar las recomendaciones médicas, ya que se advierte una situación delicada en el adolescente, que de no mediar intervenciones atinadas y responsables podrían enquistarse y disminuir su cuadro. Se recomienda la consulta e inicio de tratamiento a la mayor brevedad posible, por otra parte, se sugiere a la Sra. Juez, que Solicite a los progenitores abstenerse de comentar, referir o expresarse uno de otro de manera inadecuada e irrespetuosa” (fs. 144). Remarco que sobre esta última sugerencia volveré más adelante.

En el mismo orden de ideas; del informe de evaluación psiquiátrica forense practicada al adolescente se desprende: “[...] Se evidencia un lenguaje claro, cohe-

rente, observándose un funcionamiento psicointelectual esperable para su nivel evolutivo, observándose sin embargo un tono discursivo depresivo, de escasa vitalidad, expresando quejas que dan cuenta de sentimientos de tristeza, autodesvalorización, y abandono emocional [...] presenta indicadores de ansiedad psíquica y somática marcada, expresando haber padecido episodios de autoagresiones con objetivo de alivio de malestar emocional. Asimismo, refiere padecer de vez en cuando eventos con sintomatología compatible con crisis de pánico [...]” (fs. 194/195).

Dado lo expuesto; la médica psiquiatra forense infirió idénticos indicadores a los señalados por la profesional en psicología; compatible ellos con: dinámica familiar disfuncional, con sentimientos de abandono emocional y parental, pensamientos y sentimientos intrusivos negativos respecto de persona, desvalorización, tristeza, baja autoestima, angustia, anhedonia (incapacidad de experimentar placer en actividades que antes lo hacía) con deseos de autoeliminación, sin plan suicida, posibles crisis de pánico, inestabilidad emocional, autoagresiones provocadas a fin de aliviar la tensión emocional.

Por lo expuesto, coincidentemente la Sra. médica forense profesional sugirió que el adolescente inicie tratamiento psicoterapéutico y posiblemente psicofarmacológico, con profesionales de la salud mental (psicólogo y médico psiquiatra) en forma sistemática y continuada, en principio bajo modalidad ambulatoria y con supervisión permanente de un familiar adulto responsable. “[...] De no ser posible el control estricto de su conducta por parte de un familiar, se sugiere que el joven sea evaluado por el equipo interdisciplinario del Hospital de Salud Mental San Francisco de Asís con el objeto de considerar una internación provisoria en la institución Asimismo, se sugiere que los progenitores inicien sesiones de orientación psicoeducativa a la brevedad con profesional Psicólogo el objeto de lograr instrumentar estrategias de protección, asistencia y acompañamiento emocional durante el proceso terapéutico. Se señala como posible institución sanitaria asistir al Hospital de Salud Mental o de carácter privado [...]” (Ver fs. 194/195).

Dichos informes tienen apoyatura en el informe de evaluación psicológica preliminar agregado a fs. 87/88 y en el informe elaborado por la actual terapeuta del adolescente que luce glosado a fs. 170/171 y, a los cuales me remito breviter causae.

Ergo, de las constancias arrimadas al presente se desprende que I. R. S. A. es sujeto de una protección especial por hallarse en una situación de ‘vulnerabilidad profunda’ de la que nos habla Cecilia Grosman, pues no solamente es una persona menor de edad en

pleno desarrollo y formación sino también acogido a un grupo minoritario denominado LGBTI quienes, históricamente han sido víctimas de discriminación, estigmatización y violaciones a sus derechos fundamentales.

Tampoco descuido los motivos por los cuales I. R. conserva ideas desestabilizantes (autolíticas y autolesivas) y hondamente depresivas, producto de la orfandad familiar cimentada en la dificultad de los progenitores para poder brindar una continencia asertiva, efectiva y afectiva a su hijo.

En otras palabras, I. se encuentra entrampado en una beligerante conflictiva adulta que le impide transitar de manera armónica, saludable y con la continencia de ambos progenitores el proceso de su identidad de género.

Por este infausto contexto y previendo que el adolescente se encuentra realizando tratamiento (por el arbitrio de esta Judicatura) con una profesional con la cual aún no podido lograr la transferencia necesaria (194/195), valorando la actual inconveniencia de que sus progenitores logren desplegar un abrigo continente; entiendo ajustado en lo inmediato y hasta tanto los Sres. A. y S. E. logren denunciar los profesionales especializados que atenderán a su hijo en los disímiles y extensos factores de riesgo que lo aquejan y que fueran advertidos por las profesionales forenses; ofrecer al adolescente el servicio brindado por la línea 102, el cual consiste en una línea de ayuda para niños, niñas y adolescentes desde un enfoque de género. Se señala que “[...] desde la Línea 102, los consultores deben trabajar hacia la remoción de patrones socioculturales que sostienen la desigualdad de género para promover una cultura de inclusión, de igualdad, que garantice el derecho de las personas al libre desarrollo conforme su identidad de género. [...]” (“Guía de Atención con Enfoque de Género” elaborada en el marco del proyecto “Hacia la Federalización de las Líneas 102”, desarrollado por la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia —Ministerio de Desarrollo Social—, UNICEF y Child Helpline International en: <https://www.unicef.org/argentina/media/3831/file/Linea%20102%20Gu%C3%Ada%20G%C3%A9nero.pdf>).

Creo oportuno, hacer saber a I. que los consultores de la línea 102, lo van a escuchar activamente, explorando su situación para luego poder brindar la contención, el apoyo y la orientación que solo el necesita.

El panorama desolador que rodea a la persona más vulnerable de este entramado familiar y por quien estamos constreñidos a proteger, fue reflejado en la Audiencia que mantuve con ambos progenitores.

En dicha oportunidad, ninguno de los adultos pudo comprender el contenido del informe que se les leyó; simplemente se limitaron a reprocharse mutuamente disímiles cuestiones de índole estrictamente familiar, relacionadas con la violencia intrafamiliar otrora padecida, alimentos y cuidado personal del adolescente; sin tener registro alguno de la necesidad especial, inmediata y urgente de I. en efectuar tratamiento psicológico y psiquiátrico —y posiblemente farmacológico— para poder de algún modo remediar la aciaga situación en la que se encuentra, producto de la disfuncional y huérfana historia familiar.

Del Acta de audiencia se colige —pese a la manifestación en contrario— la dificultad que les presenta contener al adolescente y recibir ayuda profesional que los pueda orientar en el manejo de la identidad de género que asumiera su hijo hace poco más de dos (2) años.

En este sentido, la Sra. A. expresó: “[...] Para mí fue muy difícil aceptarlo cuando se desató todo esto aceptar y acostumbrarme que ya no era P. y debía llamarlo I. Fueron once años llamándola P [...] Estoy de acuerdo en que no está bien I., que debe hacer tratamiento psicoterapéutico, hoy en día me pesa mucho su malestar, me culpo mucho, desde los 11 (once) años y 1/2 no vive conmigo, tampoco no se me dio lugar y quizás por una cuestión errada de respeto no procedí judicialmente y por la guerra en que estoy con T., y digo guerra pero hay un desacuerdo [...] el padre cuando iba a tratamiento era el que prefería que I. consuma cannabis y no remedios [...] después de haber hecho la denuncia de haber contado esto a la psicóloga recién ahí fue que me cuenta que una ex pareja mía le besaba a I. cuando era niño esto yo nunca estubo, nunca supe de esto, tengo inclusive la conversación en la que I. me está contando, yo sinceramente me cerraba porque cuando él me escribe, me describe la situación, no estaba ahí y muchas veces anterior a esto, muchos años tras inclusive yo le preguntaba si se acordaba de esta persona él lo negaba [...] Si no te voy a negar que a I., que yo, ósea ha ligado, he pegado más de cinco veces jamás y las últimas dos veces viviendo conmigo que le pegue fue cunado I. me levanto la mano a mí cuando él quiso agredirme a mí como su mamá y que siempre en estas situaciones fueron cuando quise tomar cartas en el asunto y tomar medidas través de su dispositivo donde se encontraba en redes sociales, en donde también tengo captura de pantalla como se manejaba en esas redes sociales [...]” (fs. 188/193).

A su turno, el Sr. S. E. expuso: “[...] yo acepte a mi hijo desde siempre, como era y lo que hizo, a diferencia de la madre que ella nunca lo acepto y tampoco estaba de acuerdo a que él sea medicado [...]” (fs. 188/193).

Debo señalar que en dicha oportunidad (me refiero a la Audiencia que mantuve con ambos progenitores) estuve forzada a explicarles el motivo de esta intervención judicial, la cual no va más allá de la entera y especial protección que requiere I., pues ambos adultos estuvieron centrados en endilgarse culpas recíprocas y cuestiones de tinte netamente frívolas y ajenas por completo a la desoladora situación que se encuentra transitando el adolescente —reitero— en soledad.

V. Previendo el contexto disfuncional en el que se encuentran sumidos ambos progenitores y la imposibilidad actual de acompañar a su hijo en tal primordial transición sin la efectuación de una terapia psicoeducativa a la que ya me hube referido; entiendo pertinente señalar a I. R. los derechos que le asisten en virtud de la ley 26.743.

Para ello, debo destacar que toda persona tiene derecho a que su identidad sea reconocida. I es un adolescente de 14 años de edad, por lo cual debe valorarse la formación de su consentimiento en base a su capacidad progresiva e interés superior. Esto último incide palmariamente en la responsabilidad parental que ejercen sus padres. Explico.

I. tiene derecho a desarrollar su propio plan de vida conforme sus propias convicciones y decisiones. Recuerdo para ello que, el artículo 19 de la CN reza “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados”. Por ello, mientras se encuentre en los límites contorneados por el art. 19 CN, I. posee la libertad suficiente para desarrollarse y tomar decisiones acerca de su persona.

En esta línea, la Opinión Consultiva 24/17 de la CIDH señaló “[...] para este Tribunal, se desprende, por tanto, del reconocimiento del libre desarrollo de la personalidad y de la protección del derecho a la vida privada, un derecho a la identidad, el cual se encuentra en estrecha relación con la autonomía de la persona y que identifica a la persona como un ser que se autodetermina y se autogobierna, es decir, que es dueño de sí mismo y de sus actos [...]” (párr. 88, p. 45).

Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño lo reconoce como “sujeto de derecho”, es decir con derechos y responsabilidades apropiadas según su edad y grado de madurez. Es decir que, en el marco de la autonomía de su voluntad y capacidad progresiva, puede desarrollar su propio plan de vida.

Entiendo que debe garantizársele a I. el instrumento que acredita su identidad autopercibida, respetan-

do para ello el nombre de pila y el género con el cual se siente identificado.

En esta línea, el art. 69 del Cód. Civ. y Com. de la Nación señala a la identidad de género como justo motivo para cambiar el prenombre sin intervención judicial cuando dice “[...] Se consideran justos motivos, y no requieren intervención judicial, el cambio de prenombre por razón de identidad de género [...]”.

La ley 26.743 señala que los niños, niñas y adolescente deben realizar el trámite a través de sus representantes legales y con la expresa conformidad de la persona menor de edad, debiendo presentar una solicitud que manifiesta encontrarse amparado por dicha normativa.

“[...] Lo fundamental es el consentimiento del niño/a o adolescente en la medida de sus posibilidades. Como destacar el artículo 26, el rol de los padres debe ser de “asistencia”, de ser un medio entre la/el niño y lograr concretar su género autopercebido tal como lo desea. No se trata de que los padres estén de acuerdo o no con esta vivencia interna, es decir, lo que se busca no es el consentimiento de ellos porque las consecuencias de estas garantías no recaen sobre sus personas, recaen en la persona de su hijo/a, que es el interesado en que esto suceda [...]” (“Infancias y Adolescencias Transgénero libres y plurales”. Rocío Gabriela Montaña y Martina Clara Posse en “Paradigmas y Desafíos del Derecho de las Familias y de la niñez y adolescencia”. Coord. Aída Kemelmajer de Carlucci y Mariel F. Molina de Juan. Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 455, 2019).

Así, la OP 24/17 selló “partiendo de la compleja naturaleza humana que lleva a cada persona a desarrollar su propia personalidad con base en la visión particular que respecto de sí mismo tenga, debe darse un carácter preeminente al sexo psicosocial frente al morfológico, a fin de respetar plenamente los derechos de identidad sexual y de género, al ser aspectos que, en mayor medida, definen tanto la visión que la persona tiene frente a sí misma como su proyección ante la sociedad” (párr. 95 final).

Si bien, el art. 7 de la ley 26.061 señala el rol que tienen los progenitores frente a sus hijos al establecer que la familia es responsable en forma prioritaria de asegurar a las niñas, niños y adolescentes el disfrute pleno y el efectivo ejercicio de sus derechos y garantías en lo que respecta a su cuidado, desarrollo y educación integral; establece a su vez que el Estado debe asegurar políticas, programas y asistencia apropiados para que la familia pueda asumir adecuadamente esta responsabilidad.

Ello, confrontándolo con el art. 646 del Cód. Civ. y Com. de la Nación que establece en sus incs. c) y d) dos deberes fundamentales que deben servir como principio rector para el actuar de los progenitores, el cual dice: “c) respetar el derecho del niño y adolescente a ser oído y a participar en su proceso educativo, así como en todo lo referente a sus derechos personalísimos; d) prestar orientación y dirección al hijo para el ejercicio y efectividad de sus derechos”.

En otras palabras, ambos progenitores en cumplimiento del deber derivado de la responsabilidad parental deben acompañar a su hijo en el pleno ejercicio y efectividad de sus derechos, los cuales recalco son de orden personalísimo y fundamental.

Ciertamente, la ley 26.061 establece en su art. 5 la responsabilidad indelegable del Estado, den garantizar el cumplimiento de las políticas públicas. Y por ello, recuerdo que la ley nacional N° 26.743 de identidad de género no deja de ser una política pública más, que debe ser garantizada a fin de reconocer a los niños, niñas y adolescentes los derechos que los asiste

“Es así que se deben garantizar con absoluta prioridad estas políticas públicas para el ejercicio de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, y entre sus implicancias se encuentra la prioridad en la exigibilidad de la protección jurídica cuando los derechos de los mismos colisionen con los intereses de los adultos” (Ibídem, p. 458).

En razón de todo lo expuesto y en el entendimiento de que “el reconocimiento de la identidad de género se encuentra ligada necesariamente con la idea según la cual el sexo y el género deben ser percibidos como parte de una construcción identitaria que es resultado de la decisión libre y autónoma de cada persona, sin que deba estar sujeta a su genitalidad” (OP 24/17, párr. 94, p. 47), valorando que I. se encuentra desarrollando plenamente una vida con su identidad autopercebida la cual no guarda correlato con el instrumento que así lo acredita (DNI), entiendo pertinente imponer a ambos progenitores el plazo de 15 días hábiles para proceder cfr. arts. 4 y 5 de la ley nacional N° 26.743 bajo apercibimiento de proceder mediante la intervención del Ministerio Público Pupilar.

VI. Ahora bien; no puedo perder de vista que durante esta larga conflictiva adulta, la suscripta indagó otro familiar que pudiera responsabilizarse comprometidamente por el cuidado de I. Particularmente valoré su derecho a ser oído (cfr. arts. 26, 639 y 707 Cód. Civ. y Com. de la Nación, arts. 24 y 27 de la ley 26.061 y art. 12 de la CDN), quien en ocasión de Audiencia Informativa expresó deseos de convivir con su abuela paterna.

Particularmente, el adolescente expuso: “[...] Yo quiero vivir con mi abuela [...] No quiero vivir ni con mamá, ni con papá. porque ya viví mucho tiempo con ellos y no me sentía bien, no importa donde esté mamá, yo quiero vivir con mi abuela. Con las visitas no me molestaría ir a cualquier lugar con ellos unos días, me da lo mismo pasar los fines de semana con mi mama o papá [...]”.

Teniendo en cuenta esta manifestación, la suscripta indagó la idoneidad de la abuela paterna para ejercer una continencia saludable en relación a su nieto.

Adelanto que los informes recabados han arrojado resultados favorables pues, el informe socio ambiental efectuado a instancia del Cuerpo de Trabajadores Sociales Forense recabó favorables condiciones habitacionales e integración comunitaria.

Apreció: “[...] Los ingresos económicos logran cubrir las necesidades de subsistencia de sus integrantes. Las condiciones habitacionales, son suficientes para el resguardo y realización de las actividades cotidianas de sus habitantes. Las actividades cotidianas que desarrollan los integrantes del hogar familiar se organizan en función a sus obligaciones y labores. El adolescente de autos se vincula un día a la semana con su abuela paterna Sra. M. L. E. con quien mantendría positiva relación. Los vecinos consultados refieren conceptos positivos en relación al grupo familiar [...]” (fs. 176/177).

Por su parte, el informe de evaluación psicológica forense practicado a la adulta comunica: “[...] Manifiesta (en referencia a la Sra. E) expresamente encontrarse en condiciones de ejercer el cuidado responsable del menores (afectiva y económicamente), lo cual puede advertirse un genuino interés por el bienestar de I [...] Al momento no se evidencian indicadores que hagan presuponer que la evaluada no pueda ejercer con responsabilidad el cuidado del menor. [...]” La Sra. E posee capacidad de ejercer de manera responsable el rol de sostén afectivo y económico de I. [...]” (fs. 159).

Debo señalar que, si bien actualmente el adolescente se encuentra efectivamente contenido bajo el abrigo de su tía materna, el cambio de la guarda dispuesta en sede policial se funda exclusivamente en el pedido del I. y en la posibilidad de que el adolescente pueda llevar adelante una amplia y fluida comunicación con ambos progenitores en un entorno neutral que la beligerante relación adulta exige; todo ello en resguardo de su interés superior (art. 3.1 CDN y art. 3 ley 26.061).

En esta línea, en relación al principio rector se ha dicho que “[...] Cuando se encuentran involucrados

los niños o adolescentes, una interpretación integradora del sistema y de los derechos protegidos impone que el principio rector de la decisión judicial sea la protección de su interés superior, entendiéndolo como la ‘máxima satisfacción integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos por la ley’ (confr. art. 3°, ley 26.061). De manera que el sistema consagra un “derecho de solicitar comunicación” y con ello la apertura de las vías judiciales para hacerlo, pero en todos los casos la decisión judicial deberá pasar el tamiz de esta regla primordial en la materia [...]” (Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera, Nora Lloveras, Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, II, 384).

VII. Respecto al régimen de comunicación debo destacar que se trata de un derecho que interesa a distintas vinculaciones familiares y que no tiene por finalidad únicamente coadyuvar a la faz formativa del destinatario sino a fomentar el desarrollo de vínculos estrechos y trascendentes.

“[...] En la práctica, la comunicación entre padres e hijos se ha entendido como más fluida y asidua, pues por mucha frecuencia con que se establezca su ejercicio entre los parientes, difícilmente adquiera el mismo dinamismo. Con acierto se sostuvo que no se trata de situaciones idénticas, porque “en lo concerniente a la relación paterno-filial se procura que, a pesar del divorcio, ambos progenitores mantengan una intenso contacto con el niño, habida cuenta que de que la figura parental es indispensable para la formación, corrección, vigilancia y educación de aquel [...]” (Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera, Nora Lloveras, Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, II, 378).

Por todo lo expuesto, entiendo apropiado establecer provisoriamente un amplio régimen comunicacional entre el adolescente y sus progenitores, el cual será llevado de común acuerdo a fin de no entorpecer las actividades y los horarios de descanso, aseo, escolaridad, higiene, entre otros del adolescente.

En el mismo sentido se expidió la Sra. Representante del Ministerio Público Pupilar, conforme da cuenta el Dictamen N° 154 agregado a fs. 199/200.

La finalidad que tiene el régimen comunicacional entre los hijos y padres no convivientes, es la de dar estabilidad al vínculo afectivo y emocional entre ellos, fortaleciendo un conocimiento personal mutuo, necesidad de asegurar la solidaridad familiar, proteger los legítimos afectos que derivan de ese orden de relaciones, y así garantizar la coparentalidad a pesar de la separación de los padres.

El adolescente tiene derecho a un sano y fluido trato con ambos progenitores. En esta línea, la doctrina ha sostenido que “[...] podrá truncarse la vida amorosa de los padres, pero su unidad como pareja de progenitores constituye un lazo perenne que se inscribe en la continuidad social. Desde la mirada del niño, su interés es “no divorciarse de ninguno de sus padres”, “no perder sus ademanes, ni su brújula, ni su calor” (Fabián Faraoni, “El cuidado personal unilateral y el derecho y deber de comunicación de los hijos menores de edad con el progenitor no conviviente”, Silvia Eugenia Fernández, *Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes*, Ed. Abeledo-Perrot, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2017, T. I., ps. 794/795).

Y; si bien existe una notoria relación disfuncional entre la Sra. A y el Sr. S. E. —a la cual ya me referí in extenso— e interfiere en el sano ejercicio de los roles parentales, concurre también un derecho fundamental de raigambre convencional-constitucional que estamos llamados a respetar, cual es el derecho de I. R. S. A. a alcanzar una comunicación amplia y fluida con ambos progenitores, no obstante, la beligerante relación existente entre los adultos.

VIII. Valorando este complejo escenario, desandando las probanzas arrimadas a la causa y realizando un análisis integral de las presentes actuaciones, encuentro que en este íter en el que nos encontramos mientras los Sres. S. E. y A. logran adquirir pautas de crianza saludables y adecuadas a las necesidades de su hijo, la Sra. E es la persona idónea para otorgarle en la actualidad al adolescente una continencia efectiva y afectiva.

Dado lo expuesto juzgo conveniente revocar la guarda otorgada en sede policial a la Sra. M. C. A. y consecuentemente erigir a la Sra. E en guardadora del adolescente traído a marras.

En esta línea, cabe destacar que el Art. 657 del Cód. Civ. y Com. de la Nación consagra la figura jurídica por la cual los progenitores no deciden delegar el cuidado del hijo a otra persona, sino que la guarda es consecuencia de una resolución jurisdiccional.

Se trata de una excepción al derecho de los hijos a vivir con sus progenitores, el cual se encuentra consagrado expresamente por los artículos 7° y 8° de la CDN, ya que ante situaciones específicas podrá resultar necesaria —en forma excepcional y para asegurar su superior interés— la separación del mismo.

La normativa en mención establece: “Otorgamiento de la guarda a un pariente. En supuestos de especial gravedad, el juez puede otorgar la guarda a un pariente por un plazo de un año, prorrogable por

razones fundadas por otro período igual. Vencido el plazo, el juez debe resolver la situación del niño, niña o adolescente mediante otras figuras que se regulan en este Código. El guardador tiene el cuidado personal del niño, niña o adolescente y está facultado para tomar las decisiones relativas a las actividades de la vida cotidiana, sin perjuicio de que la responsabilidad parental quede en cabeza del o los progenitores, quienes conservan los derechos y responsabilidades emergentes de esta titularidad y ejercicio”.

Es decir, se instituye una solución provisoria ya que tiene un límite temporal de un año, prorrogable por razones fundadas por otro año más, luego de lo cual, se deberá encauzar la situación definitiva de las niñas mediante otras figuras legales ante Juzgado de Familia.

El otorgamiento de la guarda a un pariente se genera cuando se verifica que la permanencia del niño en su medio familiar resulta contraria a su interés, es decir cuando la convivencia con los progenitores coloca al niño en una situación de efectiva vulneración (o amenaza de conculcación) de sus derechos fundamentales, o cuando los progenitores por diversas situaciones no puedan hacerse cargo del niño.

El guardador designado judicialmente adquiere un estatus jurídico frente a terceros que les permitirá ejercer con mayor eficacia las funciones inherentes al cuidado del niño.

De este modo, se garantiza al niño y adolescente el ejercicio de sus derechos fundamentales, tales como el derecho a la salud (por la posibilidad de gozar de la cobertura médica del guardador), su derecho a la educación, a la alimentación, etcétera. El guardador tiene el cuidado personal del niño y está facultado para tomar las decisiones relativas a las actividades de la vida cotidiana. (Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera, Nora Lloveras, *Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, IV, 148/151).

Por lo expuesto, entiendo apropiado que I. R. S. A. se incorpore al grupo familiar de su abuela paterna.

En esta línea, las Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas establece como uno de sus objetos: “[...] b) Velar por que, mientras se buscan esas soluciones permanentes, o en los casos en que estas resulten inviables o contrarias al interés superior del niño, se determinen y adopten, en condiciones que promuevan el desarrollo integral y armonioso del niño, las modalidades más idóneas de acogimiento alternativo [...]”.

Del mismo modo, dichas Directrices establecen como orientación general que: “[...] Al ser la familia el núcleo fundamental de la sociedad y el medio natural para el crecimiento, el bienestar y la protección de los niños, los esfuerzos deberían ir encaminados ante todo a lograr que el niño permanezca o vuelva a estar bajo la guarda de sus padres o, cuando proceda, de otros familiares cercanos [...]”, concibiendo responsable al Estado en tales decisiones al expresar que: “[...] Cuando la propia familia del niño no puede, ni siquiera con un apoyo apropiado, proveer al debido cuidado del niño, o cuando lo abandona o renuncia a su guarda, el Estado es responsable de proteger los derechos del niño y de procurarle un acogimiento alternativo adecuado, con las entidades públicas locales competentes o las organizaciones debidamente habilitadas de la sociedad civil, o a través de ellas. Corresponde al Estado, por medio de sus autoridades competentes, velar por la supervisión de la seguridad, el bienestar y el desarrollo de todo niño e acogimiento alternativo y la revisión periódica de la idoneidad de la modalidad de acogimiento adoptada. [...]”

Conforme lo vengo exponiendo, no puedo soslayar que en todos los casos en que un niño o adolescente no conviva con sus progenitores —se trate de períodos cortos o largos— resulta necesario dar un marco legal al guardador que le posibilite el ejercicio integral de sus derechos ya sea en el ámbito de la salud, escolar, en los beneficios que otorga la seguridad social, por ejemplo para que un adulto lo autorice a realizar un viaje escolar, para prestar el consentimiento para prácticas médicas de urgencia o para cobrar la asignación familiar, entre muchos otros.

Que, por todo lo expuesto, y en virtud de facultades conferidas a la suscripta por Acdo. 19/2015 pto. 11; Acdo. 36/2007 pto. 12, Dec. ley 129/2001, art. 75 inc. 22 de la CN; Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por Ley 23.849; Ley 26.061; art. 657 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, Dictamen de la Sra. Representante del Ministerio Público Pupilar, doctrina y jurisprudencia citada es que resuelvo: 1. Revocar la guarda del adolescente M. D. P. S. A., 17/2006, DNI N° ... I. R. (art. 12, segundo párr., ley N° 26.743) otorgada de manera provisoria en sede policial a su tía materna, la Sra. M. C. A., DNI N° ... en los términos del art. 657 del Cód. Civ. y Com. de la Nación (fs. 83/84) y en consecuencia otorgar a la Sra. M. L. E., DNI N° ... la guarda judicial de su nieto, el adolescente M. D. P. S. A., 17/2006, DNI N° ... I. R. (art. 12, segundo párr., ley N° 26.743) en los términos del Art. 657 del Cód. Civ. y Com. de la Nación. La Sra. E. deberá tomar posesión del cargo ante estos Estrados Judiciales con las formalidades de ley. Por secretaría, expedir copia certificada de la presente y hacer entrega a la Sra. E. a efectos de ser presentada ante las autoridades que lo requieran. 2. Fijar provisoriamente régimen comunicacional

amplio de los Sres. M. D. A., DNI N° ... y T. L. S. E., DNI N° ... con su hijo M. D. P. S. A., 17/2006, DNI N° ... I. R. (art. 12, segundo párr., ley N° 26.743), el que se llevará a cabo de común acuerdo y de conformidad con lo previsto en el Considerando VII. 3. Disponer controles Socio Ambientales mensuales durante el plazo de seis (6) meses en el domicilio sito en ... de esta ciudad a fin de constatar el cuidado y contención que recibe el adolescente de estos obrados bajo el abrigo y contención de su abuela paterna y actual guardadora, Sra. M. L. E., DNI N° ... A tal efecto, librese oficio con preferente despacho al cuerpo de trabajadores sociales forenses. 4. Imponer a los progenitores del adolescente M. D. P. S. A., 17/2006, DNI N° ... I. R. (art. 12, segundo párr., ley N° 26.743), Sres. M. C. A., DNI N° ... y T. L. S. E., DNI N° ... la obligación de aportar en el plazo perentorio de 48 hs. hábiles de notificados el presente los profesionales en psicología y psiquiatría que atenderán al adolescente M. D. P. S. A., 17/2006, DNI N° ... I. R. de manera continuada y sistemática, debiendo —una vez iniciado ambos tratamientos— presentar mensualmente ante estos Estrados Judiciales las constancias pertinentes. Bajo apercibimiento de incurrir en el delito de desobediencia judicial y de revocarse el régimen comunicacional aquí dispuesto en relación a su hijo adolescente. 5. imponer a los progenitores del adolescente M. D. P. S. A., 17/2006, DNI N° ..., I. R. (art. 12, segundo párr., ley N° 26.743), Sres. M. C. A., DNI N° ... y T. L. S. E., DNI N° ... la obligación de iniciar en el plazo perentorio de 48 hs. hábiles de notificados el presente tratamiento psicoterapéutico con orientación psicoeducativa en la temática a efectos, de conformidad a lo valorado en el Considerando III, debiendo presentar mensualmente ante estos Estrados Judiciales las constancias pertinentes. Bajo apercibimiento de incurrir en el delito de desobediencia judicial y de revocarse el régimen comunicacional aquí dispuesto en relación a su hijo adolescente. 6. Imponer a los progenitores del adolescente M. D. P. S. A., 17/2006, DNI N° ... I. R. (art. 12, segundo párr., ley N° 26.743), Sres. M. C. A., DNI N° ... y T. L. S. E., DNI N° ... la expresa prohibición de abstenerse de comentar, referir o expresarse uno del otro de manera irrespetuosa y/o grosera en presencia de su hijo adolescente. Bajo apercibimiento de incurrir en el delito de desobediencia judicial y de revocarse el régimen comunicacional aquí dispuesto en relación a su hijo adolescente. 7. Imponer a los progenitores del adolescente M. D. P. S. A., 17/2006, DNI N° ... I. R. (art. 12, segundo párr., ley N° 26.743), Sres. M. C. A., DNI N° ... y T. L. S. E., DNI N° ... que en el plazo perentorio de 15 días hábiles presentan la solicitud a la que hace mención los arts. 4, 5 y ss. de la ley nacional N° 26.743 bajo apercibimiento de proceder mediante la intervención del Ministerio Público Pupilar; todo ello de conformidad a lo valorado en el Considerando V. 8. Hacer saber al adolescente, adolescente M. D. P. S. A., 17/2006, DNI N° ... I. R. (art. 12, segundo párr., ley

N° 26.743) (art. 12, segundo párr., ley N° 26.743) por el medio procesal más idóneo, respecto del servicio brindado por la línea 102, el cual consiste en una línea de ayuda para niños, niñas y adolescentes desde un enfoque de género, de conformidad a lo expresado en el considerando IV, párrafos once y doce. 9. Notificar al adolescente, adolescente M. D. P. S. A., 17/2006, DNI N° ... I. R. (art. 12, segundo párr., ley N° 26.743), y a los Sres. M. C. A., DNI N° ..., T. L. S. E., DNI N° ... y M. L. E., DNI N° ... lo dispuesto en autos por el medio procesal más idóneo, habilitándose a tal efecto

comunicación mediante uso de medios telemáticos y electrónicos conforme “Marco Regulatorio de Emergencia General (MREG)”, texto ordenado en el Anexo II del Acuerdo N° 8/20 (pto. Undécimo) del STJ Ctes., el cual continúa vigente conforme Acdo. N° 1/2021 (pto. Décimo sexto ap. 1) del STJ Ctes. 10. Notificar a la Asesoría de Menores e Incapaces N° 4 lo resuelto en autos con preferente despacho. 11. Insertar copia en autos, registrar, protocolizar y notificar. — *Pierina I. de los Ángeles Ramírez.*

Perspectiva de género y adolescencia

Carolina E. Grafeuille

Sumario: I. Estigma, enfermedad y derechos fundamentales.— II. Autonomía y ley 26.743.— III. El ejercicio de la función jurisdiccional en clave de derechos humanos.— IV. Conclusión.

I. Estigma, enfermedad y derechos fundamentales

La intersección entre medicina y derecho produjo una de las mayores aberraciones contra las que las personas trans (1) han tenido que históricamente alzarse: la patologización de sus vivencias identitarias y corporales (2).

Desde el advenimiento de la democracia, y hasta no hace demasiado tiempo, la percepción

(1) Se utiliza el vocablo “trans” para hacer referencia a todas aquellas personas que se identifican con un género distinto del que les fue asignado al nacer —cualquiera sea su identidad de género, su expresión de género, su situación registral y su estatus transicional—; conf. CABRAL, C. Mauro, “Derecho a la Igualdad. Tercera posición en materia de género”, *Revista de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación*, 8, ps. 201-202, Fallo comentado: CS Australia, 02/04/2014, “NSW Registrar of Births, Deaths and Marriages vs. Norrie”.

(2) GRAFEUILLE, Carolina E., “El ejercicio de la función jurisdiccional en clave de género”, *LA LEY* 08/03/2021, p. 33 - AR/DOC/550/2021.

jurídica acerca de la esfera atinente a la identidad de género se encontraba demarcada por la recepción, apropiación y reelaboración de saberes psicomédicos —particularmente, de los conocimientos provenientes tanto del ámbito de la psiquiatría y del psicoanálisis, como de los campos de la endocrinología, la cirugía, la biología molecular y la genética—. En función de dicha interpretación, la materia relativa a la identidad de género había resultado tradicionalmente emplazada dentro del dominio de lo patológico y, más específicamente, dentro del terreno de los trastornos mentales. Uno de los efectos inmediatos de la articulación psicomédico-jurídica —y, ciertamente, bioética— de las cuestiones concernientes a la identidad de género había sido la constitución performativa (3)

(3) La postura de que el género es performativo intenta poner de manifiesto que lo que se considera una esencia interna del género se construye, en realidad, a través de un conjunto sostenido de actos, postulados por medio de la estilización del cuerpo basada en el género. De esta forma, se demuestra que lo que se ha tomado como un rasgo “interno” de nosotros mismos es algo que anticipamos y producimos a través de ciertos actos corporales;

de las personas trans —e intersex (4)— como individuos, por definición, heterónomos —toda vez que, desde el principio, habían sido conceptualizados por un vínculo fundacional en el orden del diagnóstico, vale decir, como “trastornados”— (5).

La comprensión jurídica en torno a la temática atinente a la identidad de género ejercía crucial influencia sobre la gestión, puramente tutelar, de los derechos de las personas trans en Argentina. Tal incesante tutela restringía, gravemente, el acceso tanto al reconocimiento estatal de la identidad de género, como a modificaciones corporales solicitadas —aunque, paradójicamente, la misma práctica tutelar decretaba, y continúa decretando, la licitud de aquellas intervenciones orientadas a “normalizar” la apariencia corporal y la inscripción registral en el supuesto de infantes intersexuales incapaces de prestar, en primera persona, el consentimiento informado respecto de dichos procedimientos— (6).

Se trataba, en definitiva, de un perverso mecanismo jurídico-normativo que, a la par de que producía seres humanos desiguales, proclamaba su igualdad ante la ley; que estampaba el sello de inferioridad humana (7); y que fijaba, a modo de precio por el reconocimiento, la previa observancia de requisitos violatorios de

conf. BUTLER, Judith, “El género en disputa”, Ed. Paidós, Barcelona, 2013, 1ª ed. y 5ª reimp., p. 17.

(4) Se emplea el término “intersex” para hacer alusión a todas aquellas personas que nacieron con un cuerpo que varía respecto de los promedios corporales femenino y masculino —a nivel cromosómico, gonadal y/o genital—; conf. CABRAL, Mauro, “Derecho a la Igualdad. Tercera posición en materia de género”, ob. cit., ps. 201-202, Fallo comentado: CS Australia, 02/04/2014, “NSW Registrar of Births, Deaths and Marriages vs. Norrie”.

(5) GRAFEUILLE, Carolina E., “El ejercicio de la función jurisdiccional en clave de género”, cob. it., p. 33 - AR/DOC/550/2021.

(6) GRAFEUILLE, Carolina E., ob. cit., p. 33 - AR/DOC/550/2021.

(7) RIVERA, Julio C., “Instituciones de Derecho Civil. Parte General”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2020, 7ª ed. act., t. I, p. 940; y GRAFEUILLE, Carolina E., ob. cit., p. 33 - AR/DOC/550/2021.

aquellos derechos humanos que pregonaba tutelar (8).

En ese estado de cosas, la entrada en vigencia de la ley 26.743 de Identidad de Género supuso el dismantelamiento de aquella tradicional maquinaria jurídico-normativa de patologización, la aminoración de la vetusta pasión borbónica del Estado argentino por la regulación (9).

Así pues, dicha legislación albergó las principales preocupaciones que el activismo vernáculo venía manifestando: el acceso pleno, despatologizado y desjudicializado, al reconocimiento de la identidad de género autopercibida, articulado con el derecho, igualmente pleno, de acceso a la salud (10).

En definitiva, vino a consagrar el derecho de todas las personas a ser quienes somos, sin necesidad de sometimiento alguno al juicio de quienes se arrogaban el saber y el poder sobre el cuerpo, el género y la sexualidad de alguien más (11).

Ahora bien, es preciso subrayar que, en distintos terruños, incluido nuestro país, la despatologización (12) de experiencias identitarias disidentes entraña, aparentemente, una ruptura con el estatus de “paciente”. Es que, sobre la base de que deviene indispensable despojar de todo vestigio patológico a la percepción subjetiva de un género distinto de aquel asignado al nacer, da la impresión de que las personas trans no pueden padecer de patología alguna. Más aún, es dable apuntar que cualquier tentativa de introducción y articulación de demandas sanitarias concretas —trátese de VIH, depre-

(8) GRAFEUILLE, Carolina E., ob. cit., p. 33 - AR/DOC/550/2021.

(9) GRAFEUILLE, Carolina E., ob. cit., p. 33 - AR/DOC/550/2021.

(10) CABRAL, Mauro, Nota Suplemento “Soy” del diario Página 12 de fecha 30 de julio de 2010, bajo el título: “Ante la ley”.

(11) GRAFEUILLE, Carolina E., ob. cit., p. 33 - AR/DOC/550/2021.

(12) GRAFEUILLE, Carolina E., “Una medida judicial de acción positiva que torna efectivo el derecho a la identidad de género”, RDF 2015-V, p. 254 - AR/DOC/5258/2015.

sión o adicciones varias— resulta inicialmente desestimada so pretexto de la contienda por la despatologización —habida cuenta de que el reconocimiento de la enfermedad se traduce, después de todo, en el enardecimiento del estigma— (13).

Dicha vertiente del combate por la despatologización de trayectorias existenciales diversas (14) se ha tornado considerablemente frecuente dentro del abordaje sanitario institucional, como si el único modo en que los establecimientos de salud pudiesen lidiar con dicho fenómeno reposara en el dictado de una condena al ostracismo (15).

Es así como toda vinculación naturalizada y acrítica entre patologización y estigma posee repercusiones estremecedoras (16). En efecto, todo aquel que ose exteriorizar dolencias físicas o mentales podrá ser acusado, simplemente, de la perpetración de una ofensa dirigida a la despatologización (17).

Por consiguiente, la batalla política por despatologizar las vivencias corporales y genéricas de naturaleza disidente configura (también) una contienda contra el estigma asociado a la enfermedad —y jamás un combate por estigmatizarla, enmascararla o negarla— (18).

(13) CABRAL GRINSPAN, Mauro, Nota Suplemento “Soy” del diario Página 12 de fecha 21 de octubre de 2016, bajo el título: “Ojos bien abiertos”.

(14) Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (2015): “Intersexualidad. Documento Temático”.

(15) CABRAL GRINSPAN, Mauro, Nota Suplemento “Soy” del diario Página 12 de fecha 21 de octubre de 2016, bajo el título: “Ojos bien abiertos”.

(16) GRAFEUILLE, Carolina E., “La perspectiva de género como parámetro insoslayable a la hora de emitir un veredicto judicial”, SJA 19/05/2021, p. 32 - JA 2021-II, p. 232 - AR/DOC/996/2021.

(17) CABRAL GRINSPAN, Mauro, Nota Suplemento “Soy” del diario Página 12 de fecha 21 de octubre de 2016, bajo el título: “Ojos bien abiertos”.

(18) CABRAL GRINSPAN, Mauro, Nota Suplemento “Soy”..., ob. cit.

De este modo, la proclamación relativa a que ni los cuerpos, ni las identidades y expresiones de género diversos constituyen *per se* estados patológicos (19), no debe redundar, en absoluto, en una renuncia (20) por parte de quienes los revisten de su derecho a la salud (21), máxime cuando se trata de niñas, niños y adolescentes, a quienes se torna necesario brindar información, contención, apoyo, reconocimiento, protección, amor (22).

Así las cosas, en la Argentina de la contemporaneidad, los infantes y jóvenes trans continúan padeciendo de cotidianas modalidades de violencia a las que se ha venido tipificando, desde hace tan solo un puñado de años, como vulneraciones a los derechos humanos (23).

Dentro de dichas formas de maltrato, es menester incluir, fundamentalmente, la temprana expulsión de la vida familiar. Precisamente, la frecuente asociación entre el espectro de identidades trans y la noción de enfermedad (24) suele suscitar invisibilización y, sobre todo, acoso y agresión familiares; lo que desemboca, indefectiblemente, en cuadros depresivos y toda espe-

(19) GRAFEUILLE, Carolina E., “Perspectiva de género y función jurisdiccional”, DFyP 2021 (febrero), p. 183 - AR/DOC/4174/2020, “Una sentencia judicial dispone que en el campo reservado al sexo se consigne ‘femineidad travesti’”, DFyP 2019 (septiembre), p. 215 - AR/DOC/2184/2019, “Hacia la necesaria supresión del sexo como categoría jurídica”, RDF 2019-III, 10/06/2019, p. 192 - AR/DOC/1327/2019, y “La rectificación registral del sexo, prenombre e imagen de un infante trans”, SJA 16/05/2018, p. 13 - JA 2108-II, p. 1247 - AR/DOC/3008/2018.

(20) SIVERINO BAVIO, Paula, “Violencia por prejuicio por motivos de orientación sexual: el caso `Azul Rojas Marín y otra vs. Perú’”, RDF 2020-V, p. 258 - AR/DOC/2337/2020.

(21) CABRAL GRINSPAN, Mauro, Nota Suplemento “Soy”..., ob. cit.

(22) Ídem.

(23) GRAFEUILLE, Carolina E., ob. cit., p. 33 - AR/DOC/550/2021.

(24) Véanse CABRAL, Mauro (ed.), “Interdicciones. Escrituras de la intersexualidad en Castellano”, Anarrés Editorial, Córdoba, 2009, disponible en: <http://www.mulabi.org/Interdicciones2.pdf>; y MAFFÍA, Diana (Comp.), “Sexualidades migrantes. Género y transgénero”, Feminaria Editora, Buenos Aires, 2003, 1ª ed.

cie de dificultades para exteriorizar y gestionar las propias emociones (25).

De allí que devenga imperioso que el quehacer judicial se consagre, desde un enfoque despatologizador, a la salvaguarda del derecho a la identidad de género de que son titulares niñas, niños y adolescentes trans, lo que denota su preservación frente al atropello de una institución sanitaria (26), de una familia, de una sociedad (27), ansiosas por diagnosticar (28).

Sin embargo, el ejercicio de la función jurisdiccional en clave de género (29) también reclama que la despatologización de las infancias y juventudes trans se articule con el derecho a la salud de quienes las transitan (30).

II. Autonomía y ley 26.743

Habitamos, desde mediados del siglo XX, un entorno cultural en cuyo seno anida un dispositivo que prescribe el alineamiento forzoso entre identidad de género y forma genital (31).

(25) CABRAL GRINSPAN, Mauro, Nota Suplemento "Soy"... , ob. cit.

(26) Ídem.

(27) ALFIE, Camila, Nota Suplemento "Las12" del diario Página 12 de fecha 18 de junio de 2021, bajo el título: "La gordofobia y patologización de la gordura vuelven a la carga a través de la vacunación".

(28) GRAFEUILLE, Carolina E., "Una medida judicial de acción positiva que torna efectivo el derecho a la identidad de género", ob. cit., p. 254 - AR/DOC/5258/2015.

(29) GRAFEUILLE, Carolina E., "La perspectiva de género como parámetro insoslayable a la hora de emitir un veredicto judicial", ob. cit., p. 232 - AR/DOC/996/2021, ob. cit., p. 33 - AR/DOC/550/2021, y "Perspectiva de género y función jurisdiccional", cit., p. 183 - AR/DOC/4174/2020.

(30) CABRAL GRINSPAN, Mauro, Nota Suplemento "Soy"... , ob. cit.

(31) GRAFEUILLE, Carolina E., ob. cit., p. 254 - AR/DOC/5258/2015, "Una sentencia judicial dispone que en el campo reservado al sexo se consigne `femineidad travesti'", ob. cit., p. 215 - AR/DOC/2184/2019, y "Hacia la necesaria supresión del sexo como categoría jurídica", cit., p. 192 - AR/DOC/1327/2019; y SOLEY-BELTRÁN, Patricia, "¿Citaciones perversas? De la distinción sexo-género y sus apropiaciones", en MAFFÍA, Diana (Comp.), Sexualidades migrantes. Género y transgénero, Feminaria Editora, Buenos Aires, 2003, 1ª ed., p. 77.

La indisoluble vinculación entre ambas nociones (32) no solo resulta relevante en lo que concierne al emplazamiento del neonato en uno u otro sexo, sino también en lo tocante a la proyección futura de su recorrido vital como hombre o mujer (33).

Empero, la entrada en vigor de la ley 26.743 de Identidad de Género vino a consagrar la disociación entre características sexuales e identidad registral (34).

Y logró torcer el sentido común jurídico y político que imponía, sin más, un intolerable paternalismo a quienes habitasen identidades de género disidentes (35). Sus derechos reproductivos no existían, sus derechos sexuales tampoco, y la posibilidad misma de nombrarse y ser nombrados se hallaba subordinada a su capacidad de suscitar la máxima reacción compasiva del titular del tribunal que les tocara en suerte. Y, sin embargo, apenas unos pocos años más tarde, la sanción de la ley 26.743 de Identidad de Género da cuenta de que el sentido común ha sido, desde entonces, otro (36).

Resultó arduo construirlo (37). Devino necesario, entre otras cosas, que el primigenio pa-

(32) CANTORE, Laura M., "Igualdad de los cariotipos ante la Ley", Revista Científica de Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales, 1, Número Especial Estudios de Género, Vol. 20, 2016, ps. 5 y 11.

(33) CABRAL, Mauro, "Presentación", en CABRAL, Mauro (ed.), Interdicciones. Escrituras de la intersexualidad en Castellano, ob. cit., p. 7, disponible en: <http://www.mulabi.org/Interdicciones2.pdf>.

(34) GRAFEUILLE, Carolina E., ob. cit., p. 254 - AR/DOC/5258/2015, ob. cit., p. 13 - "La rectificación registral del sexo, prenombre e imagen de un infante trans", cit., p. 13 - p. 1247 - AR/DOC/3008/2018, ob. cit., p. 192 - AR/DOC/1327/2019, ob. cit., p. 215 - AR/DOC/2184/2019, y ob. cit., p. 183 - AR/DOC/4174/2020.

(35) CABRAL, Mauro, Nota Suplemento "Soy" del diario Página 12 de fecha 26 de agosto de 2011, bajo el título: "A la vista. Un día para recordar".

(36) CABRAL, Mauro, Nota Suplemento "Soy" del diario Página 12 de fecha 26 de agosto de 2011, bajo el título: "A la vista. Un día para recordar".

(37) CABRAL, Mauro, Nota Suplemento "Soy" del diario Página 12 de fecha 30 de julio de 2010, bajo el título: "Ante la ley".

ternalismo de los derechos personalísimos (38) comenzara, finalmente, a articularse como derechos humanos (39). Y fue, justamente, en nombre de los derechos humanos que nadie vaciló, ni por un momento, en reconocer que la historia del reconocimiento era y podía ser otra. La voluntad legislativa expresada en aquella comporta un reconocimiento de la identidad de género que se ha tornado innegociable. Ni a cambio de hormonas y cirugías, ni de pericias degradantes, ni de procesos judiciales, ni de esterilidad, ni de exhibición frente a un comité de expertos, ni de indignidad humana (40): única y exclusivamente reconocimiento (41).

Así pues, los principios de autonomía (42), despatologización y desjudicialización (43) resultaron estampados en el núcleo axiológico (44) del mentado cuerpo normativo (45).

Y, por primera vez en la historia vernácula, las niñas, niños y adolescentes devinieron en suje-

(38) Del que esta autora formó parte.

(39) CABRAL, Mauro, Nota Suplemento “Soy” del diario Página 12 de fecha 26 de agosto de 2011, bajo el título: “A la vista. Un día para recordar”.

(40) GRAFEUILLE, Carolina E., ob. cit., p. 33 - AR/DOC/550/2021.

(41) CABRAL, Mauro, Nota Suplemento “Soy” del diario Página 12 de fecha 30 de julio de 2010, bajo el título: “Ante la ley”.

(42) GONZÁLEZ DE VICEL, Mariela A., “Los derechos personalísimos de niñas, niños y adolescentes. En especial, sus derechos a la salud y al cuidado del propio cuerpo”, RDF: 92, p. 267 - AR/DOC/3126/2019.

(43) GRAFEUILLE, Carolina E., ob. cit., p. 254 - AR/DOC/5258/2015, ob. cit., p. 215 - AR/DOC/2184/2019, y ob. cit., p. 192 - AR/DOC/1327/2019.

(44) GARAY, Oscar E., “Las edades de la legislación sanitaria. Los DD.HH., la igualdad de género y las diversidades sexuales”, ADLA 2021-3, p. 22 - AR/DOC/408/2021.

(45) URBINA, Paola A., “Un paso en materia de salud y Derechos Humanos de las personas con capacidad de gestar”, ADLA 2021-4, p. 40 - AR/DOC/639/2021.

tos de sus derechos (46) sexuales y reproductivos (47).

III. El ejercicio de la función jurisdiccional en clave de derechos humanos

El orbe entero se articula desde el dominio patriarcal (48). La historia de la cultura ha exhibido el drama privado, público, descomunal de quien osara disputar, siquiera, una ínfima porción de tal poder. Desde el principio, el vasto abanico de seres humanos signados por la “abyección” ha debido bajar la cerviz bajo el yugo machista (49). Y la periferia socio-cultural se ha convertido en el destino privilegiado de todo aquel que efectuase un llamamiento a la sublección contra esa autoridad (50).

De este modo, el razonamiento patriarcal se desliza bajo un manto protector que entroniza al hombre como sujeto de enunciación y expulsa a quien transita un recorrido vital diverso (51) más allá de los confines de lo humano (52).

Y, por efecto de dicha lógica, el cuerpo de quienes habitan identidades de género disiden-

(46) FAMÁ, M. V. — HERRERA, M. (2005). “Crónica de una ley anunciada y ansiada” ADLA 2005-E, p. 5809; GROSMAN, C. (1993), “Significado de la Convención de los Derechos del Niño en las relaciones de familia”, LA LEY 1993-B, p. 1089; y JOFRÉ, G. D. (2012), “Los niños y la justicia ex corde”, LLBA 2012 (agosto), p. 712.

(47) ALCÁNTARA ZAVALA, Eva, “Pobreza y condición intersexual en México: reflexiones y preguntas en torno al dispositivo médico”, en CABRAL, Mauro (ed.), ob. cit., p. 26, disponible en: <http://www.mulabi.org/Interdicciones2.pdf>.

(48) RIVERA, Julio C., “Instituciones de Derecho Civil. Parte General”, ob. cit., p. 940; y GRAFEUILLE, Carolina E., ob. cit., p. 33 - AR/DOC/550/2021.

(49) PRECIADO, Paul B., “Un apartamento en Urano. Crónicas del cruce”, Ed. Anagrama, Barcelona, 2019, 1ª ed., p. 88.

(50) DÍAZ, Esther, Nota Suplemento “Las 12” del diario Página 12 de fecha 18 de diciembre de 2020, bajo el título: “El camino de la ignominia. Aborto: No preguntamos más hasta cuándo, decimos hasta acá”.

(51) GRAFEUILLE, Carolina E., ob. cit., p. 32 - ob. cit., p. 232 — AR/DOC/996/2021.

(52) PRECIADO, Paul B., “Historia de una palabra: Queer”, Parole de Queer, disponible en: <http://parolede-queer.blogspot.com/p/beatriz-preciado.html>.

tes es objeto de escamoteo; es negado, degradado, humillado, maltratado, abusado, violado, asesinado (53).

Es, en ese estado de cosas, en que el debate feminista resulta decisivo (54) porque permite cristalizar la respuesta de a quién pertenece un cuerpo, de quién detenta el poder sobre los cuerpos (55).

Y también el despliegue de estrategias de intervención (56) feminista se torna crucial, desde que suscita un resquebrajamiento en el núcleo mismo de aquel ordenamiento patriarcal (57).

No obstante, el quehacer feminista deviene insuficiente si no es acompañado por un modelo de gestión estatal de raíz inclusiva (58).

Así las cosas, es el Estado quien debe prever la posibilidad de que la totalidad de los seres humanos pueda concretar su proyecto existencial (59), a salvo de las crueles consecuen-

cias que derivan de prejuicios anacrónicos que fuerzan estereotipos culturales (60) por encima de la autodeterminación del sujeto concernido (61).

En efecto, es el Estado quien debe adoptar las medidas de acción positiva (62) que confieran efectividad al ejercicio de los preponderantes derechos (63) de que son titulares aquellos individuos cuyas vivencias identitarias se enmar-

DFyP 2014 (julio), p. 203 - AR/DOC/437/2014; y MARTIRE, María G., ob. cit., p. 1 - AR/DOC/4077/2021.

(60) GRAFEUILLE, Carolina E., “El objeto de bien común de las asociaciones civiles como una medida estatal de acción positiva”, SJA 22/11/2017, p. 20 - JA 2017-IV, p. 1217 - AR/DOC/4152/2017; BROCCA, Mariana, ob. cit., p. 85 - AR/DOC/417/2021; y VALLARO, Cristian, “Situación de las personas del colectivo LGBTI en Argentina: antecedentes, herramientas de la defensa (hábeas corpus, violencia penitenciaria, menores)”, ob. cit., p. 1374.

(61) HERRERA, Marisa — DEZA, Soledad — DE LA TORRE, Natalia, “¿Un fallo ‘revolucionario’ o una contraofensiva frente a la consolidación de los Derechos Humanos en clave de género?”, LA LEY 09/09/2019, p. 1 — LA LEY 2019-D, p. 630 - AR/DOC/2716/2019; y GONZÁLEZ DE VICEL, Mariela A., “Los derechos personalísimos de niñas, niños y adolescentes. En especial, sus derechos a la salud y al cuidado del propio cuerpo”, ob. cit., p. 267 - AR/DOC/3126/2019.

(62) MEDINA, Graciela — YUBA, Gabriela, “El reconocimiento legal del ‘tercer género’: una cuestión de derechos humanos. Análisis del fallo de la Corte Suprema de la India. Aportes desde el Derecho Comparado”, DFyP 2014 (agosto), 30/07/2014, p. 203; PIETRA, María L., “Obligación alimentaria y violencia económica. Comentario a una sentencia con perspectiva de género que trasciende el caso concreto”, LA LEY 18/02/2020, p. 5; CLÉRICO, Laura — ALDAO, Martín, “Situación de mayor vulnerabilidad. El fallo ‘García’ sobre haberes previsionales y el carácter multidimensional del art. 75, inc. 23, luces y sombras”, DT 2019 (mayo), p. 1208 - AR/DOC/1455/2019; SCARRAMBERG, Juan Martín, “De discriminaciones laborales, instituciones y género”, DFyP 2019 (abril), 10/04/2019, p. 210 - AR/DOC/2444/2018; y CALVO, Anabella, G., “Las infancias trans: del comienzo del martirio hacia el inicio de una vida digna de ser reconocida”, RDF 84, 17/05/2018, p. 33.

(63) LLERA, Carlos, E., “Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores. La morigeración del encierro”, DPyC 2019 (marzo), 15/03/2019, p. 192 - AR/DOC/24/2019; y MARTIRE, María G., “La ficticia paridad de género en el Concejo Deliberante de la Ciudad de Ushuaia”, LA LEY, 2021 (enero), p. 1 - AR/DOC/4077/2021.

(53) DÍAZ, Esther, Nota Suplemento “Soy” del diario Página 12 de fecha 19 de febrero de 2021, bajo el título: “Lo que puede un cuerpo”.

(54) GRAFEUILLE, Carolina E., ob. cit., p. 32 - ob. cit., p. 232 - AR/DOC/996/2021.

(55) BUTLER, Judith, “Deshacer el género”, ed. Paidós, Barcelona, 2006, ps. 39-41.

(56) RADI, Blas, “Cambio conceptual, tensiones jurídicas y acrobacias administrativas”, RDF 2020-II, p. 166 - AR/DOC/430/2020.

(57) MAFFÍA, Diana, “Introducción”, en MAFFÍA, Diana (Comp.), Sexualidades migrantes. Género y transgénero, Feminaria Editora, Buenos Aires, 2003, 1ª ed., ps. 6-7; y GRAFEUILLE, Carolina E., ob. cit., p. 32 - ob. cit., p. 232 - AR/DOC/996/2021.

(58) DÍAZ, Esther, Nota Suplemento “Las 12” del diario Página 12 de fecha 8 de enero de 2021, bajo el título: “Las tareas que el debate nos dejó”.

(59) GRAFEUILLE, Carolina E., ob. cit., p. 39 - “La fragilidad estructural del adolescente y la instigación cibernética al suicidio”, cit., p. 39 - cit., p. 421 - AR/DOC/3834/2017, y “Una medida legislativa que no logra brindar una adecuada respuesta al fenómeno: bullying”;

can en la esfera de la diversidad **(64)** (art. 75, inc. 23 de la Constitución de la Nación) **(65)**.

De lo que desprende que deviene indispensable que nuestros magistrados procedan a la introducción de la denominada perspectiva de género **(66)** en sus pronunciamientos, formulando un abordaje que atienda al estado de desigualdad real en que se hallan sumidas las personas que habitan identidades de género disidentes **(67)**.

Así pues, el ejercicio de la función jurisdiccional en clave de género no contempla únicamente las históricas asimetrías de poder **(68)** entre varones y mujeres **(69)** cis **(70)**, sino que también comprende aquellas condiciones de vulnerabilidad a las que han estado sistemáticamente

(64) GRAFEUILLE, Carolina E., ob. cit., p. 254 - AR/DOC/5258/2015, ob. cit., p. 3 - ob. cit., p. 1247 - AR/DOC/3008/2018, ob. cit., p. 192 - AR/DOC/1327/2019, ob. cit., p. 215 - AR/DOC/2184/2019, y ob. cit., p. 183 - AR/DOC/4174/2020.

(65) BARBAROSCH, Eduardo, "El contrato social contemporáneo", LA LEY 2004-A, p. 838; y "Teorías de la justicia y la metaética contemporánea", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2007, p. 67.

(66) RIVERA, Julio C., ob. cit., p. 940; CIOLLI, María Laura, "Alcance de la compensación económica en la unión convivencial. Sentencia con perspectiva de género", DFyP 2019 (octubre), 16/10/2019, p. 78; y MILLÁN, Fernando, "Creación legal de las promotoras de género", DFyP 2019 (abril), 10/04/2019, p. 153.

(67) RODRÍGUEZ, Yamila, "Los tribunales y el acceso a la justicia de las personas travestis y trans. A propósito del juicio por el homicidio de Diana Sacayán", SJA, 01/01/2020, p. 3.

(68) YUBA, Gabriela, "Educación Sexual Integral [ESI] y perspectiva de género", LA LEY 20/12/2018, p. 23 — LA LEY 2018-F, p. 1065 - AR/DOC/2518/2018.

(69) RIVERA, Julio C., ob. cit., p. 940; YUBA, Gabriela, "Desafíos en tiempos de pandemia y post pandemia en el acceso a la salud de las mujeres. Acciones en perspectiva de género", LA LEY 08/03/2021, p. 8 - AR/DOC/549/2021.

(70) Por oposición al término "trans", se utiliza la voz "cis" para hacer referencia a todas aquellas personas que se identifican con el género que les fue asignado al nacer; conf. CABRAL, Mauro, ob. cit., p. 199, Fallo comentado: CS Australia, 02/04/2014, "NSW Registrar of Births, Deaths and Marriages vs. Norrie".

sometidos quienes integran el espectro de la diversidad de géneros **(71)**.

Ahora bien, es preciso puntualizar que toda situación de precariedad estructural **(72)** fundada en el género debe ser singularmente interpretada cuando se trata de un infante o joven trans **(73)**, en orden a la realización de su interés superior **(74)**.

Es que el entramado de violencia en el que están inmersas las personas adultas trans, se recrudece frente a la circunstancia de que sean niñas, niños y adolescentes quienes transiten experiencias identitarias disidentes **(75)**.

Y, dentro del abanico de las modalidades de maltrato de que son víctimas los infantes y jóvenes trans, cabe particularmente destacar el rechazo, la agresión y el acoso familiares **(76)**, de cuya perpetración se derivan estados depresivos, conductas autolesivas e, incluso, ideaciones suicidas.

De allí que la doble fragilidad inherente a la condición de niña, niño o adolescente trans requiera del auxilio judicial en aras de la tutela de su personalidad con arreglo a un enfoque despatologizador, lo que supone emplazar

(71) CNCrim. y Correc., Sala de turno, 10/03/2020, Causa CCC 41112/2018/TO1/3/CNC3 - AR/JUR/491/2020.

(72) Véase GRAFEUILLE, Carolina E., ob. cit., p. 39 - ob. cit., p. 421 - AR/DOC/3834/2017.

(73) GRAFEUILLE, Carolina E., ob. cit., p. 203 - AR/DOC/437/2014, ob. cit., p. 183 - AR/DOC/4174/2020, "El derecho a la imagen y el consentimiento del adolescente en el Código Civil y Comercial de la Nación", SJA 06/07/2016, p. 14 - JA 2016-III, p. 14 - AR/DOC/4441/2016, ob. cit., p. 39 - ob. cit., p. 421 — AR/DOC/3834/2017, y "La mayoría anticipada en materia de actos médicos", SJA 25/03/2020, p. 3 - JA 2020-I, p. 3 - AR/DOC/328/2020.

(74) YUBA, Gabriela, "El Estado y el deber de proteger a los sujetos vulnerables", SJA 22/05/2019, p. 32 - JA 2019-II, p. 32 - DFyP 2019 (agosto), p. 172 - AR/DOC/1301/2019; y GRAFEUILLE, Carolina E., "La mayoría anticipada en materia de actos médicos", ob. cit., p. 3 - AR/DOC/328/2020.

(75) GRAFEUILLE, Carolina E., ob. cit., p. 13 - ob. cit., p. 1247 - AR/DOC/3008/2018.

(76) CABRAL GRINSPAN, Mauro, Nota Suplemento "Soy" del diario Página 12 de fecha 21 de octubre de 2016, bajo el título: "Ojos bien abiertos".

la diversidad genérica dentro del terreno de los derechos fundamentales, y no de los trastornos mentales (77).

Empero, la noción de perspectiva de género (78) también impone que la despatologización de las infancias y juventudes trans se articule con el derecho a la salud de quienes las transitan (79); o, en otros términos, que su defensa frente al atropello de una corporación sanitaria (80), de una familia, de una sociedad (81), deseosas de diagnosticar (82), no se

(77) Véase RADI, B. — PÉREZ, M., “De cambios, géneros y paradigmas”, en BARQUI, Nora — GENISE, Gabriel — TOLOSA, Dante (comps.), *Manual Integrador hacia la despatologización de las identidades trans*, Ed. Akadia, San Martín, 2018, 1ª ed.

(78) GRAFEUILLE, Carolina E., “La perspectiva de género como parámetro insoslayable a la hora de emitir un veredicto judicial”, ob. cit., p. 32 - p. 232 - AR/DOC/996/2021, ob. cit., p. 33 - AR/DOC/550/2021, y ob. cit., p. 183 - AR/DOC/4174/2020.

(79) CABRAL GRINSPAN, Mauro, Nota Suplemento “Soy” del diario Página 12 de fecha 21 de octubre de 2016, bajo el título: “Ojos bien abiertos”.

(80) GRAFEUILLE, Carolina E., ob. cit., p. 33 - AR/DOC/550/2021.

(81) ALFIE, Camila, Nota Suplemento “Las12” del diario Página 12 de fecha 18 de junio de 2021, bajo el título: “La gordofobia y patologización de la gordura vuelven a la carga a través de la vacunación”.

(82) GRAFEUILLE, Carolina E., “Una medida judicial de acción positiva que torna efectivo el derecho a la identidad de género”, ob. cit., p. 254 - AR/DOC/5258/2015.

traduzca en la supresión de su derecho a la salud (83).

En línea con lo expuesto, la magistrada interviniente consigue conjugar la salvaguarda de las vivencias identitarias del adolescente involucrado, con la preservación de su derecho a la vida y a la salud (84).

Es así como el decisorio comentado se inscribe en un abordaje de las adolescencias trans (85) que las reputa como un asunto discernible en clave de derechos humanos (86).

IV. Conclusión

En nuestro sentir, el veredicto evaluado sitúa a la problemática de la violencia de género en la adolescencia dentro del contemporáneo paradigma de los derechos fundamentales.

(83) En lo que atañe a un análisis alrededor del entrecruzamiento entre perspectiva de género y derecho a la salud, véase YUBA, Gabriela, “Desafíos en tiempos de pandemia y post pandemia en el acceso a la salud de las mujeres. Acciones en perspectiva de género”, ob. cit., p. 8 - AR/DOC/549/2021.

(84) Véase MEDINA, Graciela — YUBA, Gabriela, “Derecho Comparado y Coronavirus”, LA LEY 13/04/2020, p. 5 — LA LEY 2020-B, p. 605 - AR/DOC/1022/2020.

(85) AHUAD, Ernesto J., “Cupo laboral trans para el sector público: otro avance para la inclusión real de grupos vulnerables. DNU 271/2020 (04/09/2020)”, RDLSS 2020-20, p. 3, AR/DOC/3065/2020.

(86) HERRERA, Marisa, “Autonomía progresiva y derecho a la salud de adolescentes. Un cruce en disputa”, LA LEY 19/06/2019, p. 1 — LA LEY 2019-VI, p. 1019; y GRAFEUILLE, Carolina E., ob. cit., p. 183 - AR/DOC/4174/2020.

JURISPRUDENCIA DESTACADA

GUARDA A PARIENTES

Interés superior del niño. Derecho a ser oído. Prevención de la revictimización. Limitación de la duración. Inconstitucionalidad del art. 657 del Cód. Civ. y Com.

1. — Bajo el amparo de la institución de la guarda, la peticionante asegura a su hermano ejercicio de todos sus derechos, quien puede crecer y desarrollarse en un ambiente familiar, contenedor y donde quiere permanecer.
2. — Dadas las especiales circunstancias del caso, la edad del menor —14 años—, el grado de madurez exhibido en cada una de las intervenciones requeridas y la convicción de sus expresiones, la revisión de su situación de vida dentro de un año, mediante el trámite del proceso de tutela como propone el recurso, conduciría a una revictimización incompatible con su interés superior, al imponerle un nuevo tránsito por los estrados judiciales para debatir y discernir sobre su futuro, cuando el estatus jurídico alcanzado permite su protección y su desarrollo integral.
3. — La atención del caso está dirigida a comprender y ofrecer al menor, de catorce años, la respuesta jurisdiccional más adecuada a la situación de vida que le toca transitar, dado el prioritario y superior interés que le confiere el sistema jurídico.
4. — A fin de preservar el interés superior del adolescente, es necesario ofrecer una respuesta personalizada, dado que los conceptos abstractos pueden no satisfacer las necesidades de una persona de un nombre y apellido determinados, con una residencia precisa y circunstancias particulares.
5. — La escucha activa al menor comprende no solamente el derecho a ser oído en todo proceso judicial que le concierna, sino a que sus opiniones sean tenidas en cuenta en las decisiones que se tomen, valorando su grado de madurez.
6. — Corresponde declarar de oficio la inconstitucionalidad para el caso del art. 657 del Cód. Civ. y Com. en cuanto limita temporalmente la guarda, por ser violatorio a los arts. 2º, 3º, 4º, 12, 27, 31 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y 31, 33, 75, inc. 22 de la Constitución Nacional.

C2aCiv. y Com., La Plata, sala III, 18/05/2021. - J. S. s/ guarda a parientes.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/60684/2021]

COSTAS

Se imponen por su orden.

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Se declara la inconstitucionalidad del art. 657 del Cód. Civ. y Com.

Causa N° 126719

2ª Instancia.- La Plata, mayo 18 de 2021.

1ª ¿Es justo el decisorio dictado el día 3 de noviembre de 2020? 2ª ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

1ª cuestión. — El doctor *Soto* dijo:

I. En la sentencia cuestionada, la señora Jueza de la anterior instancia otorgó la guarda de S. J. a su hermana S. J. hasta que adquiera la mayoría de edad.

II. En lo que importa destacar, señaló la Magistrada que la guarda a parientes regulada por el artículo 657 del Cód. Civ. y Comercial, permite que ante casos de especial gravedad el juez otorgue el cuidado del hijo en cabeza de un pariente, ello siempre con carácter excepcional y por el plazo máximo de un año, prorrogable por razones fundadas, sin que ello implique privar a sus progenitores de la responsabilidad parental.

Explicitó que la guardadora designada adquiere un estatus jurídico frente a terceros que le permitirá ejercer con mayor eficacia las funciones inherentes al cuidado del niño o al adolescente, garantizando el ejercicio de sus derechos fundamentales, tales como el derecho a la salud, por las posibilidades de gozar de la cobertura médica del guardador, su derecho a la alimentación, escolaridad, entre otros. Agregó la Jueza que dado que el Cód. Civ. y Comercial no brinda un remedio acorde a la situación que de hecho se encuentra viviendo S., su deber es encontrar una respuesta contenedora a fin de adoptar una solución permanente y apropiada para garantizar su interés superior.

Destacó que su hermana es quien se encuentra garantizando los cuidados de S., quien está contenido en el grupo familiar, por lo que es necesario continuar otorgando seguridad jurídica a la situación que se encuentran vivenciando desde el fallecimiento de su papá y la enfermedad de su madre.

III. Contra esa forma de decidir apeló la señora Asesora de Incapaces, expresando agravios el día 1 de febrero de 2021, con réplica de día 25 de febrero del mismo año.

IV. En síntesis que se formula, expuso la Dra. Ozafraín de Ortiz que el niño S. J. tiene 13 años de edad, es hijo de M. de los A. D. y de R. H. J., quien ya falleció.

Luego de relatar las condiciones de salud de S. y los antecedentes de la causa, señaló que a pedido de S., le fue otorgada la guarda de su hermano de conformidad con lo normado por el artículo 657 del Cód. Civ. y Comercial. Y que transcurrido el plazo mencionado, surgió de los elementos reunidos en autos la conveniencia de disponer su prórroga, pero conforme los términos previstos por la norma de fondo se podrá prorrogar la guarda por un único plazo de un año más.

Disintió con la decisión, afirmando que el argumento es una valoración personal “contra legem”, aludiendo a la existencia de una laguna legal que no existe, dado que al finalizar el plazo de prórroga de la guarda a parientes, el juez a pedido de parte o sin él deberá acudir a la última frase del primer párrafo del artículo 657 del código sustancial que dispone “Vencido el plazo el juez debe resolver la situación del niño, niña o adolescente mediante otras figuras que se regulan en este Código”.

Sostuvo que en autos la guarda preadoptiva no puede prosperar como consecuencia de la restricción impuesta por el artículo 601 inc. c) del Cód. Civ. y Comercial, por lo que la única opción posible sería la de la tutela. Refirió seguidamente a lo dispuesto por el artículo 104 que también establece el modo de dar continuidad a la guarda a parientes cuando se ha cumplido la única prórroga anual prevista. Señalando que “La tutela está destinada a brindar protección a la persona y bienes de un niño, niña o adolescente que no ha alcanzado la plenitud de su capacidad civil cuando no haya persona que ejerza la responsabilidad parental.”

Concluyó que no solamente resulta excesivo el plazo creado interpretativamente cuando el artículo 104 prevé la continuidad de la protección del niño a través de la tutela, sino que además restringe la posibilidad de que la hermana se desempeñe como tutora con muchas más atribuciones, si es que la evolución del proceso así lo aconseja, brindándole mayores herramientas para la restitución y protección de sus derechos, constituyendo así una sentencia regresiva de derechos.

En su respuesta, S. S. afirmó que en el recurso se hace una errónea interpretación del artículo 104 del Cód. Civ. y Comercial puesto que prescribe “Si se hu-

bera otorgado la guarda a un pariente de conformidad con lo previsto en el Título de la responsabilidad parental, la protección de la persona y bienes del niño, niña y adolescente puede quedar a cargo del guardador por decisión del juez que otorgó la guarda, si ello es más beneficioso para su interés superior; en igual sentido, si los titulares de la responsabilidad parental delegaron su ejercicio a un pariente. En este caso, el juez que homologó la delegación puede otorgar las funciones de protección de la persona y bienes de los niños, niñas y adolescentes a quienes los titulares delegaron su ejercicio. En ambos supuestos, el guardador es el representante legal del niño, niña o adolescente en todas aquellas cuestiones de carácter patrimonial”.

Afirmó que se le atribuye al guardador las mismas facultades que al tutor, por lo que la figura utilizada resulta correcta para el caso, ya que la tutela se trata de una asistencia a una autonomía progresiva de las capacidades del menor, y se puede investir al guardador con las facultades del tutor, sin necesidad de cambiar la figura, tal como lo habilita el referido artículo 104.

El reconocimiento del guardador como representante legal es novedoso y necesario porque facilita y agiliza la dinámica de la vida diaria del niño para el acceso sus derechos a la salud, la educación, la estabilidad familiar, a su esparcimiento y a todos los demás derechos.

Que el abanico de derechos y obligaciones del niño y su guardador quedan cubiertas, por lo que el agravio esgrimido por la Asesora carece de sustento.

V. La presentación recursiva propuesta por la señora Asesora de Menores trae a este Tribunal el conocimiento de la historia de vida del adolescente S. J., hoy de 14 años de edad.

A instancia de su hermana S., quien promovió la guarda y encarna el rol procesal de parte apelada, supimos que S. nació el 17 de abril de 2007 y que a raíz del síndrome urémico hemolítico que padeció en el año 2008, cuatro años después recibió un riñón trasplantado.

Que en el año 2017 su padre falleció, su madre padeció un aneurisma cerebral en el mes de mayo de 2018, por lo cual desde entonces está al cuidado de su hermana S., en la ciudad de Lobos.

Señaló la Jueza de la Primera Instancia que en la escucha del adolescente este expuso que “...con su hermana se encuentra bien, contenido, y se realiza los controles médicos en el Hospital Garrahan al que lo lleva su hermana. Asimismo, respecto de su mamá

manifiesta que si fuera por él no la vería más ya que lo amenaza mucho, y no entiende que él no quiere estar con ella”.

También dijo S. a la Jueza que quiere seguir viviendo con su hermana S. y que ella quiere vivir con él.

El 1 de julio del año 2019 se otorgó la guarda provisoria a su hermana S. y se ordenó un perímetro de exclusión de 200 metros a su madre por el plazo de 60 días.

El 19 de octubre del año 2020, la Perito Trabajadora Social María Eugenia Stefanoff informó que mantuvo una entrevista telefónica con la guardadora, quien fue colaboradora, clara y precisa en sus respuestas, brindando el conocimiento necesario sobre la dinámica familiar que cuida a S.

El grupo familiar en la actualidad se compone por la entrevistada junto a su pareja A., de 22 años, su hija de cinco días de vida, R., y J. S. S. realiza actividades de venta de productos naturistas y su pareja trabaja en una fundición en la misma localidad.

La vivienda es alquilada, de material con todos los servicios de luz, agua y gas; inserta en un barrio poblado.

Continúa narrando la experta que el grupo familiar planea mudarse en diciembre próximo a una construcción en el mismo terreno de la madre de la entrevistada, sito en la misma localidad.

S. continúa sus clases de segundo año de secundaria en el mismo establecimiento educativo; la modalidad virtual le ha sido favorable y que también realiza actividad física “hard combat” en la localidad asistiendo a las clases presencialmente.

En cuanto esparcimiento, continúa con sus gustos como andar en bicicleta por la localidad y retomó los encuentros con dos amigos bajo todos los recaudos para protegerse de posible contagio de covid-19.

En el ámbito de la salud es asistido virtualmente por el Equipo Médico del Hospital Garrahan, donde los resultados de “valores de análisis clínicos” se encontrarían regularizados. Y queda pendiente una próxima “ecografía renal” presencial. Sigue con aceptación el tratamiento de medicación y médico que le es indicado.

Se encuentra razonablemente estabilizado en su peso y aumentó su talla conforme a su edad, manteniendo una buena alimentación y descanso.

Refiere asimismo que habría sido sorprendido por pesadillas los días que mantenía conversación con su

progenitora, con quien en algunas ocasiones quiere comunicarse y posteriormente ha evidenciado cierto malestar en sus emociones.

Mantiene contacto fluido y afectuoso con otros familiares, los demás hermanos y la madre la guardadora, quienes compondrían el núcleo afectivo familiar del adolescente.

Es beneficiario de la pensión de nación no contributiva, quedando pendiente la gestión de la Obra Social correspondiente.

En la opinión de la Trabajadora Social, S. está contenido en los aspectos fundamentales de alimentación, habitabilidad, educación, esparcimiento, salud y vínculos familiares.

Considera que ha podido afrontar momentos de angustia vinculados con su cuidado especial de salud y la imposibilidad temporal de realizar la vida normalmente, dado el cuidado especial del embarazo cursado recientemente por S.

Sugiere el seguimiento del Servicio Local para la obtención de la obra social en una delegación de ANSES, para lo cual se requiere solicitar a la progenitora la documentación original.

También señala la conveniencia de gestionar un espacio de tratamiento psicológico, según la demanda realizada por el adolescente a su guardadora.

Finalmente, que se cumplimenten los estudios médicos necesarios para continuar con su tratamiento médico.

El 20 de octubre del año 2020, y en forma previa dictar la sentencia cuestionada, la Jueza mantuvo una nueva entrevista con S., quien expuso que respecto de la convivencia con su hermana ahora estaba bien, luego de superar algunos malos momentos debidos a que se portaba mal y su hermana le decía que así no podían continuar conviviendo. Que entendió, mejoró y se llevan bien y ayuda con las tareas de la casa dado que su hermana hace cinco días tuvo una hija.

Contó que convive también con A., la pareja de su hermana, y que su abuela del corazón ahora vino por el nacimiento de su sobrina.

Que se están organizando y en dos meses les van a entregar una casita nueva que van a poner en el fondo donde tendría su habitación, que hoy comparte con su sobrinita recién nacida.

Contó sobre alternativas de la escuela y del cuidado de su salud, que tuvo que cambiar la dieta porque

algunos análisis no habían dado bien y que realizaba deportes.

Respecto de la relación con su mamá, contó que tiene poco diálogo, que sigue todo igual porque su mamá quiere que él vaya a su casa y se quede y no entiende que él no va a ir a su casa a quedarse solo con ella, que se vieron en la plaza o en una heladería pero siempre con alguien cercano por si sucedía algo. Que se apena porque ella no entienda lo que pasa, o no le importe, que no haga el tratamiento médico que necesita.

Finalmente, S. expuso su parecer sobre la renovación de la guarda, señalando si de él dependiera, quisiera que se la renovaran por seis años más, pero que también aceptaba lo que la hermana dijera.

El 22 de abril pasado tomamos contacto con S., por vía telemática, y mantuvimos una fluida y fructífera conversación.

Lo vimos pulcro, aseado, de buen humor y muy desvuelto, comentando espontáneamente sus actuales circunstancias, como un pequeño resfriado que lo aquejaba en ese momento.

Contó que cursa el tercer año de secundaria, y lo hace de manera virtual por consejo médico.

También narró con precisión y soltura su rutina diaria, compuesta especialmente por las tareas escolares y dos veces por semana por la práctica del básquet.

Expuso sobre su núcleo familiar, compuesto por su hermana y sus sobrinos, entre ellos uno recién nacido, y también aludió a otros —entendiendo que en referencia a hijos de los otros hermanos de su hermana—, con gran naturalidad y sentido de pertenencia.

Señaló también, al pasar, que su hermana se ocupa de las cuestiones médicas y que sigue las indicaciones de su “médico del Garrahan”, por ejemplo en cuanto a su escolarización virtual.

VI. Como ha señalado este Tribunal anteriormente, la atención del caso está dirigida a comprender y ofrecer a S., de catorce años, la respuesta jurisdiccional más adecuada a la situación de vida que le toca transitar, dado el prioritario y superior interés que le confiere el sistema jurídico (arts. 3, 9 y 12, Convención Internacional sobre los Derechos del Niño; 31, 33, 75 inc. 22 y concs., Constitución Nacional; 2, 3 y concs., ley 26.061; 1, 11, 15, 36.2 y concs., Constitución Provincial; 4, 5, 6, 7 y concs., ley 13.298; SCBA, causa 101.726, sentencia del 05/04/2013; esta Sala, causa 125.988, RSD 130/20).

En esa dirección, la materia de debate pone en crisis el alcance del artículo 657 del Cód. Civ. y Comercial, cuyo primer párrafo limita a dos años la duración de la guarda, remitiendo luego a otras figuras del mismo Código la situación del niño, niña o adolescente.

La Dra. Karina Bigliardi en el entendimiento que este mecanismo no brinda un remedio acorde a la situación vive S., decidió extenderla hasta su mayoría de edad, generando las críticas de la señora Asesora.

Frente a la clara disposición legal interna debe destacarse que a fin de preservar el interés superior del adolescente, es necesario ofrecer una respuesta personalizada, dado que los conceptos abstractos pueden no satisfacer las necesidades de una persona de un nombre y apellido determinados, con una residencia precisa y circunstancias particulares (conf. Corte Suprema de Justicia de la Nación —2015-05-27— M., M. S. s/ guarda. AR/DOC/2379/2015).

A tales fines, adquiere especial relevancia la escucha activa a S. que se ha hecho en ambas instancias, que comprende no solamente el derecho a ser oído en todo proceso judicial que le concierna, sino a que sus opiniones sean tenidas en cuenta en las decisiones que se tomen, valorando su grado de madurez (arts. 26, tercer párrafo, 639, inciso c, y 707, CC y C).

Mediante las tres intervenciones que tuvo S. en el proceso, el 11 de junio 2019, el 20 de octubre de 2020 y el 22 de abril de este año, es posible construir el contexto volitivo del adolescente, donde se destacan su rechazo a volver a vivir con su madre —no obstante las esporádicas comunicaciones que tenga con ella—, su deseo de continuar viviendo con su hermana, precisando el aspecto temporal al expresar “por seis años más”.

Este deseo señalado con claridad es compatible con la excelente impresión que obtuvimos sobre su condición general al entrevistarlo hace menos de un mes, la favorable opinión pericial vertida por la Trabajadora Social, y la propia expresión de su hermana S. al solicitar al Tribunal la confirmación del decisorio cuestionado.

El artículo 104 del Cód. Civ. y Comercial permite, si resultara beneficioso para el menor, que la protección de la persona y de los bienes del niño, niña y adolescente quede a cargo del guardador, ejerciendo en tal caso el guardador la representación legal en todas aquellas cuestiones de carácter patrimonial.

Vale decir que bajo el amparo de la institución de la guarda, S. asegura a S. el ejercicio de todos sus derechos, quien puede crecer y desarrollarse en un am-

biente familiar, contenedor y donde quiere permanecer.

En esa dirección, la sentencia apelada contempla una solución que tiene realmente en cuenta la opinión de este adolescente, quien en una expresión madura conforme a su edad y grado de desarrollo, expuso su parecer con claridad, de manera que la decisión de la Primera Instancia es la que mejor se adecua a la consideración de su interés superior, pauta rectora que debe alumbrar toda decisión que sobre él se adopte.

Es que, dadas las especiales circunstancias del caso, la edad de S. (14 años), el grado de madurez exhibido en cada una de las intervenciones requeridas y la convicción de sus expresiones, la revisión de su situación de vida dentro de un año, mediante el trámite del proceso de tutela como propone el recurso, conduciría a una revictimización incompatible con su interés superior, al imponerle un nuevo tránsito por los estrados judiciales para debatir y discernir sobre su futuro, cuando el estatus jurídico alcanzado permite su protección y su desarrollo integral (arts. 104 y 657, primer párrafo, última parte, Cód. Civ. y Comercial).

En efecto, el adolescente que hoy escuchamos alegre, expectante sobre su futuro, responsable en sus estudios y atento al cuidado de su salud, debió superar los difíciles años de su infancia, donde perdió a su padre, se enfermó su madre quien no pudo —hasta el momento—, recuperarse adecuadamente para cuidarlo y asegurarle un hogar; hogar que le provee su hermana asegurando amorosamente su bienestar psicofísico (arts. 75 inc. 22, Const. Nac., 3 aparts. 1 y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño y concs.; SCBA; causa C. 118.503, 22/06/2016).

Resulta necesario entonces analizar la norma interna que impone un plazo a la guarda desde la perspectiva convencional constitucional, dado que cuando un Estado es parte de un tratado internacional como el de los Derechos del Niño, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquel, lo que compele a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean obstruidos por la aplicación de normas contrarias a los fines trazados.

El diálogo de fuentes prescripto por el primer artículo del Cód. Civ. y Comercial conduce a la conexión armónica de sus normas con la Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos, de modo que corresponde formular el control de convencionalidad y constitucionalidad, interpretando y aplicando la ley sustancial en forma modo coherente con el ordenamiento todo, mediante una decisión razonablemente fundada (arts. 2 y 3, Cód. Civ. y Comercial).

Por tanto, y en el mismo sentido expresado por la Suprema Corte provincial “los textos positivos deben contrastarse con los antecedentes de hecho, máxime en asuntos en los que el interés del niño —de rango superior— opera imperativamente en un papel integrador, que llena los eventuales vacíos de la ley y prevalece sobre los preceptos cuya implementación se revele contraria a los derechos de aquel” (causa C. 121.612, 03/07/2019).

Repárese en la trascendencia que tiene el control de constitucionalidad de las leyes, expresión de la supremacía del orden constitucional que receipta el artículo 31 de la Carta Magna, instrumento que nace por creación pretoriana de la Corte Suprema de Estados Unidos en el célebre caso “Marbury c. Madison”, en el año 1803.

Adoptada por nuestro país, esta herramienta puede ser utilizada por cualquier juez de la república —control difuso— y, tradicionalmente, requería en forma inexcusable la petición de la parte interesada, posición que fue abandonada por la CS en el año 2001, a través de la sentencia dictada en el caso “Mill de Pereyra” (Fallos: 324:3219. María A. Gelli, “Constitución de la Nación Argentina...”, ed. LA LEY, año 2003, ps. 286/287; esta Sala, causa 118.115, RSD 55/15).

La Casación provincial adoptó el mismo temperamento oficioso a partir del caso “Zaniratto” (22/12/2004), señalando en sus decisiones que “El control de constitucionalidad de las normas —conforme el ejercicio de la atribución que emana del art. 31 de la Constitución Nacional— constituye una cuestión de derecho y no de hecho, de ahí que el abordaje y resolución de oficio no quiebra la igualdad de las partes en el proceso ni afecta la garantía de la defensa en juicio, la que no puede ser argumentada frente al derecho aplicable para resolver la contienda (causa L 117.516 S 01/04/2015, entre otros).

Las circunstancias fácticas expuestas, y las consideraciones vertidas requieren que sea declarada de oficio la inconstitucionalidad para el caso del artículo 657 del Cód. Civ. y Comercial en cuanto limita temporalmente la guarda, por ser violatorio a los artículos 2, 3, 4, 12, 27, 31 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y 31, 33, 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, postulándose, con el alcance señalado, la confirmación de la sentencia apelada (art. 266, C. Proc.).

Voto en consecuencia por la afirmativa.

Por los mismos fundamentos la doctora *Larumbe* votó en igual sentido.

2ª cuestión. — El doctor *Soto* dijo:

Obtenido el necesario acuerdo de opiniones al tratar y decidir la cuestión anterior corresponde: I. Confirmar la sentencia apelada, declarando de oficio la inconstitucionalidad para el caso del artículo 657 del Cód. Civ. y Comercial en cuanto limita temporalmente la guarda. II. Imponer las costas por su orden dadas las particulares circunstancias del caso (art. 68, 2º parte, C. Proc.). III. Vuelvan los autos al Acuerdo para la regulación de los honorarios devengados en esta sede. Así lo voto.

La doctora *Larumbe* adhirió en un todo al voto que antecede, con lo que se dio por terminado el Acuerdo, dictándose por el Tribunal la siguiente sentencia:

Considerando:

Que en el precedente acuerdo ha quedado establecido que el decisorio dictado el día 3 de noviembre de 2020 es justo (arts. 2, 3, 4, 12, 27, 31 de la Convención sobre los Derechos del Niño; 31, 33, 75 inc. 22, Constitución Nacional; 168, 171 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; 1, 2, 3, 104, 657, Cód. Civ. y Comercial; 34, 68, 163, C. Proc.).

Por ello corresponde: I. Confirmar la sentencia apelada, declarando de oficio la inconstitucionalidad para el caso del artículo 657 del Cód. Civ. y Comercial en cuanto limita temporalmente la guarda. II. Imponer las costas por su orden dadas las particulares circunstancias del caso. III. Vuelvan los autos al Acuerdo para la regulación de los honorarios devengados en esta sede. Regístrese. Notifíquese. Devuélvase. — *Andrés A. Soto. — Laura M. Larumbe.*

ALIMENTOS

Adopción. Proceso frustrado por voluntad de los guardadores. Establecimiento de una cuota alimentaria a favor de los niños hasta que encuentren el cuidado de otros adultos responsables. Interés superior del niño. Principio de solidaridad familiar.

1. — Incluso en procesos de adopción frustrados, la existencia de un vínculo socioafectivo entre los involucrados, imponen la necesaria continuidad de la satisfacción material hasta tanto la situación de los más vulnerables sea resuelta.
2. — El establecimiento de una cuota alimentaria hasta que los niños encuentren el cuidado de otros adultos responsables lejos está de poder considerarse como un castigo, desde que la misma constituye la normal consecuencia derivada de la responsabilidad y solidaridad familiar que los vínculos generan.

3. — Los casos que involucran los derechos de niños, niñas y adolescentes, se deben resolver teniendo como norte el interés superior de los mismos.
4. — El cese intempestivo de un proyecto adoptivo puede contar con los elementos necesarios para hacer surgir la responsabilidad aquiliana [1].

CCiv. y Com., Lomas de Zamora, sala I, 28/12/2020. - M. C. L. y otros s/ adopción. Acciones vinculadas.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/81670/2020]

CONTEXTO DOCTRINARIO DEL FALLO

[1] BASSET, Úrsula, “Cese intempestivo de la guarda preadoptiva: ¿responsabilidad civil o alimentos?”, DFyP 2016 (febrero), 51 - LA LEY 15/02/2016, 5 - LA LEY 2016-A, 328 - AR/DOC/4525/2015.

COSTAS

Se imponen a los recurrentes.

Exp. N°: LZ-73668-2018

2ª Instancia.- Lomas de Zamora, diciembre 28 de 2021.

Considerando:

I. Que vienen los presentes en virtud de los recursos de apelación interpuestos a fs. 30 y a fs. 31 contra las resoluciones de fs. 22/26 y fs. 30 respectivamente, por las cuales el señor juez *a quo* resolviera, por un lado, establecer una cuota alimentaria a favor de los niños C. L., S. D. y J.C. M., equivalente al 22% de los haberes netos —únicamente deducidos los descuentos de ley— que percibe el recurrente D. G. O. y la inclusión de los niños en la empresa de medicina prepaga S. M.; y por otro, hiciera efectiva la multa fijada en la sentencia en crisis, en atención al incumplimiento de la manda oportunamente allí establecida.

II. A modo de síntesis, se agravan los recurrentes por entender que la fijación de una cuota alimentaria a su costa resulta un “castigo” frente a la frustración del proceso adoptivo que los mismos hubieran iniciado con los niños M. Destacan que, según sus dichos, no fueron debidamente acompañados en el proceso vincular ni por el Servicio Zonal de Promoción y Protección de los Derechos del Niño ni por el equipo técnico del juzgado, por lo que concluyen

que no resultarían ser los únicos responsables de la falencia del proceso de adopción.

Por otra parte, se quejan del plazo de dos años por el cual se fijara la obligación alimentaria, señalando que este plazo atendido por el juez no coincide con el tiempo en que los recurrentes desarrollaron el proyecto vincular. Por lo que solicitan que en caso de confirmarse la obligación alimentaria, el período sea reducido a un año.

Por último, se agravan con relación a la aplicación de la multa oportunamente dispuesta, por cuanto destacan que la obligación de la cual deriva resulta de cumplimiento imposible. Así, manifiestan que desde la Obra Social S. M. le habrían informado que no podían incluir a los niños en la misma puesto que no existía vínculo jurídico con los apelantes.

III. En primer término, siempre resulta importante señalar que los casos que involucran los derechos de niños, niñas y adolescentes, se deben resolver teniendo como norte el interés superior de los mismos (art. 3 CDN, art. 3 ley 26.061, art. 4 ley 13.298 y art. 595 Cód. Civ. y Comercial). Incluso esta obligación cobra especial relevancia en procesos como el presente en los cuales la decisión observa ciertas particularidades, en especial cuando están en tensión otros derechos que titularizan los adultos. (Lorenzetti, Ricardo L., Código Civil y Comercial de la Nación, Rubinzal Culzoni, T. IV, Sta. Fe, 2015, p. 20).

En la especie, nos encontramos ante un proceso de adopción frustrado por la voluntad de quienes fueran los guardadores, y que resultan ser aquí los recurrentes. Ante dicha circunstancia, el magistrado de la anterior instancia resolvió fijar una cuota alimentaria en favor de los niños hasta tanto los mismos se encuentren al cuidado de adultos responsables en un nuevo contexto familiar.

Con relación a esta temática, una nueva mirada tanto doctrinaria como jurisprudencial ha destacado que el cese intempestivo de un proyecto adoptivo puede contar con los elementos necesarios para hacer surgir la responsabilidad aquiliana. Entre ellos, se señala el deber de obrar con cuidado como un elemento que adquiere aun mayor significado cuando uno de los sujetos de la relación jurídica tiene a su cargo una persona vulnerable que no puede defenderse por sí misma (Basset, Úrsula, C., Cese intempestivo de la guarda preadoptiva: ¿responsabilidad civil o alimentos?, DFyP 2016 (febrero), 04/02/2016, 51, LA LEY 15/02/2016, LA LEY 2016-A, 328). En dicha línea, se ha agregado el daño psicológico que el cese intempestivo puede provocar, así como también se han destacado la afectación al centro de vida, a la identidad dinámica y al proyecto

de vida como elementos que hacen surgir la responsabilidad ante la frustración adoptiva.

A su vez, se ha iniciado una nueva corriente jurisprudencial que asimila la figura y las obligaciones del progenitor afín con la situación de los guardadores y pretensos adoptantes. La Cámara de Apelaciones de Morón, recurriendo a esta figura, fijó una obligación alimentaria a cargo de quienes fueran los guardadores, aplicando así lo dispuesto por el art. 676 del Cód. Civ. y Comercial y fundando dicha circunstancia en que "(...) en el seno familiar el comportamiento reiterado y unívoco del matrimonio guardador, genera concretas expectativas en las niñas, de las que no pueden los guardadores desligarse sin asumir las condignas responsabilidades ulteriores." (Capel., Civ. y Com. de Morón, Sala II, "A., O. E. s/ vulneración de derechos", sent. del 12/07/2016, LA LEY 03/10/2016).

En similar sentido, se resolvió fijar una obligación alimentaria en cabeza de los guardadores sosteniendo que "esta situación en la que se encontraban los niños que formaban su nueva identidad, perduró en el tiempo, haciéndolos sentir parte de una familia, con una madre y un padre de quienes recibían tratos de hijos y a quienes reconocían como padres." (CApel. Civ. y Com., San Martín, Sala I, "L., M. A. s/ adopción— Acciones vinculadas", sent. del 29/09/2015).

Incluso, se verifican antecedentes que observan que la obligación de los guardadores es mayor que la del supuesto del progenitor afín a cuya figura se remite por analogía, ello por cuanto en estos casos se ha dado trato de hijo y se ha generado la expectativa de emplazamiento filial. (CApel. Civ. y Com., Mar del Plata, Sala III, "S., V. M. s/ Materia a Categorizar", sent. del 29/11/2016).

Más allá de las diferentes fuentes y figuras a las que pueda recurrirse para hacer nacer obligaciones en quien desiste de un proceso adoptivo, lo cierto es que en la materia propia que nos ocupa, esto es, la fijación de una cuota alimentaria, entendemos que dicha obligación surge claramente de lo dispuesto por el art. 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño, puesto que la misma norma establece que "(...) a los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño". Es decir, se trata de una disposición amplia que no solo involucra a los progenitores en su carácter de titulares de la responsabilidad parental, sino a todas aquellas personas que tengan o hayan tenido a su cargo el cuidado del niño. Es que se trata de un derecho humano

fundamental que encuentra su base en el afecto. Por eso, incluso en procesos de adopción frustrados, la existencia de un vínculo socioafectivo entre los involucrados, imponen la necesaria continuidad de la satisfacción material hasta tanto la situación de los más vulnerables sea resuelta.

Es que la amplitud de la obligación impuesta por la Convención se trata de una derivación clara del principio de solidaridad. Así, Kemelmajer de Carlucci nos enseña que “La solidaridad es un principio constitucional básico, por lo que la tutela de la familia debe ser leída en función de esta verdadera cláusula general del ordenamiento” agregando luego, que la familia hoy debe cumplir principalmente tres funciones: protección, ajustes a las nuevas circunstancias que puedan producirse y ayuda a los integrantes vulnerables. (Kemelmajer de Carlucci, Aída, Herrera, Marisa y Lloveras, Nora, Tratado de Derecho de Familia. Según el Código Civil y Comercial, Rubinzal Culzoni, Sta. Fe, 2014, p.79).

Y si bien en el caso de autos no se ha podido concretar el proyecto familiar, de lo actuado surge que entre los niños y los recurrentes ha existido un vínculo cuyos efectos no pueden dejar de observarse. Los hoy quejosos, oportunamente iniciaron el proceso destacando precisamente la existencia de un vínculo que iba más allá de su acercamiento como visitantes del Hogar convivencial en que se hallaban los niños. Y como bien se señalara, ha sido en virtud de dicha circunstancia que se autorizó su vinculación no obstante no ser lo formalmente establecido.

Por ello, llama la atención que quienes oportunamente plantearan una alternativa a la normativa que les impedía ser designados guardadores —fundando dicha excepción en la fortaleza del vínculo y en el interés superior de los niños M.—, hoy refieran lo contrario, intentando sustraerse de las obligaciones y responsabilidades que los vínculos generan. Cuesta comprender, en este particular contexto, que quienes habiendo promovido una vinculación por fuera del sistema de protección de derechos hoy se quejen precisamente de una supuesta falta de acompañamiento de ese mismo sistema.

Punto aparte merece la consideración de la fijación de la obligación alimentaria como “castigo”, pues ello resulta impropio de las resoluciones en materia de derecho de familia. Dicha apreciación constituye una muestra de la falencia en el reconocimiento del objeto que ha tenido (y tiene) el proceso en el que se encuentran involucrados C., C. y S., que busca su incorporación en una nueva familia que les provea todo lo necesario para su desarrollo. Por ello, lejos está de poder considerarse la fijación

de la cuota alimentaria como un castigo, desde que la misma constituye la normal consecuencia derivada de la responsabilidad y solidaridad familiar que los vínculos generan.

En definitiva, y como se planteara al inicio, hemos de resolver el recurso traído teniendo en especial consideración el mejor interés de los niños involucrados, por lo cual entendemos que en este punto el agravio no ha de prosperar, debiendo mantenerse la obligación alimentaria fijada en la anterior instancia (art. 3 y 27 CDN, art. 3 ley 26.061, art. 4, Ley 13.298, art. 1 y 2 Cód. Civ. y Comercial).

IV. En cuanto al plazo fijado, hemos de adelantar que tampoco los agravios han de ser acogidos. Ello por cuanto de los propios dichos de los recurrentes surge que comenzaron a vincularse con los hermanos M. al menos desde marzo de 2017. Comenzando su vinculación con C., para luego hacerlo también con C. y S.

Por ello, compartiendo lo resuelto por el señor juez *a quo*, y teniendo por cierto que la vinculación se inició en Marzo de 2017, entendemos que resulta razonable que la obligación alimentaria se extienda por el plazo de dos años o bien hasta que se otorgue la guarda.

V. Por último, hemos de analizar los agravios relativos a la aplicación de la multa dispuesta para el caso de incumplimiento en la afiliación de los niños en la Prepaga S. M.

Sabido que los magistrados se encuentran facultados para imponer sanciones pecuniarias a los fines de que se cumplan sus mandatos (art. 37 del Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Dicha facultad se vincula especialmente con la debida ejecución de las sentencias, lo que a su vez constituye una garantía de la tutela judicial efectiva. Dice Berizonce que entre las funciones clásicas del juez como director del proceso, en el ámbito del derecho de familia se le suman las funciones de apoyo y colaboración, y que una vez llegados a la etapa de ejecución requerirá de una participación activa con la aplicación de medidas razonables para lograr la satisfacción de los intereses en juego. (Berizonce, Roberto O., “La tipicidad del proceso de familia y su reflejo en la tutela cautelar y anticipatoria”, Revista de Derecho Procesal. Medidas Cautelares, T. I, ps. 145/67).

En este sentido, se ha destacado que la garantía de la tutela judicial efectiva no se limita a la posibilidad de acceder a la justicia para exigir el cumplimiento o reconocimiento de un derecho, sino que solo podrá

considerarse satisfecha la pretensión una vez que se haya cumplido o ejecutado la resolución. Así, se sostuvo que “El sistema judicial se debe configurar para la defensa efectiva de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad. Poca utilidad tiene que el Estado reconozca formalmente un derecho si su titular no puede acceder en forma efectiva al sistema de justicia para obtener la tutela de dicho derecho” (XIV Cumbre Iberoamericana, a la cuales Adhirió la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina por Acordada 5/2009, 24/02/2009).

Por lo expuesto, entendiendo que se encuentra ajustada a derecho y resulta razonable la fijación de una multa para el supuesto de incumplimiento de la obligación afiliatoria, y contando los peticionantes con las posibilidades de peticionar en autos las diligencias necesarias para hacerse efectiva (ver fs. 33), hemos de rechazar los agravios referidos a dicho extremo. Por ello, el Tribunal resuelve: 1. Confírmase las resoluciones de fs. 22/26 y fs. 30 en lo que fuera materia de agravios. 2. Costas a los recurrentes en su condición de vencidos. (art. 68 y 69 del Cód. Proc. Civ. y Comercial.). Regístrese. Devuélvase. (Ac. SCBA 3975/20). — *Javier A. Rodiño*. — *Carlos R. Igoldi*.

COMPENSACIÓN ECONÓMICA EN LA UNIÓN CONVIVENCIAL

Suspensión de las mediaciones en virtud de la emergencia sanitaria. Perspectiva de género. Desestimación del pedido de caducidad.

- Solicitar que se acrediten las dificultades de recurrir a la mediación en plena pandemia no parece razonable, pues es de público conocimiento que en un principio las mediaciones se encontraban suspendidas, retomándose en forma virtual por res. 121/2020 del Ministerio de Justicia de la Nación del 23/04/2020. Exigir una mediación virtual en el contexto de desconcierto y desorganización que reinaba los primeros meses del ASPO resulta excesivo.
- Desde la perspectiva de género se acentúa el deber de magistrados de examinar con flexibilidad el plazo de caducidad impuesto por la ley, ya que lo contrario podría llevar a la irremediable y gravosa conclusión de toda posibilidad de debatir el derecho a percibir una compensación económica [1].

JNCiv. Nro. 92, 14/05/2021. - M., M. E. C. D., D. s/ fijación de compensación arts. 524, 525 CCCN.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/63615/2021]

CONTEXTOS DOCTRINARIOS DEL FALLO

[1] SOLARI, Néstor E., “El plazo de caducidad en la compensación económica”, LA LEY 03/10/2017, 1, LA LEY 2017-E, 1037, DFyP (noviembre), 8, AR/DOC/2523/2017.

COSTAS

Se imponen al demandado.

1ª Instancia. - Buenos Aires, 14 de mayo de 2021.

Considerando:

I. A fs. 200/217, el Sr. D. D. opone la caducidad del derecho a solicitar compensación económica, por haber transcurrido el plazo establecido en el art. 525, *in fine*, del Cód. Civ. y Com. de la Nación. En forma subsidiaria contesta demanda.

Manifiesta que el supuesto previsto por el inc. g) del art. 523 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, consistente en el “cese de la convivencia mantenida”, tuvo lugar el 10 de diciembre de 2019, y no el día 20 de dicho mes como relata la actora. Como prueba de ello, deja las constancias de ingresos y egresos del domicilio al que se mudó dentro del mismo barrio, conforme correo electrónico de fecha 18/05/2020 en el que se notifica a la guardia el cambio de unidad.

Destaca que la actora intenta justificar la dilación en el inicio de las presentes actuaciones en la suspensión de la audiencia de mediación por causas atribuibles a la situación sanitaria, mas no lo prueba. Que sus justificativos para el inicio de las actuaciones sin antes haber pasado por la etapa prejudicial de mediación, no son más que meros argumentos sin respaldo probatorio alguno.

Observa que la única y primera constancia que tuvo acerca de su probable reclamo, fue la carta documento del 26/08/2020, designando audiencia de mediación para el 07/09/2020. Es decir, ya habían transcurrido más de dos meses de haber caducado el derecho, que feneció en 10/06/2020.

II. En el escrito a despacho la Sra. M. E. M., contesta el traslado conferido, oponiéndose al progreso de la excepción.

Afirma que la demanda fue interpuesta el 10 de junio de 2020, justo la fecha que la propia demandada reconoce como plazo límite para que opere la caducidad. Que ello fue en el marco del ASPO, que impedía

la celebración de la audiencia de mediación previa y obligatoria. Aclara que tal mediación fue solicitada (como se menciona en el escrito de inicio presentado con fecha 10/06/2020), pero en el marco del ASPO fue suspendida.

Concluye que aún de sostener la fecha del cese de la unión que invoca la demandada, tampoco prospera la caducidad, ya que la demanda fue iniciada el mismo día que en teoría hubiera operado tal caducidad.

III. El art. 524 del Cód. Civ. y Com. de la Nación prevé que “Cesada la convivencia, el conviviente que sufre un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación económica con causa adecuada en la convivencia y su ruptura, tiene derecho a una compensación. Esta puede consistir en una prestación única o en una renta por un tiempo determinado que no puede ser mayor a la duración de la unión convivencial”.

El art. 525 del citado Código establece un plazo de caducidad de seis meses para el reclamo judicial de esta figura, contados desde que se produjo la ruptura de la convivencia por cualquiera de las causales previstas en el art. 523 Cód. Civ. y Com. de la Nación.

El cómputo del plazo de caducidad impuesto por la ley ha suscitado sendos cuestionamientos prácticos, en especial en el caso de las uniones convivenciales, en que la fecha del cese de la convivencia no siempre puede acreditarse con certeza.

Una de las hipótesis más frecuentes en que ello sucede es la del caso de autos, es decir, la simple separación que pone fin a la convivencia. En este supuesto, el plazo irremediable comienza su curso a partir de la finalización de la vida compartida, sea por acuerdo, sea por decisión unilateral, sin que existan más circunstancias demostrativas del hecho que el retiro de uno de los convivientes del hogar que compartían.

Como bien se señala, cuando el “*dies a quo*” se encuentra ligado a este dato fáctico podrán existir discrepancias entre las partes y dificultades para acreditarlo, en especial si el cese definitivo estuvo precedido de una serie de interrupciones transitorias en la cohabitación. En estos casos, será determinante analizar “cuándo” terminó ese proyecto común, nota definitiva de esta forma de organización familiar (conf. Molina de Juan, Mariel, *Compensación económica. Teoría y Práctica*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2018, p. 107. Ver también Rolleri, Gabriel, “Compensación económica entre convivientes” RCCyC 2017 (marzo), 03/03/2017, 46, Cita Online: AR/DOC/536/2017).

En principio, en estos casos, la carga de la prueba debe recaer sobre quien alega la caducidad (conf. art. 377, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

En las presentes actuaciones, la Sra. M. E. M. relata que la convivencia fue interrumpida el 20 de diciembre de 2019, presentando una serie de pruebas a fin de acreditar sus dichos. Por su parte el Sr. D. D. indica que la fecha del cese de la convivencia fue el 10 de diciembre de 2019.

El planteo es inconducente, como lo indica la actora, ya que aun cuando la relación hubiera finalizado el 10 de diciembre de 2019, no habría operado la caducidad del derecho, si se observa que la presente demanda fue interpuesta el 10 de junio de 2020, en el marco de la feria extraordinaria decretada por la Corte Suprema de Justicia en razón del ASPO dispuesto por el Gobierno Nacional. De hecho, la demanda solo fue iniciada a los fines de “interrumpir la prescripción” (SIC).

Solicitar que se acrediten las dificultades de recurrir a la mediación en plena pandemia no parece razonable, pues es de público conocimiento que en un principio las mediaciones se encontraban suspendidas, retomándose en forma virtual por Resolución 121/2020 del Ministerio de Justicia de la Nación del 23/04/2020. Es cierto que esta resolución es anterior al inicio de las actuaciones, pero exigir una mediación virtual en el contexto de desconcierto y desorganización que reinaba los primeros meses del ASPO resulta excesivo.

Por los argumentos esgrimidos, adelanto que el planteo de caducidad no habrá de prosperar.

Sin perjuicio de lo expuesto, corresponde destacar que frente a la duda, si no consta la fecha cierta para el inicio del cómputo del plazo de caducidad, los jueces y juezas debemos ser flexibles pues una decisión tendiente a declarar extinto el derecho resulta irremediable.

En efecto, la caducidad, como modo de extinción de ciertos derechos en razón de la omisión de su ejercicio durante un plazo prefijado por la ley o la voluntad de las partes, debe ser interpretada restrictivamente y cuando una situación se preste a diversas interpretaciones de mayor o menor alcance no corresponde considerarla consagrada. Y ello en tanto de todos los efectos que el curso del tiempo puede tener sobre una relación jurídica, la caducidad constituye, sin duda, el más gravoso.

En particular con relación a la cuestión aquí debatida, se ha sostenido que el tiempo breve fijado por la ley coloca a la supuesta beneficiaria en la necesidad

de recurrir al proceso judicial en forma casi inminente, desconociendo las particularidades y dificultades que pueden presentarse en tan breve período. Las personas en un proceso de divorcio tienen su mente, en el acomodamiento de las cuestiones cotidianas, en los cambios que muchas veces los sobrepasa; y el conteo de los plazos legales pasa a la postergación. Este plazo exiguo resulta todavía más perjudicial para aquellas personas que hubieran formado una unión convivencial. En primer lugar, adviértase que —a diferencia del divorcio— el cese de la unión convivencial no requiere la vía judicial, produciéndose extrajudicialmente, por distintas circunstancias contempladas por la ley. De ahí que, normalmente, la pretensa beneficiaria deberá recurrir al respectivo asesoramiento legal antes de transcurrir el plazo legal, para así plantear judicialmente la acción judicial (conf. Solari, Néstor E., “El plazo de caducidad en la compensación económica”, AR/DOC/2523/2017).

Así lo ha resuelto la jurisprudencia, al señalar que “dada la especial situación de violencia que se deriva de los hechos denunciados, la inestabilidad del grupo familiar y el estado de vulnerabilidad que atraviesa... la peticionante, concluimos que el cómputo del plazo de caducidad para el ejercicio de esta acción no pudo iniciar el 06/02/2017... las disposiciones del Cód. Civ. y Comercial, en materia de caducidad, deben interpretarse en un diálogo de fuentes, que no puede desprenderse de las directivas dadas en las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad...” (CCCLM Sala I, Neuquén, 06/07/2018, “M. F. C. c. C. J. L. s. Compensación económica”, RC J 5312/18).

En esta misma línea se subrayó que “juzgar con perspectiva de género impone decidir los casos recordando y aplicando que en nuestro sistema jurídico se consagra el reconocimiento del derecho de las mujeres a vivir libres de violencia y discriminación, de modo tal que es deber jurídico considerar las especiales situaciones en que viven muchas mujeres..., incluso para computar los plazos legales. Estas circunstancias llevan a otra incógnita a responder ¿es constitucional el plazo de seis meses establecido por el Cód. Civ. y Comercial? (Juz. Fam. N° 1, Esquel, 28/10/2019, “S., E. Y. c. L., J. D.”, RC J 12.965/19).

Precisamente desde la perspectiva de género se acentúa el deber de magistrados y magistradas de examinar con flexibilidad el plazo de caducidad impuesto por la ley, ya que lo contrario podría llevar —reitero— a la irremediable y gravosa conclusión de toda posibilidad de debatir el derecho a percibir una compensación económica.

En referencia a los marcos teóricos que deben considerarse en toda decisión judicial, la perspectiva de

género implica: a) reconocer las relaciones de poder que se dan entre los géneros, en general favorables a los hombres como grupo social y discriminatorias para las mujeres; b) que estas relaciones han sido constituidas social y culturalmente y son constitutivas de las personas; y c) que atraviesan todo el entramado social y se articulan con otras relaciones sociales, como las de clase, etnia, edad, preferencia sexual y religión.

Desde este enfoque, y sin perjuicio de lo que se resuelva en definitiva, corresponde reconocer en esta instancia que el acceso a justicia para las mujeres, que universalmente se encuentran en inferioridad de condiciones en términos de legitimidad y poder, suele ser un proceso arduo (conf. Gherardi, Natalia, “Notas sobre acceso a la justicia y servicios jurídicos gratuitos en experiencias comparadas: ¿un espacio de asistencia posible para las mujeres?”, en Birgin, Haydée y Kohen, Beatriz —comp.—, Acceso a la justicia como garantía de igualdad. Instituciones, actores y experiencias comparadas, Biblos, Buenos Aires, 2006, p. 136).

Este acceso a justicia requiere de la superación de los obstáculos sustanciales y formales que bloqueen la efectividad del derecho a la jurisdicción.

Adviértase en este sentido, que el art. 706 del Cód. Civ. y Comercial prevé que en los procesos de familia debe respetarse el principio de tutela judicial efectiva y que “Las normas que rigen el procedimiento deben ser aplicadas de modo de facilitar el acceso a la justicia, especialmente tratándose de personas vulnerables, y la resolución pacífica de los conflictos” (inc. a).

En el plano internacional, las Cien Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, prevén que “Se promoverán las condiciones necesarias para que la tutela judicial de los derechos reconocidos por el ordenamiento sea efectiva, adoptando aquellas medidas que mejor se adapten a cada condición de vulnerabilidad” (punto 25).

Constituye un deber del Estado neutralizar o compensar estas vulnerabilidades para garantizar el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales. Al respecto, cabe recordar lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva acerca del “Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal”: “Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de con-

diciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas”.

Por estos fundamentos, sumados a los ya expuestos —como anticipé— habré de desestimar la caducidad de la acción.

IV. Por último, en cuanto a lo planteado por el demandado con relación a lo previsto por el art. 180 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, en orden a que “El traslado se notificará personalmente o por cedula dentro del tercero día de dictada la providencia que lo ordenare”, se ha dicho “El segundo párrafo del artículo es totalmente superfluo, ya que, no existiendo sanción expresa, la notificación posterior es perfectamente válida... y no trae aparejada la caducidad del mismo (CCiv, sala C, ED, 33-385; Falcón, Enrique M., Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Anotado. Concordado. Comentado, T. II, nota arts. 125 a 345).

Tal doctrina resulta aplicable al caso de autos, por lo que corresponde el rechazo del planteo impetrado en este sentido.

Por todo lo expuesto resuelvo: I. Desestimar el pedido de caducidad del derecho previsto art. 525 *in fine* del Cód. Civ. y Com. de la Nación. II. Desestimar lo planteado a fs. 152, punto IV, conforme lo señalado en el considerando V). III. Imponer las costas de la incidencia al demandado (arts. 68 y 69, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). IV. Notifíquese. — *María V. Famá*.

COMPENSACIÓN ECONÓMICA EN LA UNIÓN CONVIVENCIAL

Obligaciones del padre afín. Solidaridad familiar. Mujer migrante en situación de vulnerabilidad. Existencia de aportes económicos. Perspectiva de género. Enriquecimiento sin causa. Violencia familiar. Daño moral.

1. — Las tareas de la accionante vinculadas en los denominados “quehaceres del hogar”, tienen valor económico, que debe ser reconocido de manera efectiva y palpable.

2. — La condición de migrante —junto con su condición de mujer y pobre—, acopia varios tipos de vulnerabilidad. Las mujeres migrantes, por diversas y tristes razones, son vulnerables de manera muy intensa. Ello es así porque salen de sus países de origen para huir de la violencia, la falta de oportunidades y la miseria, o para reunirse con sus familias. Ello dio origen a la “industria de la migración” que, en los Estados receptores, los empleadores explotan a estas personas porque no les pagan salarios dignos ni les ofrecen buenas condiciones laborales.

3. — La compensación económica es un derecho que se otorga a favor del cónyuge o conviviente al que el cese del matrimonio o la unión convivencial le produce un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación y que tiene como causa adecuada el vínculo matrimonial y su ruptura.

4. — La compensación no se sustenta en la necesidad, ya que puede configurarse el desequilibrio sin que el reclamante padezca necesidad alguna porque no persigue una cobertura de tipo asistencial, sino en la verificación de un desequilibrio patrimonial que tiene su causa adecuada en la relación y su ruptura.

5. — Aun cuando quien reclama la compensación haya decidido voluntariamente interrumpir su desarrollo personal para dedicarse a las tareas domésticas y cuidado de la prole, no obsta a la procedencia del reclamo.

6. — Si los ingresos por el trabajo de la actora alcanzaban para mantener a su hija, en correlativa proporción, el demandado —padre afín— se vio liberado de sufragar tales gastos en los términos del art. 520 del Cód. Civ. y Com.; dichos dineros, pudo destinarlos a invertir en la construcción de la vivienda o la adquisición de vehículos.

7. — El Código Civil y Comercial incorporó la figura del progenitor afín —arts. 672 a 676—, en cabeza del cónyuge o conviviente que vive con quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño o adolescente. Esa obligación alimentaria, reconocida por la ley a pesar de no existir vínculo jurídico ni fuente legal que expresamente lo impusiera, se funda en la solidaridad familiar, el interés superior de los niños, niñas y adolescentes y su derecho a un nivel de vida digno.

8. — El actuar dañoso dentro de las especiales relaciones familiares obliga a la reparación del

daño causado. Son reparables los daños producidos entre familiares, si se reúnen los demás presupuestos de la responsabilidad civil porque nadie renuncia a sus derechos personalísimos por el solo hecho de contraer matrimonio, formar una unión convivencial, ser padre, hijo, etc.

9. — Aun cuando la actora hubiese realizado tareas de escasa calificación en la construcción de la casa, las que hizo están nomencladas, regidas y amparadas por el convenio colectivo del rubro; por tanto, si ella no hubiese prestado esa colaboración, el demandado debería haber contratado a alguien que lo hiciera y pagar por ese trabajo.
10. — Si la actora ganó dinero con su trabajo fuera del hogar, que destinó a la crianza de su hija y, a la vez, desarrolló tareas domésticas, ambas situaciones deben ser consideradas como un aporte con valor económico concreto en pos del sustento de los gastos de la pareja conviviente. Dichos ingresos, aportados por la mujer, aliviaron en medida proporcional al hombre; dicho alivio, consecuentemente, le concedió mayor disponibilidad de efectivo para destinarlo a otros menesteres.
11. — Mirar el caso con perspectiva de género debe tener un efecto concreto y palpable. Se debe invertir la carga de la argumentación y es el demandado el que tiene que probar que la diferencia de trato se encuentra justificada por ser el medio menos restrictivo para cumplir un fin legítimo.
12. — Cuando una persona, sin causa lícita se enriquezca a expensas de otro, está obligada, en la medida de su beneficio, a resarcir el detrimento patrimonial del empobrecido.
13. — El enriquecimiento del demandado tiene como contrapartida el empobrecimiento de la actora y también está acreditada la relación causal, porque de no haber existido la relación afectiva que unió a las partes, ella no habría trabajado ni aportado nada.
14. — No están dados los presupuestos sustanciales de procedencia de la compensación económica, tal como la regula el art. 524, Cód. Civ. y Com., ya que la actora, antes de su relación con el demandado, cuidaba personas o limpiaba casas o explotaba algún comercio, que son las mismas tareas que continúa haciendo. Tampoco es que la accionate, por su mayor dedicación

a la familia, no pudo hacer realidad sus legítimas expectativas laborales o profesionales.

15. — Los episodios de violencia familiar comportan el obrar antijurídico que abre la vía judicial para obtener una reparación porque causan daño a la integridad psicofísica de la víctima, así como constituyen una afrenta contra su libertad y seguridad personal.

CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

El hecho dañoso:

Violencia familiar.

Referencias de la víctima:

Sexo: Femenino.

Edad: 41 años.

Actividad: Empleada doméstica.

Componentes del daño:

Daño extrapatrimonial

Daño moral genérico: \$30.000

Juz. Familia, Villa Constitución, 19/11/2020. - P. S. Y. c. V. R. s/ compensación económica.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/71933/2020]

COSTAS

Se imponen al demandado vencido.

INTERESES

Se aplica una vez y media la tasa activa.

1ª Instancia. - Villa Constitución, noviembre 19 de 2020.

Visto:

Los presentes, caratulados "P. S., Y. c. V., R. s/ compensación económica", CUIJ ..., (N° ...), de los que surge que, a fs. 55/63, se presentó Y. P. S., con patrocinio letrado, y promovió demanda de compensación económica y atribución del hogar.

Manifestó que convivió con el demandado R. V. desde fines de octubre del año 2008. Dijo que la convivencia duró nueve años, hasta agosto de 2017; tuvieron varios domicilios en la ciudad de Rosario y Peyrano. Relató que en el año 2012 compraron un lote sin nada construido en la localidad de Peyrano. Dijo que la propiedad fue adquirida por ambos, se escrituró a nombre del Sr. V. debido a que ella, de nacionalidad

dominicana, no contaba con documento de identidad argentino. Agregó que comenzaron las tareas de construcción en el terreno siendo abonados los gastos por los dos. Adjuntó documental a fin de acreditar el domicilio en el cual vivía junto al demandado en la localidad de Peyrano. Afirmó que siempre desempeñó tareas para su sostenimiento y el de su hija. Comentó que abrió un pequeño almacén y cuidaba a una señora. Dijo que la convivencia cesó en agosto de 2017. Manifestó que existe una verdadera situación de desequilibrio y descenso de su nivel de vida con posterioridad a la ruptura de la unión convivencial. Aseguró que existe una situación desproporcionada ya que el demandado tiene una empresa de construcción, tres vehículos adquiridos durante la convivencia. Argumentó que sería injusto haber contribuido al enriquecimiento de quien era su compañero y quedar sin nada, sin casa y sin posibilidades. Agregó que el demandado es titular de dos planes de ahorro para la compra de vehículos. Aseguró que no tiene las mismas posibilidades que el Sr. V.

En cuanto a su petición de la atribución del hogar dijo que, junto a su pareja compró el terreno y edificaron entre los dos. Dijo que reclama compensar el desequilibrio económico por causa de la ruptura de la convivencia. Aseguró que fue víctima de violencia de género y que tramitó una denuncia ante este Juzgado.

Solicitó como monto de reclamación, \$400.000.- por la pérdida de la mitad de la propiedad que fuera hogar conyugal y \$100.000.- por la pérdida de la mitad de los tres vehículos adquiridos durante la convivencia. Además, solicitó como resarcimiento de daño moral \$30.000.-, es decir el total pretendido asciende a \$530.000. Ofreció prueba.

A fs. 64 se dio trámite del juicio ordinario y a fs. 66 se emplazó al demandado para que comparezca a estar a derecho.

A fs. 69/72 compareció y contestó demanda el Sr. V. Negó las afirmaciones de la actora y relató que desde mayo de 2014 mantuvo una relación de noviazgo con la actora y convivieron en el inmueble sito en calle ... de Peyrano. Dijo que compró con fondos propios dicho inmueble. Aseguró que en diciembre de 2016 decidieron terminar la relación. Agregó que sorpresivamente la actora realizó una denuncia por violencia de género lo que llevó a excluirlo del hogar conyugal. Dijo que transcurrido el plazo por el cual se lo excluyó del hogar, trató que la actora entendiera que debía abandonar el inmueble, sin lograr una respuesta. Aseguró que la separación no ha significado un desequilibrio que empeore su situación económica, sino que la separación se dio en diciembre de 2016, con lo cual el derecho de la actora, al momento de la interposición de la demanda se hallaba caduco. Agregó que tam-

co le corresponde a la actora la atribución del hogar conyugal, ya que no tiene a su cuidado hijos menores de edad o con discapacidad ni tampoco extrema necesidad de una vivienda y la imposibilidad de procurársela. Dijo que no corresponde derecho alguno y en caso de que se interprete que sí, este tiene un límite temporal. No puede exceder dos años desde que se produjo el cese. Afirmó que la actora mintió con la fecha de separación. Dijo que en caso de que se resolviera lo contrario solicitará una compensación por el uso del inmueble. Ofreció pruebas.

A fs. 81 se abrió la causa a prueba.

A fs. 82 ratificó y ofreció pruebas la parte actora.

A fs. 85 ofreció prueba la parte demandada.

A fs. 91 se proveyó la prueba ofrecida.

A fs. 94/96 obran actas de audiencia testimonial. Compareció, en primer lugar, la Sra. M. L. Z.; luego, la Sra. M. E. I.; a continuación, la Sra. M. B. M., seguida por la Sra. D. B.

Después, declararon los testigos ofrecidos por el demandado, R. R. R. dijo que V. era su cuñado y C. A. E., amigo. Por último, a fs. 103, obra acta de audiencia testimonial del Sr. M. E. I. R. —dijo trabajar con V.—.

Luego de las testimoniales, a fs. 96 vta. y 97 obran actas de audiencia confesional. Primero depuso la Sra. Y. P. S.; luego, el Sr. V.

A fs. 108, obra acta de constatación en el domicilio de calle ... de la localidad de Peyrano, realizado por el Juez Comunitario Fernando Capisano.

A fs. 110 se clausuró el término de prueba.

A fs. 111 acompaña alegato la parte actora, a fs. 114 la parte demandada. A fs. 117 autos para sentencia.

A fs. 120/135 obra contestación de oficio por parte del Juzgado de Primera Instancia de Circuito N° 14 y se acompañó copia de lo resuelto en "V., R. c. P. S., Y. s/ Desalojo".

A fs. 143 pase a fallo.

A fs. 144/156 obra alegato del alegato de la actora y a fs. 157/160, el de la demandada.

Considerando:

1. Preliminar: la sentencia del juzgado de circuito.

Obra agregada a fs. 120/134 la sentencia dictada por el Sr. Juez a cargo del Juzgado de 1ª Instancia de

Circuito de esta ciudad, Dr. Diógenes D. Drovetta, dictada en autos “V. R. c. P. S., Y. s/ desalojo”, Expte. N° 401/2017.

La referencia es necesaria porque existe una vinculación inescindible entre el sustrato fáctico que subyace en ambos procesos; de tal suerte, con cierta idea de línea histórica, se podría considerar que este juicio es otro episodio de la misma serie.

Claro que no lo es en lo formal. Cada juicio tramitó ante el juzgado competente según su materia, conforme las respectivas vías procesales idóneas.

Por tanto, el juzgado de circuito dictó una sentencia en el marco de un proceso tramitado respecto de un caso que está dentro de su competencia material específica —desalojo—; este que nos ocupa, procura resolver un asunto cuya materia es competencia de neto tinte familiar.

Cada proceso es autónomo, por lo que no existe conexidad ni relación de prejudicialidad entre ellos.

Sin embargo, podríamos decir que, en cierto sentido (luego se verá cuál), esta sentencia empieza donde quedó la del colega.

Por lo demás, debo obturar el riesgo que se suscite un escándalo jurídico a partir de la interpretación contraria de determinados hechos que, ventilados en el caso ya juzgado, se reprodujeron aquí.

En ese sentido, cabe señalar que el juez de circuito tuvo por probada la existencia de una unión convivencial no registrada entre la Sra. P. S. y el Sr. V., lo cual tiene enorme trascendencia en el presente.

Entonces, ese hecho ya lo daré por acreditado; ello no será obstáculo, como luego veremos, para referir prueba producida en este expediente, corroborante de la existencia de dicha unión.

En cambio, hay otros senderos que fueron percibidos por el juez del desalojo, en los que cabe aquí adentrarse (por ejemplo, la vulnerabilidad de la actora en tanto mujer, pobre y migrante) y agudizar la mirada con perspectiva de género, en clave de Derechos Humanos.

También, hay otros que es necesario retomar, y dárles un sentido distinto, una vuelta de tuerca (como, por ejemplo, que la Sra. P. trabajaba y, con lo ganado, mantenía a su hija).

2. Delimitación de la materia de la Litis:

La demanda interpuesta por la Sra. P. contiene tres pretensiones, a saber: I) compensación económica

(en verdad, hay un marcado hincapié en el reclamo de resarcimiento con base en el enriquecimiento sin causa), II) la atribución del hogar familiar y III) indemnización por el daño moral que dice haber padecido.

En este sentido, cabe tener en cuenta lo dicho por Peyrano, cuando sostiene que el “...el juez civil y comercial es soberano en cuanto a la elección de la fundamentación jurídica, disponiendo así de un gran margen de maniobra en la materia. Por ello es que no está obligado a seguir las alegaciones jurídicas efectuadas por las partes. Estas tienen la facultad de materializarlas, pero los magistrados no se encuentran vinculados a ellas.”

Por ello, si bien es deseable un mayor rigor técnico en la redacción de las demandas —el que se advierte menguado en el presente, así como la faena probatoria, como luego se verá—, lo que califica la acción no es la denominación que le dé el accionante, sino los hechos en que sustenta la pretensión. Como dice Kermelmajer de Carlucci, “no hay que caer en la trampa de la calificación jurídica hecha por el litigante; dado que la naturaleza de la pretensión surge de los hechos expuestos en la demanda y no del derecho que se ha invocado [...] en tal caso, la correcta recalificación judicial no afecta el derecho de defensa de la demandada.”

En el mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tiene dicho que “la calificación de la acción y la determinación del derecho aplicable es materia reservada al juez, quien —según la Corte Nacional tiene reiteradamente dicho— por la atribución del *iura novit curia* tiene no solo la facultad sino el deber de discernir los conflictos litigiosos y dirimirlos según el derecho vigente, calificando autónomamente la realidad fáctica y subsumiéndola en las normas jurídicas que la rigen.” La acción, en efecto, se individualiza por los hechos.

En consecuencia, cualquiera hubiera sido la denominación que las partes hayan otorgado al vínculo que las unía, no es dudoso que el juzgador puede y debe darle la calificación que corresponda de acuerdo con su verdadera significación jurídica. El Juez es así soberano en la apreciación y aplicación del derecho, siempre —claro está— que no altere la relación procesal cambiando los hechos constitutivos de la “causa petendi”.

3. Método expositivo.

Hecha la ilación con la sentencia del juzgado de circuito y delimitada la materia del presente, procederé a indicar el método que seguiré para argumentar esta sentencia.

Dado que la demanda refiere una unión convivencial extinguida, e involucra varias pretensiones —a saber: de compensación económica (estrictamente, de resarcimiento por enriquecimiento sin causa), más otras de atribución del hogar y reparación de daño moral—, comenzaré con una breve descripción de cada uno de esos institutos jurídicos (respecto de la primera, en particular relación con la figura del progenitor afín).

Luego, dedicaré algunos párrafos a la situación de la Sra. P. S. en tanto sujeto vulnerable.

Tras esa tarea de encuadre teórico de las materias referidas, analizaré las constancias de autos para, por fin, arribar a la decisión de fondo respecto de la procedencia de la demanda.

3.1. En este estado, me detendré en un punto tratado en la otra sentencia, que requiere algún ajuste interpretativo a fin de permitirle desplegar en plenitud su sentido, dada la especialidad de este fuero y la materia del presente.

En efecto, el colega relativizó la contribución que pudo haber hecho la Sra. P. con la construcción de la casa porque, si bien ella siempre trabajó (lo cual fue reconocido por los testigos de ese proceso y de este), afirmó que esos ingresos eran para mantener a su hija, por lo que el juez presumió “...que difícilmente la demandada haya podido contribuir con su propio peculio para la compra del terreno y para los materiales de construcción del inmueble”.

Esa afirmación, razonable para el proceso en que fue formulada (desalojo), debe ser “mirada con otros ojos” en este juicio —atento la especialidad de este fuero—, por las siguientes razones:

I. La hija de la Sra. P., mientras duró la convivencia con el Sr. V., era una persona menor de edad.

Conforme dispone el art. 520 Cód. Civ. y Com. de la Nación, los convivientes tienen obligación de contribuir a los gastos domésticos de conformidad con lo dispuesto en el art. 455; esta última norma refiere al deber de contribución de los cónyuges, el cual, en proporción a sus recursos, se extiende a los hijos menores de edad de uno de los cónyuges que conviven con ellos.

Entonces, si los ingresos por el trabajo de la Sra. P. alcanzaban para mantener a su hija, en correlativa proporción, el Sr. V. se vio liberado de sufragar tales gastos; dichos dineros, pudo destinarlos a invertir en la construcción de la vivienda o la adquisición de vehículos.

II. En ese sentido, no podemos olvidar que el Cód. Civ. y Com. de la Nación incorporó la figura del progenitor afín (art. 672 a 676), en cabeza del cónyuge o conviviente que vive con quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño o adolescente.

Desde antes de la sanción del actual Cód. Civ. y Com. de la Nación, se desarrolló la línea de pensamiento en torno al concepto de la socioafectividad como criterio de asignación de consecuencias jurídicas. En realidad, si bien el afecto parecería estar alejado de “lo jurídico”, es agente generador de efectos jurídicos aún en las instituciones jurídicas más tradicionales.

El progenitor afín, conforme dispone el art. 676, tiene obligación alimentaria (subsidiaria), mientras dure la convivencia.

Esa obligación alimentaria, reconocida por la ley a pesar de no existir vínculo jurídico ni fuente legal que expresamente lo impusiera, se funda en la solidaridad familiar, el interés superior de los niños, niñas y adolescentes y su derecho a un nivel de vida digno.

Aún antes del Código actual, y más allá de cualquier regulación jurídica, lo cierto es que las familias ensambladas no son una realidad reciente, que aparecieron con la nueva regulación, sino que preexistían.

En todo caso, el Código 2015 se hizo cargo de esa realidad, las reconoció y revistió de mejor ropaje jurídico.

Lo que no hizo la norma fue modificar realidades.

P. S. y V. fueron pareja antes y después de agosto de 2015; la hija de Y. fue mantenida por ella con su trabajo y ese hecho debe ser sopesado adecuadamente.

III. A lo dicho, se suma lo que ahora es norma expresa: las tareas de la Sra. P. vinculadas en los denominados “quehaceres del hogar”, tienen valor económico, que debe ser reconocido de manera efectiva y palpable.

Así lo reconoce y establece expresamente el art. 660 del Nuevo Cód. Civil y Comercial. En referencia a este tema, Highton de Nolasco sostiene “El trabajo no remunerado es esencial para que cada día se reproduzca la fuerza de trabajo, sin la cual el sistema no puede subsistir. Es decir, el funcionamiento económico se recuesta en la existencia de ese trabajo, que como muestran múltiples encuestas, está muy mal distribuido entre varones y mujeres. Esta situación, además de ser injusta, implica una serie de desventajas a la hora de la participación económica de las mujeres, y explica la persistencia de la desigualdad económica

del género. Se lo llama técnicamente trabajo de reproducción. La reproducción humana ha sido y es realizada por la mujer, lo que permite la supervivencia de individuos y sociedades” [...] “También se utiliza el término trabajo de la reproducción en lugar de trabajo doméstico, por considerarse que la denominación tiene un alcance mayor al atribuido habitualmente a este último tipo de tareas. Así, puede afirmarse que el escenario de la actividad de reproducción es el hogar y la familia, por lo cual también se lo llama trabajo de cuidado”.

Al respecto, dice Pellegrini: “El art. 660 Cód. Civ. y Comercial también incorpora una novedad sumamente importante: la visibilización legal del contenido económico de las tareas de cuidado personal. Efectivamente, dar cabal cumplimiento a las funciones de atención, supervisión, desarrollo y dirección de la vida cotidiana en los hijos implica un esfuerzo físico y mental imprescindible, y tal vez deseado. Pero objetivamente insume una cantidad de tiempo real que se traduce en valor económico, ya que el tiempo, en una sociedad compleja como la contemporánea, es una de las variables de mayor, sino exclusivo, contenido económico.”

Por lo demás, el ya citado art. 455 dice, al final, que se debe considerar que el trabajo en el hogar es computable como contribución a las cargas.

3.2. Otro aspecto cuya consideración es, según creo, esencial, se relaciona con la condición de migrante de la Sra. P. S. (durante un tiempo, incluso estuvo indocumentada).

Esta es otra de las razones —junto con su condición de mujer y pobre— por las que ella, involuntariamente, copia varios tipos de vulnerabilidad. Este tema será desarrollado más adelante (considerando 5).

3.3. Compensación económica. Concepto. Presupuestos formales y sustanciales. Supuestos en que procede.

Es un derecho que se otorga a favor del cónyuge o conviviente al que el cese del matrimonio o la unión convivencial le produce un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación y que tiene como causa adecuada el vínculo matrimonial —o convivencial— y su ruptura (art. 524 Cód. Civ. y Com. de la Nación).

Según los fundamentos del Proyecto de Cód. Civil y Comercial, “al tratarse de una herramienta destinada a lograr un equilibrio patrimonial es necesario realizar un análisis comparativo de la situación patrimonial de cada uno de los cónyuges al inicio del matrimonio y al momento de producirse el divorcio, esto

es obtener una “fotografía” del estado patrimonial de cada uno de ellos y, ante un eventual desequilibrio, proceder a su recomposición.”

A fin de la mejor comprensión del instituto, dice Molina de Juan “Existe un ir y venir constante entre diferentes momentos temporales, que exige retrotraerse al pasado (antes y durante la vida en común), atravesar el presente (la ruptura), y proyectarse hacia el futuro (más allá del divorcio o cese de la unión)”.

La autora refiere que la compensación tiene tres sentidos diferentes:

- Como derecho: es un efecto de la ruptura de la pareja;
- Como contenido: refiere al objeto, una prestación de dar;
- Como finalidad: busca corregir un desequilibrio.

Entonces, la compensación económica que regula el Cód. Civ. y Com. de la Nación, es un derecho/deber de naturaleza familiar (porque solo puede ser reclamada por ex cónyuge o conviviente, no por terceros), de contenido patrimonial (se concreta en una obligación de dar), cuyo acreedor es el cónyuge o conviviente que reclama y el deudor, a quien se reclama.

Por otro lado, la compensación requiere de la configuración de presupuestos formales y sustanciales, a saber:

Son sus presupuestos formales, la preexistencia de relación de pareja —matrimonial o convivencial—; la ruptura de esa relación (por sentencia de divorcio, nulidad de matrimonio o cese de la unión convivencial) y su reclamo dentro de la vigencia del plazo legal (está sujeta a caducidad).

El presupuesto sustancial clave es el desequilibrio económico el cual debe provocar el empeoramiento de la situación del que reclama. Pellegrini dice que es el “centro de gravedad” de la figura; por ello, requiere un exhaustivo proceso de ponderación en el caso concreto. Dicho desequilibrio significa que la situación de los cónyuges debe aparecer como desbalanceada, tanto en la situación económica concreta como en las posibilidades de progreso económico; a su vez, debe ser perjudicial para uno respecto del otro, es decir, quien reclama debe experimentar un descenso del nivel de vida respecto del gozado durante la vigencia de la relación, con independencia de cualquier situación de necesidad.

En efecto, la compensación no se sustenta en la necesidad —es decir, puede configurarse el desequili-

brio sin que el reclamante padezca necesidad alguna porque no persigue una cobertura de tipo asistencial—, sino en la verificación de un desequilibrio patrimonial —que, como luego veremos, tiene su causa adecuada en la relación y su ruptura—.

Molina de Juan, como se coloca más cerca de un análisis de tipo dinámico (no estático, de “fotografía”), entiende que la evaluación del presupuesto no permite concentrarse en un punto temporal único o estático, sino que la mirada debe ser global. Medina dice que el presupuesto esencial para otorgar la prestación compensatoria radica en la desigualdad objetiva que resulta de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno, antes y después de la ruptura.

A su vez, tal desequilibrio es calificado, puesto que la ley indica que debe ser manifiesto: no cualquier desequilibrio da derecho al reclamo, sino que debe tener una intensidad particular. Molina de Juan especifica que “manifiesto no solo significa evidente, patente claro sino también de entidad; esto es, que condicione de manera ostensible la situación económica de ambos.”

Como se dijo en el fallo ya citado, siguiendo la experiencia del derecho español, la compensación económica no puede concebirse como un instrumento jurídico de automática nivelación de las diferentes capacidades pecuniarias de uno y otro cónyuge, porque no es un mecanismo igualador de economías dispares sino que su finalidad fundamental es la de ayudar al beneficiario a alcanzar aquel grado de autonomía económica de que hubiere podido disfrutar, por su propio esfuerzo, de no haber mediado el matrimonio, en cuanto el mismo y la dedicación a la familia, haya supuesto un impedimento u obstáculo para su desarrollo laboral o económico.

Por otro lado, se sostiene que el desequilibrio puede distinguirse en dos variantes. Una, la que prevé la ley, se relaciona específicamente con la diversidad en la composición de los patrimonios; la otra, se da en materia de ingresos o en la posibilidad de conseguirlos (situación en la que quedaría uno de los integrantes de la pareja, se dedicó a capacitarse y mejorar su potencialidad para obtener salarios u honorarios importantes frente al otro que, sin preparación ni capacitación, ve limitadas sus posibilidades de generar dinero para subsistir).

A su vez, en relación con el tiempo, el desequilibrio puede ser corriente, temporal, coyuntural o circunstancial; en ese caso, puede resolverse mediante una renta por tiempo determinado. Este supuesto constituye la regla general del Cód. Civ. y Com. de la Na-

ción —la temporalidad de la compensación hace a su esencia; de no ser así, sería dificultoso distinguir sus rasgos respecto de una pensión alimentaria—.

La otra modalidad, excepcional, es que el desequilibrio sea perpetuo o perdurable. Este supuesto se resuelve mediante una renta por tiempo indeterminado (pero no es aplicable a las uniones convivenciales, conforme surge del art. 542 Cód. Civ. y Com. de la Nación).

En cualquier caso, dicho desequilibrio debe ser acreditado.

En relación con la causa adecuada, dice Mizrahi: “... se comprobará cuando hubo renunciamentos, postergaciones y sacrificios de uno en beneficio del otro o del hogar familiar”. Agrega el autor que, lo que está previendo la ley, “...son aquellos casos de divorcio o quiebre de la unión convivencial en que uno de los cónyuges o convivientes ha tenido una mayor dedicación a la familia y, por dicha circunstancia, no pudo hacer realidad sus legítimas expectativas laborales o profesionales”; aunque también pueden darse otros supuestos (acompañar al cónyuge o conviviente en largas estancias en el exterior o dedicación de uno al cuidado de niños pequeños o con discapacidad, haber trabajado uno, exclusivamente, en el negocio o empresa del otro, etc.).

Cabe aclarar que se trata de hechos objetivos, conforme aconteció en realidad la distribución de las tareas en la pareja. Por ello, carece de importancia si los roles en la pareja fueron distribuidos acuerdo de ambos o imposición de uno de los integrantes.

Así, aun cuando quien reclama la compensación haya decidido voluntariamente interrumpir su desarrollo personal (académico, laboral, artístico, deportivo, etc.) para dedicarse a las tareas domésticas y cuidado de la prole, no obsta a la procedencia del reclamo.

Pellegrini plantea como “..indispensable que el desequilibrio se relacione con el proyecto matrimonial y su ruptura, con el esfuerzo aportado a la vida en común en detrimento del desarrollo e independencia individual.”

En el esquema descrito, debe entenderse que no media causa adecuada cuando la diferente capacitación entre los miembros de la pareja o, en general, los mayores recursos y bienes de uno en relación con el otro —o sea, las razones que fundan el desequilibrio— no se deben al proyecto común, ni a ningún renunciamento sino a circunstancias ajenas a la unión (herencias u otras liberalidades recibidas, o bien que, contando ambos con idénticas posibilidades de de-

sarrollo, uno se sacrificó para aprovecharlas y el otro no).

En cuanto a las condiciones de procedencia, se requiere, en un caso como el de autos, que se haya producido el cese de la unión.

Por último, como no está comprometido el orden público, requiere petición de parte (no procede concederla de oficio).

Puede plantearse hasta seis meses después del cese de la unión. Dicho plazo es de caducidad de la acción, y se funda en el principio de concentración de los efectos del divorcio o ruptura limpia —*clean break down*—.

El comienzo del cómputo del plazo se produce el día en que opera el cese de la unión convivencial, lo cual, en algunos de los supuestos previstos en el art. 523 Cód. Civ. y Com. de la Nación, puede estar sujeto a controversia. En efecto, hay causales en que la determinación del momento del cese es relativamente sencilla (la muerte o el matrimonio de un conviviente —o entre ellos—, que queda acreditada con el acta del registro civil; la fecha cierta de la intimación fehaciente, etc.); ahora bien, el mero cese de la convivencia puede generar discusiones respecto de la fecha en que se produjo.

3.4. Naturaleza jurídica de la compensación. Su diferencia con las pretensiones de reparación de daños en el derecho de familia.

A fin de acercarnos a su naturaleza jurídica, dada su semejanza parcial con otras figuras, conviene dejar sentadas las diferencias con ellas:

Así, la compensación económica:

- No es prestación alimentaria ni requiere estado de necesidad del reclamante sino del hecho objetivo de la ruptura de la convivencia y el desequilibrio económico. Es distinta la forma de cumplimiento.

- No es indemnización de daños producidos por la ruptura (no busca “indemnizar” sino “compensar”, no se relaciona con la noción de culpa/inocencia ni se funda en un hecho ilícito que imputar, porque poner fin a una relación de pareja, sea matrimonial o convivencial, no es contrario a derecho); por no tratarse de una reparación plena, no pretende dejar indemne sino solo equilibrar patrimonios.

- No se funda en el enriquecimiento sin causa: no procura resarcir el detrimento patrimonial del empobrecido (hay una acción específica a tal fin —arts. 1794/5—).

Por esas razones, las XXVI^a Jornadas Nacionales de Dcho. Civil (La Plata, setiembre de 2017) definieron que tiene naturaleza jurídica autónoma.

En relación con la naturaleza jurídica de la compensación, la jurisprudencia ha sostenido que “...tiene un fundamento resarcitorio basado en la equidad, que debe distinguirse de la idea de indemnización propiamente dicha, pues no existe una conducta del cónyuge deudor que resulte objetivamente ilícita, ni mucho menos reprochable desde un comportamiento subjetivo subsumible en el dolo o la culpa, vinculado con las causas de la ruptura de la relación.”

Los fundamentos del Cód. Civ. y Com. de la Nación, dicen que los daños que pueden ser indemnizados a través del sistema general de la responsabilidad civil son aquellos que no tienen su causa en el vínculo matrimonial en sí mismo ni en los deberes que de él emanan, sino en la condición de persona. Se separa, así, lo relativo al vínculo matrimonial del derecho de daños.

Además, respecto de las uniones convivenciales, dice allí que “ante la inexistencia de pacto y a modo de régimen legal supletorio, en el Anteproyecto se establece que los bienes adquiridos durante la convivencia se mantienen en el patrimonio al que ingresaron, sin perjuicio de que por aplicación de los principios generales del derecho civil (por ejemplo, el enriquecimiento sin causa, etc.) uno de los convivientes pueda solicitar después del cese de la unión, derechos sobre los bienes adquiridos durante la convivencia. De esta manera, el Anteproyecto reconoce y habilita, de manera expresa, solicitudes en materia patrimonial.”

En definitiva, no es dable confundir la compensación con la reparación, porque son dos figuras jurídicas diferenciadas.

Además, como se vio al describirla, la compensación se otorga por razones objetivas, por lo que no entran en consideración las figuras del dolo o la culpa ni con las eventuales reparaciones de daños que pudieren reclamarse; por ello, la doctrina es pacífica en sostener que ninguna influencia tienen las razones por las que los convivientes optaron por tal o cual forma de vida o las tenidas en cuenta para asignar los roles de cada uno en la pareja.

Otra cosa es acumular pretensiones, cada una por sus fundamentos propios —conforme su respectiva naturaleza jurídica—; en tal caso, corresponde desarrollar cada una y cuantificarlas conforme sus pautas específicas. Esto es lo que ha ocurrido en autos.

3.5. La cuestión de la caducidad.

El plazo de caducidad para reclamar la compensación es de seis (6) meses luego de terminada la unión convivencial, cualquiera sea la causal (art. 525, Cód. Civ. y Com. de la Nación).

Esa fecha suele ser difícil de determinar en la unión convivencial porque, en general, el plazo comienza a correr extrajudicialmente, a partir del cese de la convivencia, y puede constituir un hecho de acreditación difícil.

El demandado introdujo la cuestión de la caducidad del derecho a reclamar la compensación recién al alegar.

Para ello, se basó en que el fin de la unión convivencial ocurrió antes de la fecha indicada por la Sra. P. Esta, al demandar, dijo que la convivencia cesó en agosto de 2017 y el demandado, en diciembre de 2016 (fs. 71).

El juicio comenzó en fecha 22 de diciembre de 2017 (demanda, escrito cargo N° 8987, fs. 63 vta.).

El planteo de caducidad es inadmisibles por extemporáneo; en efecto, atento a que atacaba al derecho sustancial esgrimido por la actora como fundamento de su pretensión, debió hacer el planteo al contestar la demanda (art. 142, Cód. Proc. Civ. y Comercial); si, en el responde, no ejerció el derecho, lo perdió al precluir la etapa. Era ese el momento oportuno en el que debió acusar la caducidad, por la vía del planteo de la excepción de falta legitimación activa/pasiva.

Así se debe proceder por aplicación analógica de lo dispuesto en los arts. 2551 y 2553, Cód. Civ. y Com. de la Nación.

La introducción del planteo en la etapa de conclusiones, es inadmisibles.

La compensación económica no es materia sustraída a la disposición de las partes ni está involucrado el orden público, por lo que no resulta aplicable lo dispuesto por el art. 2572 Cód. Civ. y Com. de la Nación (si bien se trata de un plazo de caducidad de origen legal —por oposición a convencional—, no es materia sustraída a la disponibilidad de las partes.); en consecuencia, la caducidad solo procede a pedido de parte y no corresponde declararla de oficio.

En este sentido, dice Molina de Juan que la compensación económica es un derecho disponible “...por lo tanto —de igual modo que no procede fijarlas de oficio—, tampoco es posible declarar la caducidad si no ha sido peticionada por la parte demandada.”

Quadri dice que “en las hipótesis en que estén en juego intereses privados, la caducidad no podrá ser

declarada de oficio sino a pedido de parte interesada, no correspondiendo suplirla oficiosamente.”

En consecuencia, el planteo de caducidad introducido es inadmisibles por extemporánea; en consecuencia, no le haré lugar.

3.6. Daños en derecho de familia.

La constitucionalización del Derecho y el impacto de los DDHH en las relaciones familiares, colocan al individuo como el centro de la protección y no a la institución de la familia en sí; de tal modo, la familia está al servicio del desarrollo del individuo y no a la inversa.

Por imperio del art. 19 CN, el deber de no dañar a otro tiene jerarquía constitucional.

La norma infraconstitucional, expresada en el art. 1716 Cód. Civ. y Com. de la Nación, establece que la violación de dicho deber —de no dañar—, da lugar a la reparación del daño causado (conforme con las disposiciones del código).

El art. 1737, al dar del concepto de daño, dispone que lo hay “...cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva.”

Por otro lado, la legitimación para reclamar la reparación de daños también se funda en el art. 52 Cód. Civ. y Com. de la Nación (que lleva como título “Afectaciones a la dignidad”), que regula el derecho a reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos, conforme a lo dispuesto en el Libro Tercero, Título V, Capítulo 1, que corresponde a la persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal.

El art. 587 Cód. Civ. y Com. de la Nación —si bien refiere a un supuesto específico, el de la responsabilidad por falta de reconocimiento de hijo—, establece que el daño es reparable “reunidos los requisitos previstos en el Capítulo 1 del Título V del Libro Tercero de este Código.”

No existe norma en el Cód. Civ. y Com. de la Nación que prohíba el reclamo; a su vez, el derecho de familia integra el sistema del Cód. Civ. y Com. de la Nación (está regulado dentro de él, no en una legislación autónoma), por lo que resultan aplicables a las relaciones de familia, las normas que regulan la responsabilidad civil. En doctrina, Medina sostiene que “...la reparación de los perjuicios en el ámbito de las relaciones de familia se torna ineludible si se dan los requisitos de la responsabilidad civil [...]. Es en el ám-

bito familiar donde el individuo se puede desarrollar y al mismo tiempo es en este ámbito íntimo donde más se puede dañar al otro.”

De allí que, sostiene la autora, para determinar si corresponde indemnizar los daños causados en el ámbito de la familia por sus integrantes hay que estar a los principios generales del derecho (como el de no dañar a otro); también a los principios que rigen las relaciones de familia (igualdad, de libertad, de solidaridad, de responsabilidad y de interés superior del menor) y a los principios de la responsabilidad civil (de la prevención, que consiste en el deber de evitar causar un daño no justificado, y de la reparación del daño causado).

Interpretando de manera sistemática y coherente todos esos principios, se concluye que el actuar dañoso dentro de las especiales relaciones familiares obliga a la reparación del daño causado.

También Parellada dice que “El vínculo familiar no es causa de justificación de los daños jurídicamente resarcibles que se infrinjan los familiares entre sí. Los daños que sufran los integrantes del núcleo familiar son reparables siempre que se reúnan los presupuestos de la responsabilidad, pues la celebración del matrimonio o la integración de una unión convivencial, o estar emplazado en un estado filial o paternal no importa la resignación de ningún derecho para los cónyuges o convivientes.”

En definitiva, son reparables los daños producidos entre familiares, si se reúnen los demás presupuestos de la responsabilidad civil porque nadie renuncia a sus derechos personalísimos por el solo hecho de contraer matrimonio, formar una unión convivencial, ser padre, hijo, etc.

La protección a la persona y sus derechos fundamentales hace que, la lesión a tales derechos, no deba quedar impune porque el agresor sea un integrante de la familia; dada la alta tutela de los derechos esenciales de la persona que surgen tanto de la Constitución Nacional como de los tratados de derechos humanos.

Por lo demás, no hay prohibición de reclamarlos ni normas específicas que lo impidan.

Ferrer distingue los ilícitos de naturaleza exofamiliar —aquellos en los cuales el daño ha sido ocasionado por un tercero extraño a la familia, contra uno o más miembros de la misma o contra el conjunto de ella, como muerte o incapacidad física o psíquica, pérdida de la capacidad de procrear, nacimiento de hijo con malformaciones, etc.—. También abarca los casos en que el daño es causado por un miembro de la

familia a un tercero (por ejemplo, la responsabilidad de los progenitores por los daños causados por los hijos). El supuesto de autos no encuadra en este tipo.

En cambio, en los ilícitos de naturaleza endofamiliar, quien sufre el daño es un miembro de la familia, pero el autor del hecho no es un tercero extraño sino otro miembro de esa familia.

En relación con las uniones convivenciales, dice Ferrer que, si bien el inicio y el fin de la convivencia de hecho constituyen de un derecho de libertad, “... aun en el caso de las uniones de hecho es individualizable un límite: la solidaridad y la buena fe. Violado ese límite, el ejercicio abusivo de la libertad deviene ilícito y no puede faltar aquella forma mínima de tutela representada por el resarcimiento de daño.”

Esta cuestión nos lleva a la pregunta sobre si es resarcible el desamor; de dicho interrogante se desprende otro, cuyo abordaje no deja de ser interesante: ¿Se justifica poner en movimiento la maquinaria judicial para que un tercero decida cuánto vale el dolor por lo que ya no es? Ferrer responde diciendo que “... el amor no lo puede imponer una ley ni una sentencia judicial, ni cabe una reparación por no amar, amar menos o haber dejado de amar, pero ello no justifica comportamientos ilícitos lesivos de los derechos de la persona [...] El derecho a la libertad de querer no justifica los daños entre esposos o entre padres e hijos.”

En las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bahía Blanca, 2015) se concluyó, por unanimidad, que el derecho de familia no constituye un ámbito ajeno a la aplicación de las normas y principios de la responsabilidad civil, no obstante la necesaria compatibilización de estos con la especificidad de los vínculos familiares. También, que son resarcibles, entre convivientes, los daños derivados de todo hecho o acto que lesione su dignidad en tanto persona humana.

Los fundamentos del Cód. Civ. y Com. de la Nación, dicen que los daños que pueden ser indemnizados a través del sistema general de la responsabilidad civil son aquellos que no tienen su causa en el vínculo matrimonial en sí mismo ni en los deberes que de él emanan, sino en la condición de persona. Se separa, así, lo relativo al vínculo matrimonial del derecho de daños.

3.7. La atribución de la vivienda.

Conforme dispone el art. 526 Cód. Civ. y Com. de la Nación, el uso del inmueble que fue sede de la unión convivencial puede ser atribuido a uno de los convivientes en los siguientes supuestos:

a. si tiene a su cargo el cuidado de hijos menores de edad, con capacidad restringida, o con discapacidad; b. si acredita la extrema necesidad de una vivienda y la imposibilidad de procurársela en forma inmediata. El uso del inmueble incluye, claro, el de los muebles de uso cotidiano.

A su vez, dispone que el juez debe fijar el plazo de la atribución, el que no puede exceder de dos años a contarse desde el momento en que se produjo el cese de la convivencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 523; a petición de parte interesada, el juez puede establecer: una renta compensatoria por el uso del inmueble a favor del conviviente a quien no se atribuye la vivienda; que el inmueble no sea enajenado durante el plazo previsto sin el acuerdo expreso de ambos; que el inmueble en condominio de los convivientes no sea partido ni liquidado.

Hay que tener presente dos cuestiones. Por un lado, en las uniones convivenciales, si bien la fijación del plazo de atribución también es facultad del juez, esta se halla limitada a un máximo legal —no puede ser superior a los dos años contados desde el cese de la unión—; por otro lado, que el fin protectorio del artículo en comentario no es el derecho de los niños a una vivienda, sino el derecho de los adultos a ver preservada su vivienda post cese de la unión.

Es un derecho reconocido a todas las uniones convivenciales, y afecta directamente al conviviente que debe soportar la atribución.

Como dice Pellegrini, el denominador común de ambos presupuestos de procedencia “...es el grado de vulnerabilidad en el que se encuentra un conviviente” [...]. “La posición objetivamente más débil justifica privilegiar su situación frente al derecho al inmueble en cuestión del otro conviviente. Porque, en definitiva, a través de esta norma se brinda protección a la parte más débil ante la ruptura de la convivencia, que pone en juego uno de sus derechos fundamentales, como es el del techo.” En el mismo sentido, Lloveras, Orlandi y Faraoni.

Por otro lado, es una protección limitada en el tiempo: el plazo, fijado por el juez, no puede superar los dos años a contar del cese de la unión; es decir, el momento de cese de la unión indica el hito en que principia el plazo de atribución, cuyo límite son dos años —a contar desde ese momento—.

En el caso, la Sra. P. ha fundado su petición en el inc. b; es decir, en la extrema necesidad de vivienda y la imposibilidad de procurársela.

Queda por ver si esos extremos se configuran en autos. Aunque deberemos considerar el factor tiempo

de atribución, y el momento en que se inicia su cómputo.

4. Prueba.

Formulado el encuadre que antecede, abordaré la prueba.

Adelanto que, dado el contenido de la pretensión y los montos reclamados, la faena probatoria ha sido exigua.

La actora ofreció pericial caligráfica, que no se diligenció.

4.1. Testimoniales (fs. 94/96 y 103).

También, siete testigos, de los que declararon cuatro, a saber:

Z.: Preguntada por si la actora construyó la casa de la localidad de Peyrano, dijo que sí y lo sabe porque fue dos veces de Rosario a Peyrano. Dijo que vio a la actora trabajando con R. en la construcción de la casa. Preguntada desde cuando conoce a las partes dijo que no sabe precisar el año, aproximadamente 2008, 2009. Dijo que la conoció trabajando en un geriátrico y luego arregló para que cuide a su papá y entonces fue a vivir con el demandado a la casa de su padre, en Pasaje Pampero, en Rosario. Vivieron dos años con su padre y luego del fallecimiento de este continuaron viviendo en esa casa pagando un alquiler. Agregó que sabe que juntaban dinero para comprar el terreno de Peyrano. Expresó que cuando ellos dejaron el alquiler fueron a esa localidad. Manifestó que Y. trabajo siempre y que continúa con su negocio y hace comidas.

I. dijo ser vecina de la actora. Manifestó que la actora trabajó a la par del demandado. Preguntada por si ella fue quien vendió el terreno a las partes dijo que sí, pero aseguró no recordar cuando se hizo la venta. Manifestó que antes las partes vivían en Rosario. Agregó que en la esquina del lote de calle Corrientes, alquilaban juntos. Aseguró que la actora trabajó en Rosario luego empezó trabajando en casas de familia hasta que puso el negocio. Afirmó que el demandado es albañil. Agregó que sabe que tiene una cupecita y un auto, también tiene una camioneta con la que va a trabajar. Dijo no saber con qué dinero compraron el terreno.

M. dijo que sabe que la actora construyó la casa junto con el demandado, pero no recuerda la fecha. Manifestó que cuando la conoció la actora hacía cosas para vender, comidas. Posteriormente puso un kiosco. Aseguró que el demandado tiene dos chatas y dos autos y es albañil. Agregó que cree que la actora sigue con la misma actividad desde que la conoció.

B., dijo ser amiga de Y. Relató que la actora construyó la casa con el demandado lo sabe porque vivió con ella. Dijo saber que ellos querían comprar una propiedad, Y. tenía un Kiosco y hacía comidas. Aseguró que la vio con la hija construir allí. Manifestó que R. tiene una chata y una moto. Dijo que el demandado sigue en la construcción y la actora tiene un kiosco. Aseguró que a la actora siempre salió adelante con su negocio y le envían dinero por su hija (desde su país de origen, República Dominicana).

El demandado ofreció tres testigos y todos declararon.

R. R. dijo que V. era su cuñado. Manifestó que las partes vivieron juntas desde el año 2013, 2014 no recuerda bien el año. Agregó que le ayudó a construir la casa y le pagaba R. Dijo que cuando empezaron a edificar eran amigos, no vivían juntos. Manifestó que R. en esa época vivía en una casa que alquilaba al lado de la General Motors y no vivía con la actora. Ese alquiler fue desde el 2012 al 2014. Agregó que el demandado tiene una F 100.

E manifestó que es amigo de R. Dijo que conoció a la actora como amiga de él y luego fueron novios, cuando techo la casa de Peyrano ellos fueron a convivir. Dijo que el terreno lo compró el demandado más o menos en el año 2012. Agregó que cuando compró el terreno habitaba cerca de la General Motors, a veces estaban sus primos allí con él. Manifestó que vivió cuatro años allí. Dijo que no sabe dónde vivía la actora.

A fs. 103, el Sr. M. E. I. R. dijo conocer a R. porque trabajaba con él. Aseguró que trabajaba construyendo casas entre 2012 o 2013 aproximadamente. Afirmó que alquilaban en el Barrio General Motors.

Los testimonios referidos lucen crebles y no se revelan parciales a favor de la actora; contienen la llamada “razón del dicho”, es decir, las circunstancias de tiempo, modo y lugar que hacen verosímil el conocimiento de los hechos por el testigo y la ocurrencia del mismo hecho, la que no luce imposible ni improbable. Las conclusiones son claras y precisas, ajenas a toda vaguedad. Tampoco son manifiestamente contradictorias con otros elementos obrantes en autos.

No advierto razones que hagan dudar de la imparcialidad de los testigos ni de causas que invaliden o disminuyan el valor de sus declaraciones. Tampoco hay contradicciones en sus dichos por lo que las declaraciones aparecen veraces y coherentes entre sí. Entiendo que los testigos son idóneos y no advierto elementos subjetivos que puedan quitar fuerza de convicción a sus declaraciones. Han declarado bajo

juramento de decir verdad y fueron identificados debidamente.

4.2. Confesionales (fs. 96 vta. y 97).

También constan las confesionales de las partes.

La Sra. P. S., preguntada por si el cese de la relación fue en diciembre de 2016 dijo que no, que fue en 2017. Dijo que no es cierto que la convivencia comenzó en 2014, sino en finales de 2007. Manifestó que alquilaban una casa en calle ..., cerca del casino. Relató que luego se fue a vivir a Pampero, cuidaba un abuelo y le permitieron poner un almacén. Dijo que, desde que conoció a R., fue a trabajar con el sobrino y él a una casa, mientras ellos hacían trabajo de albañilería ella hacia quehaceres domésticos. Manifestó que, una vez que estuvieron en Pampero, ella pagaba el alquiler y luego adquirieron en Peyrano. Cuando fueron a esa localidad, trasladó su almacén allí y hacía trabajos de limpieza y cuidaba abuelos. Agregó que alquilaron en varios lugares luego empezaron con la casa y trabajaba ella y su hija. Dijo que estuvo casada cuando conoció al demandado. Manifestó que se casó por negocio, le pagó a esa persona porque quería hacer los documentos y se divorció en 2014 cuando fueron a vivir a Peyrano. Dijo que sigue con el almacén y cuida abuelos. Agregó que el demandado como parte de pago del terreno entregó una Ford que tenía y el resto lo pagaron por mes. Preguntada por si en el año 2012 hasta la convivencia el demandado vivía en el barrio de General Motors dijo que vivían en Peyrano, ya se habían mudado, él alquiló en ese barrio por el trabajo e iba a su casa los viernes. Dijo que es cierto que lo denunció por violencia de género, en noviembre de 2016 pero que permitió que se quedara en la casa hasta fines de 2017. Siguieron juntos hasta ese año.

El Sr. V. manifestó que no es cierto que las reformas y arreglos fueron realizados por la actora. Agregó que tampoco es cierto que la convivencia comenzara en 2008, la conoció en ese tiempo, pero tenían salidas. Dijo que la actora trabajaba en calle Pampero cuidando a un viejito estaba casada y la veía a escondidas.

4.3. Reconocimiento de documental.

Luego de absolver posiciones, el Sr. V. reconoció la documental que le fue exhibida por la parte actora.

4.3.1. Entre la documental reconocida —tal como remarcó la actora en su alegato—, están las facturas de la Empresa Provincial de la Energía, de Círculo de Inversores SA en las que consta el domicilio del Sr. V. en ...; también hay constancias policiales en los que ambos (P. y V.), declararon domicilio el del ... El mismo domicilio figura en el título del automotor del do-

minio ... y en el certificado de revisión de cilindro para GNC de la empresa Diviani GNC.

También fue reconocida una factura de la empresa Telecom (N° ...), emitida el 16 de marzo de 2011 a nombre de la Sra. P. Y., con domicilio en ...

Hay agregada una declaración de domicilio de la Sra. P., en el que consta el de ..., fechada el 28 de octubre de 2010.

Sobre este domicilio, también se emitieron las siguientes facturas: Directv (N° ...), en fecha 14/10/2011 (y otras de fechas 10/11/2011, 10/01/2012 y 10/10/2012); Círculo de Inversores SA, en fecha 22/03/2012; Orbis compañía de seguros (póliza N° ...), en fecha 30/08/2012; otra de Casa D'Ricco (N° ...), de fecha 08/12/2012; de "Agrosalta Coop. de Seguros" (póliza N° ...), en fecha 01/07/2013;

Hay otras facturas de la misma empresa Telecom y otras de telefonía celular, emitidas a nombre de la Sra. P. en fechas 15/07/2014, 07/10/2014, 15/09/2015.

4.3.2. Respecto de los planes de ahorro para la adquisición de vehículos, el demandado formuló una negativa genérica en el responde ("niego los planes de ahorro que la misma invoca en el escrito de demanda", dijo a fs. 70). Sin embargo, absolver posiciones (fs. 97 vta.) reconoció cuatro recibos que le fueron exhibidos. Dos de ellos pertenecen al Plan Óvalo (nombre comercial del plan de ahorro previo de la marca Ford) y los otros, al Plan Peugeot. Es decir, con ese reconocimiento formulado por el demandado, admitió la existencia de ambos planes de ahorro. Es decir, esos hechos afirmados en la demanda, fueron probados.

A partir de esos reconocimientos, concluyo lo siguiente: si V. está en condiciones de abonar dos planes de ahorro, ese hecho me permite presumir que tiene un excedente económico que le permite pagarlos. Para una persona que gana lo indispensable para sobrevivir, afrontar el pago de un plan de ahorros de esas características, sería harto dificultoso; pagar dos, imposible.

Las máximas de la experiencia indican que solo quien tiene un sobrante de dinero puede dedicarse a invertir en planes de ahorro previo para la adquisición de vehículos. Esos planes son prueba indirecta que permiten presumir que el demandado tiene una capacidad económica mayor a la que alega.

4.3.3. También fue reconocida una foto fechada el 26 de febrero de 2012, en la que se ve a la Sra. P., su hija y el Sr. V., abrazados y con expresión alegre.

4.3.4. En cuanto a los automóviles, V. no negó las afirmaciones de la actora, en ese sentido.

Sin perjuicio de ello, solo se adjuntó título del Renault Express dominio ..., el que figura registrado a nombre del Sr. V. Este es el único vehículo respecto del cual hay prueba directa y pertinente de su pertenencia al demandado.

Luego, tenemos reconocida la póliza de Orbis, en la que el tomador es el Sr. V., y el vehículo asegurado es una pick up Ford F 100, año 1992, dominio ...; con el recibo de Triunfo Seguros, se acreditó que V. tomó un seguro para otra pick up Ford F 100, dominio ...; las constancias policiales de fs. 8/9 dan cuenta de que el Sr. V. refirió ser propietario de una Ford Ranchero, dominio ...

Esa documental, aún reconocida, no es prueba directa de que el demandado sea el titular del vehículo, ni permite presumirlo.

En cambio, respecto del Volkswagen Senda, dominio ..., no hay constancia alguna en autos que lo relacione con el Sr. V. La fotografía reconocida nada nos permite presumir respecto de la titularidad del vehículo.

En este sentido, la faena probatoria de la actora fue paupérrima, porque esas dudas se podrían haber despejado con relativa sencillez, por medio de la prueba idónea y pertinente: un pedido de informes al Registro de Propiedad del Automotor (prueba ofrecida pero no diligenciada).

En consecuencia, solo se ha acreditado que V. es titular de la Renault Express.

4.3.5. El hecho que V. sea propietario del inmueble ubicado en calle ... de Peyrano, ya fue considerado probado en el juicio de desalojo pero, además, no es hecho debatido en estos autos (afirmado por la actora, fue reconocido expresamente por el demandado) y obra agregada copia de la escritura traslativa de dominio y diversas liquidaciones de tasas de servicios comunales e impuesto inmobiliario.

4.3.6. Por último, la actora afirmó que V. es titular de una pequeña empresa de construcción. Ese hecho no fue negado en el responde, ya que solo se dijo al respecto que "el desarrollo económico y empresarial del suscripto corresponde en un 50 % a la ex conviviente". Por lo tanto, ese hecho no es materia controvertida, porque fue reconocido expresamente por el demandado.

De todos modos, carecemos de elementos mínimos que nos permitan atisbar la entidad económica de ese emprendimiento (no se aportó una inscripción ante AFIP, ni un somero inventario de herramientas, etc.).

Sin perjuicio de esa carencia, presumo que V. debe vivir de ese trabajo autónomo porque de algún lado tiene que sacar el dinero para vivir.

Como ya afirmé antes, reitero aquí que ese trabajo le concede cierta holgura de dinero, lo cual le permite abonar los dos planes de ahorro.

4.4. Constatación judicial.

A fs. 108, obra acta de constatación en el domicilio de calle ... de la localidad de Peyrano, realizado por el Juez Comunitario Fernando Capisano. Manifestó ser atendido por la actora. Agregó que vive con su hija. Constató que en el lote hay una edificación donde la actora tiene un kiosco. El inmueble principal consta de una cocina comedor grande, dos habitaciones y baño. La casa está sin terminar, sin revoques, los techos de machimbre no tiene chapa ni tejas. En el interior tiene mobiliario completo consta de energía eléctrica y agua potable.

También constató la existencia, en el inmueble, de un kiosco de venta en general (sin puerta de acceso desde el exterior, sino que se atiende por una ventana).

4.5. Análisis.

En principio, tal como adelanté más arriba, hay un hecho acreditado de manera indubitable: la existencia de una unión convivencial, no registrada, entre la Sra. P. y el Sr. V.

Eso ya fue materia juzgada por el Juez de Circuito; sin perjuicio de ello, varios testigos, en este proceso, lo ratificó el propio V. al absolver posiciones y lo afirmaron tanto las testigos ofrecidas por la actora; también lo afirmó el testigo R. R. y E. refirió que “eran novios”.

4.5.1. En todo caso, la controversia se desplaza a las vicisitudes por las que discurrió: cuando inició la convivencia, su duración o el momento en que terminó.

Estimo de suma importancia el testimonio de la Sra. Z., que preguntada desde cuando conoce a las partes dijo que no sabe precisar el año, aproximadamente 2008, 2009.

El testigo R. R. dijo que V. manifestó que las partes vivieron juntas desde el año 2013, 2014.

Es decir que, respecto de la fecha de inicio de la convivencia, no tenemos certezas. El rango abarca desde 2008 a 2013, con un fin de convivencia en 2017.

Sin embargo, tenemos la tarjeta de cumpleaños, ya referida, que está fechada el 7 de junio de 2009; lo que

permite presumir que ya existía la relación (aunque no acredita la convivencia).

También contamos con la factura de la empresa Telecom (N° ...), emitida el 16 de marzo de 2011 a nombre de la Sra. P. Y., con domicilio en ...; la declaración de domicilio de la Sra. P., en el que consta el de ..., fechada el 28 de octubre de 2010. Sobre este domicilio, también se emitieron las siguientes facturas: Directv (N° ...), en fecha 14/10/2011.

Es decir, hay prueba que acredita la convivencia de la pareja desde, por lo menos, 2010. Eso nos acerca a la fecha de inicio de convivencia indicada por la actora y, en paralelo, nos aleja decididamente de la expresada por el demandado en su responde (mayo de 2014, a fs. 71).

Si a eso sumamos las declaraciones testimoniales vertidas, que colocan el inicio de la relación aproximadamente durante 2008 o 2009, se cierra el círculo en favor de los dichos de la Sra. P. respecto de esa cuestión.

En las declaraciones de domicilio de las partes formuladas por ante la Unidad Regional II de Policía, Departamento Rosario, surge lo siguiente: la de la Sra. P. (fs. 20) está fechada el 28 de octubre de 2010; la del Sr. V. (fs. 21), 30 de enero de 2013.

En consecuencia, los hechos acreditados de manera indubitable constituyen indicios que permiten presumir que esta pareja convivió por un plazo que varía entre un mínimo de siete años y un máximo de nueve. Devis Echandía, luego de definir el indicio como “cualquier hecho conocido (o circunstancia de hecho conocida) de la cual se infiere, por sí solo o juntamente con otros, la existencia o inexistencia de otro hecho desconocido, mediante una operación lógica basada en normas generales de la experiencia o en principios científicos o técnicos especiales”, dice que tiene gran importancia para suplir la falta de pruebas históricas del hecho investigado y de su verificación por el examen personal y directo del juez al que le basta aplicar a los hechos indiciarios probados ciertas máximas comunes o de la experiencia humana para obtener, con ayuda de la lógica, su conclusión acerca de si de aquellos se induce o deduce el hecho por verificar.

Kielmanovich sostiene que “(l)a precisión que se exige para que las presunciones constituyan prueba, ha de tener por sustento hechos reales y comprobados de los que pueda inferirse, sin hesitación, la existencia de otros actos o hechos que resulten una consecuencia lógica de los primeros”. Esa presunción judicial (simple u hominis) es el juicio lógico que el juez extrae de los hechos probados. Según el autor ya citado, pero en otra obra, la prueba indiciaria no

necesariamente exige una pluralidad de indicios graves, precisos y concordantes que formen convicción sino que puede existir un solo indicio del cual pueda ser argüido el hecho relevante para el juicio, pues en un sistema de la “sana crítica” su eficacia dependerá, antes que de su número, del sentido común del magistrado.

4.5.2. También fue probado que la Sra. P. S. siempre trabajó: sea al cuidado de personas mayores, en tareas de limpieza doméstica en casas particulares o con algún comercio de su propia gestión (almacén, preparación de comidas).

Es decir, siempre se procuró su propio sustento y el de su hija, tal como lo afirmó.

Ello tiene influencia decisiva en la cuestión relacionada con la contribución de P. a V., eso se podría clasificar en dos aspectos: “En primer lugar, la contribución concreta, material y física a las tareas de construcción.

V. reconoció las ocho fotos que le fueron exhibidas. Al menos en cuatro de ellas, se ve a la actora haciendo trabajos de peón de albañil (cargando la máquina mezcladora, mojado los ladrillos, etc.).

No albergo dudas respecto de este tema. La Sra. P. ayudó en la construcción. Su aporte habrá sido como ayudante o asistente. Habrá preparado el cemento, mojado los ladrillos o alcanzado algún balde.

Sabemos, por máxima de experiencia (quién más, quién menos, habrá visto construir su casa, habrá renovado un baño u otra habitación, construido un quincho, etc.), que el trabajo de la construcción es duro en extremo. También, que consta de diversas tareas y también, que tiene su particular categorización profesional.

En efecto, según el art. 5 de la Convención Colectiva de Trabajo de la UOCRA (Unión Obrera de la Construcción de la República Argentina) N° 76 /75, se considera Oficial Especializado al oficial, albañil o carpintero que lea planos referidos a la especialidad en que actúe, sepa interpretarlos y ejecute todas las demás tareas que cabe requerir a quien tenga esas aptitudes, tales como replantar obras y similares mientras que Oficial Albañil es el capacitado para nivelar, aplomar, colocar marcos, ventanas y revestimientos, mampostería en general y contrapiso, ejecutar fajas de revoques, revoque grueso y fino o con material de frente, impermeabilizaciones en general. La presente enumeración es en revoques interiores o exteriores. Mientras que Medio Oficial Albañil es el capacitado para ejecutar trabajos de: Mampostería gruesa, contrapisos y revoques gruesos. Ayudante es el capacita-

do para hacer tareas generales no especializadas. Por último, Medio Oficial Calchero o Canchero es el que tiene a su cargo la preparación de los diversos tipos de mezclas para albañilería.

A todos ellos se les aplica el convenio colectivo, según reza su art. 4.

En conclusión, aun cuando P. hubiese realizado tareas de escasa calificación, las que hizo están nombradas, regidas y amparadas por el convenio colectivo del rubro; por tanto, presumo que, si ella no hubiese prestado esa colaboración, el Sr. V. debería haber contratado a alguien que lo hiciera y pagar por ese trabajo.

La vida en pareja, hoy día, requiere el esfuerzo de la mujer y el hombre que, en equivalencia de condiciones, sostienen el proyecto de vida en común.

Como dice Pellegrini, la pretensión de reconocimiento de derechos patrimoniales de la conviviente sobre el inmueble procede si hubo aportes efectivamente realizados porque “la vida en común no solo trae aparejadas relaciones de tipo personal, de ayuda y apoyo mutuo, sino que, además, trasciende al aspecto patrimonial.”

En definitiva, considero acreditado que la Sra. P. S. contribuyó materialmente, con su trabajo y esfuerzo, a la construcción de la casa de Peyrano.

“El otro aspecto es el aspecto del aporte económico.

Conforme fue analizado más arriba, en el considerando 3.1. (a cuyo desarrollo me remito, por brevedad), juzgando con perspectiva de género, si la Sra. P. S. ganó dinero con su trabajo fuera del hogar, que destinó a la crianza de su hija y, a la vez, desarrolló tareas domésticas, ambas situaciones deben ser consideradas como un aporte con valor económico concreto en pos del sustento de los gastos de la pareja conviviente.

Dichos ingresos, aportados por la mujer, aliviaron en medida proporcional al hombre; dicho alivio, consecuentemente, le concedió mayor disponibilidad de efectivo para destinarlo a otros menesteres (como, por ejemplo, adquirir los vehículos que se han referido).

Este aspecto, así analizado, constituye un punto de vista que no puede obviarse en un proceso de esta naturaleza.

Por lo expuesto, también considero acreditado que la Sra. P. S. contribuyó económicamente, del modo descrito, a la construcción de la casa de Peyrano y la compra de los automotores que pertenecen al demandado.

5. Derechos humanos de las personas migrantes. Control de convencionalidad de oficio.

Tal como adelanté en el considerando 3.2., otro aspecto a considerar es la condición de migrante de la Sra. P. S. (durante un tiempo, incluso estuvo indocumentada).

Como dije, es otra de las razones —junto con su condición de mujer y pobre— por las que ella, involuntariamente, acopia varios tipos de vulnerabilidad.

5.1. Derechos humanos de las personas migrantes.

En este sentido, las 100 Reglas de Brasilia, disponen que podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad.

En la Opinión Consultiva 18/2003 (OC 18-03), participó como amicus curiae el CEJIL (Centro por la Justicia y el Derecho Internacional). En sus intervenciones escritas y orales, manifestó que “En el continente americano los trabajadores migrantes en situación irregular han sido objeto de numerosas prácticas discriminatorias y abusivas, las cuales se observan en su ingreso traumático al Estado receptor, en la discriminación y en los ataques xenófobos que sufren en su vida cotidiana, en los malos tratos que reciben en su trabajo, y en el modo en que son expulsados del Estado receptor”. También sostuvo que “la situación de las mujeres migrantes merece una mención especial pues son víctimas de una doble discriminación, primero por ser mujeres y luego por ser migrantes.”

Este fenómeno ha sido abordado algunas publicaciones periodísticas. Por ejemplo, el periódico mensual *Le Monde Diplomatique* (Edición Cono Sur), trae un suplemento denominado “Atlas de las migraciones”; en el número 4, dicen Jiménez Zunino y Trpin que “la compleja estructuración de los procesos de segregación laboral requiere la inclusión de múltiples dimensiones de la desigualdad como el género, la pertenencia étnico-nacional y de clase, que involucran marcaciones que condicionan la circulación de migrantes por los mercados de trabajo.” En el número siguiente, hay un informe referido a la feminización de las migraciones; en la bajada, dice “Las mujeres migrantes, que han aumentado mucho en los últimos años, sufren especialmente la violencia y la discriminación. Pero como todes (sic) los migrantes, y todas las mujeres, no deben ser considerados como víctimas. Lo central es que tengan más derechos para se puedan defender por su cuenta.” En el mismo sentido, dice Chiarotti que “[e]n la última década el fenómeno de la movilidad humana experimentó muchos cam-

bios. Por un lado, los flujos migratorios crecieron y se hicieron más dinámicos. Por otro, la migración de ha feminizado a tal punto que en algunos países más del 50 % de quienes migran son mujeres.”

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha abordado el tema en varios casos, en los siguientes términos: “los migrantes indocumentados o en situación irregular han sido identificados como un grupo en situación de vulnerabilidad, pues “son los más expuestos a las violaciones potenciales o reales de sus derechos” y sufren, a consecuencia de su situación, un nivel elevado de desprotección de sus derechos y “diferencias en el acceso [...] a los recursos públicos administrados por el Estado [con relación a los nacionales o residentes]”. Evidentemente, esta condición de vulnerabilidad conlleva “una dimensión ideológica y se presenta en un contexto histórico que es distinto para cada Estado, y es mantenida por situaciones de jure (desigualdades entre nacionales y extranjeros en las leyes) y de facto (desigualdades estructurales)”.

También, que “...la calidad migratoria de una persona no puede constituir, de manera alguna, una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos, entre ellos los de carácter laboral. El migrante, al asumir una relación de trabajo, adquiere derechos por ser trabajador, que deben ser reconocidos y garantizados, independientemente de su situación regular o irregular en el Estado de empleo...”

La Corte también ha indicado que, en la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permean todo el ordenamiento jurídico.

Las mujeres migrantes, por diversas y tristes razones —entre las que se cuenta, claro, la trata de personas—, son vulnerables de manera muy intensa. Ello es así porque salen de sus países de origen para huir de la violencia, la falta de oportunidades y la miseria, o para reunirse con sus familias. Ello dio origen a la “industria de la migración” que, en los Estados receptores, los empleadores explotan a estas personas porque no les pagan salarios dignos ni les ofrecen buenas condiciones laborales.

Entiendo que este es el contexto en que es pertinente encuadrar la situación de autos, a fin de evitar un abordaje formalista y, por el contrario, sopesar el conflicto humano subyacente.

A tal fin, es menester evaluar si tengo admitido formular, de oficio, un control de convencionalidad a fin

de la aplicación de diversos instrumentos de Derechos Humanos.

Eso haré en el punto siguiente.

5.2. Control de convencionalidad de oficio.

En este tema ha ido evolucionando, tanto en los criterios de la Corte IDH como de la Nacional.

Según refiere Bazán, el control de convencionalidad transita por dos vertientes.

Una, se desarrolla en sede internacional, y se deposita en la Corte IDH, que la ha venido desplegando desde hace tiempo. Consiste, básicamente en la obligación del Tribunal de analizar en casos concretos si una práctica o una normativa de derecho interno resultan congruentes, *inter alia*, con la CADH, disponiendo en su caso su modificación o abrogación. Tal control deviene procedente en hipótesis en que los Estados no hayan cumplido con el deber de adoptar disposiciones de derecho interno con arreglo al art. 2° de la Convención.

La otra faceta se desenvuelve en el contexto nacional, está a cargo de los jueces y tribunales internos (vinculados por la jurisprudencia interamericana) y enraíza en el deber de estos (y de las demás autoridades públicas competentes) de constatar la compatibilidad de las reglas jurídicas nacionales que aplican en casos concretos con la CADH (y otros instrumentos internacionales básicos en materia de derechos humanos) y los patrones hermenéuticos que la Corte IDH ha elaborado en su trajinar jurisprudencial, inaplicándolas en caso de ser contraria a estos, o sea, declarándolos inconvencionales.

Dice García-Sayán que “En este orden de ideas, varias de las jurisdicciones domésticas, en particular las Cortes Supremas y Constitucionales, han incorporado progresivamente, y de modo sistemático, el derecho internacional de los derechos humanos y las interpretaciones que de ellos hace la Corte Interamericana. En efecto, la administración de justicia de los Estados cada vez ejerce más y mejor el denominado control de convencionalidad a través de sus órganos y jueces, lo que implica realizar de oficio un examen de compatibilidad entre los actos y normas nacionales y la Convención. Este ejercicio que se plasma en las sentencias nacionales, brinda mayor legitimidad al sistema de protección regional y, a su vez, mejora las condiciones de vida de la población americana, todo lo cual, constituye un importante avance en el fortalecimiento del sistema interamericano de protección.”

Herrera y Gil Domínguez interrogan respecto “...de qué manera se puede hacer realidad la fuerza norma-

tiva de la Constitución y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos (IIDH) que conforman la regla de reconocimiento constituvencional argentina...”

En este sentido, cabe destacar que el Cód. Civ. y Com. de la Nación cuenta con un título preliminar que propicia un diálogo de fuentes con la utilización de reglas, principios y valores que emanan del ámbito constitucional nacional y supranacional. En referencia a las fuentes, si bien claramente la ley es el punto de partida para la interpretación (subsunción jurídica mediante) se establece la posibilidad de recurrir a los usos, prácticas y costumbres.

González de Vicel plantea “¿Cómo se interpreta la ley? Primero en función de la literalidad del texto legal, pero también según la finalidad tenida en cuenta por la regla, lo cual permite un desligamiento del origen histórico y la posibilidad de adaptación a la circunstancia fáctica contemporánea a la aplicación, disminuyendo la necesidad de ajustes legislativos. Igualmente, el art. 2 indica recurrir a las leyes análogas (9) y a las directrices constitucionales seguidas en la interpretación jurisprudencial de los tratados sobre derechos fundamentales, sean emanadas de los órganos superiores locales, sean los competentes a nivel internacional, al igual que los principios y valores que también conforman el derecho como compendio de regulación social.” [...] “La fuente será la ley, interpretada de conformidad con principios jurídicos y valores socialmente relevantes, considerando las decisiones de los organismos competentes para el análisis de las reglas constitucionales.”

Previo a la reforma de 1994, la Corte, en diversos precedentes, se pronunció en favor de la necesaria aplicación del art. 27 de la Convención de Viena, que impone a los órganos del Estado argentino asignar primacía al Tratado ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria o con la omisión de dictar disposiciones que, en sus efectos, equivalgan al incumplimiento del tratado internacional en los términos del citado art. 27. Tras la reforma constitucional, en “Giroldi”, la Corte Nacional se refirió al significado de “condiciones de vigencia” de los Tratados de Derechos Humanos incorporados; en ese sentido, afirmó que “las condiciones de vigencia” significa “tal como la convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación.” Esta doctrina, conocida como “doctrina del seguimiento nacional”, fue reafirmada un año después en “Bramajo”, extendiendo la directriz a la interpretación que realice la CIDH. Dijo la Corte Suprema al respecto: “Los informes y las opiniones de la Comisión Interamericana de Derechos

Humanos constituyen criterios jurídicos valiosos de interpretación y de ordenación valorativa de las cláusulas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que deben ser tomados en cuenta para adoptar decisiones en el derecho interno armonizadas con aquellas”.

En ese esquema, la Corte Nacional en Mazzeo reprobó la pauta adoptada por la Corte IDH en el párr. 124 de la sentencia recaída en el “Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, en que dispuso que “el Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete último de la Convención.” La Corte Nacional dispuso el deber del Poder Judicial local de realizar una especie de control de convencionalidad; para ello, no alcanza con limitarse a evaluar si una norma inconstitucional, sino que la cuestión debe girar en torno a si la misma también es “convencional”, o sea, debe además el órgano jurisdiccional en cuestión decidir si ella restringe o viola los derechos reconocidos en la CADH.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “Trabajadores Cesados del Congreso c. Perú”, sostuvo que “...los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también ‘de convencionalidad’ ex officio entre las normas internas y Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes...”

Luego, en el asunto “Gomes Lund y otros (Gueirilha do Araguaia) contra Brasil” al respecto sostuvo que el Poder Judicial, en tal sentido, está internacionalmente obligado a ejercer un ‘control de convencionalidad’ ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, interprete última de la Convención Americana”.

La Corte Nacional, en “Videla”, se hizo cargo de la doctrina del precedente citado en cuanto al deber de los órganos del Poder Judicial de ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también de “convencionalidad” ex officio (consid. 8 y 10).

También en “Espósito”, relacionado con el caso “Bulacio c. Argentina”, la Corte Nacional dijo que las

decisiones de la Corte IDH resultan de cumplimiento obligatorio para el Estado argentino (art. 68.1, CADH).

Finalmente, la Corte recuerda que la obligación de ejercer un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana le compete a todos los órganos del Estado, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles...; también reiteró “...la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad”, entre la normativa interna y la Convención Americana.”

Esa evolución fue muy bien explicada por Trucco, que sostiene “En el ámbito nacional, desde la ratificación de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) operada en 1984, nuestro país ha aceptado la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) para intervenir en los asuntos en que Argentina sea demandada, como así también, hemos asumido la obligación de cumplir las resoluciones dictadas por el Tribunal interamericano, tanto las que dicte en asuntos contenciosos, como en las opiniones que emita en respuesta a consultas dirigidas por los distintos actores del sistema. De esta manera, hemos consentido que sea la CorteIDH la intérprete final de los instrumentos de protección vigentes en nuestra región...” [...] “En este sentido, uno de los principios que con más fuerza se viene imponiendo en la jurisprudencia interamericana es el llamado “control de convencionalidad” que, como veremos, reafirma la primacía que ostenta el derecho internacional de los derechos humanos, reclamando en los jueces nacionales, ya no solo ponderar la legalidad de una norma en cuanto su adecuación con la Constitución Nacional (control de constitucionalidad), sino ahora, analizar su conformidad con aquellos parámetros convencionales y jurisprudenciales derivados del sistema internacional...”

Por eso Bazán dice que “...en el arsenal de insumos analíticos con que cuentan los jueces y tribunales para dar vida a la argumentación de sus sentencias no pueden estar ausentes la letra de la CADH —ni las del resto de los instrumentos internacionales que conforman el corpus juris básico en materia de derechos humanos—, como tampoco la interpretación que del texto y el espíritu de tal pacto ha realizado dicha Corte con asiento en Costa Rica, tanto en sus sentencias en casos contenciosos como en sus opiniones consultivas...”

En sentido similar, dice Sabsay que “[e]n convergencia con el control de constitucionalidad de normas, actos u omisiones, los jueces deben efectuar el control de convencionalidad a la luz de las modalidades de protección consagradas en los tratados de derechos humanos que gozan de jerarquía constitu-

cional. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos constituye, para nuestra Corte, una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la Convención Americana de Derechos Humanos.”

También Díaz concluye en que “los tribunales nacionales tienen el deber de examinar las normas en los casos concretos que se llevan a su decisión, comparándolas con el texto constitucional para averiguar si guardan o no conformidad con aquella y abstenerse de aplicarla si las encuentran en oposición a ellas. Pero, ya no solo dicho confronto habrá de realizarse con las normas constitucionales, sino que deberá recurrirse a otros elementos, de distinta naturaleza: las normas convencionales vigentes en nuestro país. Pasa así a coexistir el control de constitucionalidad con el control de convencionalidad.”

Dice Sagüés, que, en verdad, el control de convencionalidad, cuando no está previsto en un tratado, se justifica por razones supranormativas, destinadas (en nuestro caso) a afianzar la autoridad de la Corte Interamericana y del Pacto de San José, al par que, en definitiva, del sistema interamericano de derechos humanos, todo ello cimentado en una interpretación mutativa por adición sobre el mismo Pacto, practicada por la Corte Interamericana, cuyo éxito dependerá de si tal control se afianza o no en la experiencia jurídica, del mérito intrínseco de las sentencias que emita la Corte (si son razonables, adecuadas y útiles, provocarán ejemplaridad), y de la voluntad de seguimiento de las cortes supremas, tribunales y salas constitucionales de los estados.

Para García Ramírez, los tribunales son órganos del Estado, cuyas sentencias constituyen, sin duda, medidas contribuyentes —o no— a garantizar el respeto a los derechos humanos previstos en la CADH. De ahí resulta un argumento más a favor del control de convencionalidad, sin que el ejercicio de esta facultad —y deber— de los tribunales implique menoscabo para la adopción de disposiciones competenciales y procedimientos judiciales idóneos —lo ha señalado la propia jurisprudencia de la CorteIDH— para alcanzar el gran objetivo perseguido por el régimen tutelar continental y por los instrumentos de los que este se vale, entre ellos las sentencias nacionales.

Para concluir, otra vez Trucco nos ilustra cuando dice que no solo los tribunales nacionales deben seguir la jurisprudencia de la CorteIDH en todo caso en que sean o no parte, sino que también extendemos ese entendimiento respecto a las opiniones consultivas, sobre las que se siembran ciertas dudas respecto a la obligatoriedad de su seguimiento y que “dicho control de convencionalidad, no solo debe cumplirse respecto a la conformidad con la CADH, sino tam-

bién, a la exégesis o pautas de interpretación que de dicha Convención realiza la propia CorteIDH, como intérprete final del sentido y alcance de sus disposiciones”.

6. Juzgar con perspectiva de género.

Las reflexiones formuladas en el considerando anterior, deben complementarse, necesariamente, con la perspectiva de género.

6.1. Medina sostiene que se debe juzgar con perspectiva de género porque los jueces tienen el imperativo constitucional y supranacional de hacer efectiva la igualdad; además, los magistrados no pueden ignorar la existencia de patrones socio culturales y en consecuencia no pueden decidir este tipo de cuestiones como si fuera un caso en el cual se definen los derechos de dos hombres o de dos empresas. También, porque si no se incorpora la perspectiva de género en la toma de decisiones judiciales, seguiremos fracasando en la lucha por la igualdad real de las mujeres, ya que no basta contar con legislaciones supranacionales, nacionales y provinciales de última generación si a la hora de aplicarla se ignora la perspectiva de género y se sustancia el proceso con idénticos mecanismos procesales que cualquier proceso y se lo juzga olvidando la cuestión del género y su problemática que es en definitiva lo que da origen al conflicto. Agrega que, quienes imparten justicia, tienen la posibilidad de traducir los tratados en realidades para las personas, de evidenciar el compromiso del estado con la justicia y de evitar la revictimización. Por último, agrega que, si no se juzga a nivel nacional con perspectiva de género, se obliga a las víctimas a recurrir a instancias internacionales para efectivizar sus derechos, lo que posterga las aspiraciones de las víctimas y compromete la responsabilidad del Estado.

Para Yuba, la perspectiva de género constituye un enfoque imprescindible frente a las desigualdades entre hombres y mujeres que ponen en jaque a la igualdad como valor esencial y que hace a la dignidad humana. Es una herramienta esencial para eliminar desigualdades: es una categoría de análisis que sostiene que las diferencias entre varones y mujeres se explican a partir de las condiciones sociales, culturales, políticas, económicas y jurídicas, históricamente creadas a partir de su sexo biológico.

Dice Pellegrini que “la perspectiva de género no es una moda, ni un consejo, ni una corriente ideológica, ni una aspiración o preferencia. Es una forma de concretar un mandato constitucional/convencional que obliga al Estado argentino. Adquirió plena efectividad sobre todo el articulado del Cód. Civ. y Com. de la Nación en función de lo dispuesto en los arts. 1°, 2° y 3° del propio cuerpo legal, dada la centralidad que

adquieren los derechos humanos en la interpretación y la aplicación de las normas. Constituye una de las medidas especiales destinadas a eliminar la desigualdad fáctica entre hombres y mujeres, a los fines de garantizar una igualdad real por sobre la meramente formal (art. 4.1, Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer [CEDAW]), y “modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres con miras a alcanzar la eliminación de prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basadas en la idea de superioridad o inferioridad de cualquiera de los sexos, o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres” (art. 5.a, CEDAW).”

Esto ha sido advertido por la jurisprudencia, en diversos precedentes, como los que se citan a continuación.

La Suprema Corte de Mendoza, resolvió que “[c]orresponde la declaración de nulidad del documento que importa la renuncia de derechos de la mujer golpeada, en favor de su marido agresor, dado que se encuentra suficientemente acreditada la violencia ejercida sobre ella, la cual vicia de nulidad al acto jurídico, por defecto en la conformación de la voluntad de la actora.” [.] “No aplicar la normativa relativa a la violencia de género de oficio, so pretexto de que no ha sido invocada por las partes, en un caso como en el cual se ha acreditado la existencia de violencia perpetrada por el marido en contra de su esposa —luego de un ataque físico le solicitó firmar un instrumento notarial donde ella renunciaba a derechos patrimoniales—, implica lisa y llanamente violación de las convenciones internacionales protectorias de los derechos de las mujeres, suscriptas por nuestro país e incorporadas a nuestra legislación, incluso con jerarquía constitucional, lo cual generaría sin duda responsabilidad internacional.” [.] “La necesidad de analizar el caso concreto para verificar la posibilidad de un acto de violencia como vicio de la voluntad que anule la libertad de decisión, debe cobrar aún mayor preponderancia en un caso de violencia contra la mujer —en la causa, se solicitó la nulidad de un instrumento notarial donde una mujer que sufría violencia de parte de su marido, reconocía que determinados bienes eran propios de él—.”

La Cámara de Apel. Civ. y Com. 8ª Nominación de Córdoba sostuvo que “[l]os hechos reconocidos por ambas partes, deben ser juzgados dentro de la perspectiva de género, que lleva a considerar la posición de la mujer en una situación de inferioridad en relación a la del varón, como resultaría si se menospreciara su aporte a la vida familiar, por no haber contribuido con sumas de dinero significativas, sin considerar el rol que como madre y compañera del actor realizaba, permitiendo que este se desarrollara

en su actividad laboral, e incluso pudiera efectuar inversiones; por otra parte, la visión de los hechos con una perspectiva de género, lleva a la conclusión que rechazar la demanda es injusto, inequitativo, y conllevaría un enriquecimiento sin causa por parte del demandado, lo que justifica dentro del marco jurídico del Cód. Civil vigente a la fecha de los hechos, la procedencia de la demanda, marco jurídico que es considerado bajo el prisma del derecho constitucional convencional, por ser aplicable la Convención Sobre la Eliminación de Todas Las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW), y la Convención Interamericana Para Prevenir y Erradicar la Violencia Contra La Mujer, “Convención de Belém do Pará”; “No hay dudas que existió un proyecto de vida en común, en el cual cada parte aporta según el rol que desempeña en la pareja, en la familia; de esta manera si se tiene un hijo, y se convive, y uno de los convivientes realiza tareas remuneradas, o efectúa emprendimientos económicos, lo puede hacer en la medida que el otro conviviente se está ocupando de las tareas domésticas, del cuidado del hijo, en la medida que administra los gastos de manutención en común.”; “Producida la ruptura convivencial, la mujer quedaría excluida de los beneficios económicos que ello significó para su pareja, por el solo hecho de ser mujer, y haber desempeñado en la pareja un rol laboral de menor rentabilidad, y además tareas en el hogar no remuneradas, pero económicamente necesarias, y no menos trascendentes.” [.] “Un caso es sospechoso de género cuando, analizado el mismo, se advierte que las constancias de la causa reflejan un conflicto surgido entre un hombre y una mujer, donde la posición asumida por cada uno de ellos en la constitución conflictuar se condiga con una distribución de roles basados en estereotipos de índole patriarcal (del voto de la Dra. Eslava).” [.] “Los argumentos del demandado, quién negó toda productividad a quién fuera su compañera de vida, representan un claro supuesto de violencia simbólica, en los términos del art. 5 punto 5 de la ley 26.485 de Protección Integral de las mujeres (del voto de la Dra. Eslava).”

La perspectiva de género nos lleva a advertir que entre mujeres y varones hay relaciones de poder y que generalmente, aunque no siempre, tales relaciones son perjudiciales para las mujeres. Desde la misma perspectiva, se puede afirmar que el predominio de integraciones familiares patriarcales, durante mucho tiempo, hace que todavía sean las mujeres quienes con mayor frecuencia reclaman compensaciones tras la disolución de uniones convivenciales, por resultar perjudicadas en la atribución de bienes.

A su vez, la Sra. P. S., dada su híper vulnerabilidad, integra lo que se denomina una “categoría sospechosa de vulnerabilidad”.

Medina refiere que “cuando las diferencias de trato están basadas en categorías “específicamente prohibidas” o “sospechosas” —como el género, la identidad racial, la pertenencia religiosa, o el origen social o nacional— los Tribunales deben aplicar un examen más riguroso, que parte de una presunción de invalidez (cf. Fallos: 327:5118; 329:2986; 331:1715; 332:433; y jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos establecida en precedentes tales como “United States c. Carolene Products Co.” 304 U.S. 144, del 25 de abril de 1938, en particular, p. 152,11. 4; “Toyosaburo Korematsu c. United States” 323 U.S.214, del 18 de diciembre de 1944; y “Graham c. Richardson” 403 U.S. 365, del 14 de junio de 1971, y sus citas).”

Mirar el caso con perspectiva de género debe tener un efecto concreto y palpable: se debe invertir la carga de la argumentación y es el demandado el que tiene que probar que la diferencia de trato se encuentra justificada por ser el medio menos restrictivo para cumplir un fin legítimo.

Por ello, “cuando una persona alude discriminación en base a una categoría sospechosa, como lo es el género a la que ella pertenece, su derecho constitucional a la igualdad hace pesar sobre la decisión cuestionada una presunción de invalidez que deberá ser desvirtuada. Para desvirtuar esa presunción los demandados deben acreditar que el acto impugnado responde a un fin legítimo, y que la diferencia de trato en perjuicio de la actora es el medio menos restrictivo para alcanzarlo.” Iniguez Manso da cuenta de la aparición y evolución de la noción de “categoría sospechosa” en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos.

Dice que el origen del concepto de categoría sospechosa se encuentra subsumido en la doctrina del “escrutinio estricto” elaborado por la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica, para determinar si una regulación afectaba o no la igualdad ante la ley. El primer caso que da cuenta de esta doctrina lo encontramos en el fallo “United States c. Carolene Products Co.”; en el fallo se señaló que “no es necesario considerar ahora si la legislación que restringe los procesos políticos que ordinariamente se pueden esperar para llevar a la derogación de la legislación indeseada estará sujeta a un más elevado escrutinio judicial bajo las prohibiciones generales de la enmienda catorce que otros tipos de la mayoría de legislación”. Si bien la utilización del concepto de escrutinio estricto fue casi imperceptible en el caso antes indicado, esto cambiará algunos años más tarde en el caso “Toyosaburo Korematsu c. United States” (también citado por Medina); en este caso, la Corte Suprema destacó que “debe hacerse notar, para empezar, que toda restricción legal que disminuye los derechos

civiles de un solo grupo racial son inmediatamente suspicaces. Esto no quiere decir que tales restricciones son inconstitucionales. Lo que se quiere decir es que las cortes la deben someter al más estricto escrutinio”. [.] Finalmente en “Loving c. Virginia” la Corte aplicó explícitamente el criterio de escrutinio estricto. [.] La Corte Suprema acogió el reclamo de los Loving y señaló que “la cláusula de igual protección demanda que las clasificaciones raciales especialmente en estatutos criminales, deben sujetarse al más ‘estricto escrutinio’”.

La noción de “categoría sospechosa” también ha sido utilizada en diversos precedentes por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Aparece expresamente en el caso “Atala Riffo y niñas c. Chile” y ha sido mencionado también en el fallo referido al caso “Norín Catrimán y otros c. Chile”.

En “Atala Riffo”, la Corte Interamericana señaló que “la presunta falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido” (consid. 92°). A esto se debe agregar que en el caso de la “prohibición de discriminación por orientación sexual, la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa y de mucho peso, invirtiéndose además, la carga de la prueba, lo que significa que corresponde a la autoridad demostrar que su decisión no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio” (consid. 125°).

En el Caso “Norín Catrimán”, la Corte utiliza el término categoría sospechosa cuando señala: “Para establecer si una diferencia de trato de fundamentó en una categoría sospechosa y determinar si constituyó discriminación, es necesario analizar los argumentos expuestos por las autoridades judiciales nacionales, sus conductas, el lenguaje utilizado y el contexto en que se produjeron las decisiones judiciales” (consid. 226). A continuación, la Corte lleva a cabo un análisis (consid. 227) para concluir que “considera que la sola utilización de estos razonamientos que denotan estereotipos y prejuicios en la fundamentación de las sentencias configuran una violación del principio de igualdad y no discriminación y el derecho a la igual protección de la ley, consagrados en el artículo 24 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento” (consid. 228°).

6.2. Considerar que la Sra. P. S. integra una “categoría sospechosa” de vulnerabilidad, tiene influencia decisiva sobre la carga de la prueba.

Es derivación de tal aserto que la carga de probar los hechos obstativos a la procedencia de la pretensión, pesaba sobre el Sr. V.

Medina sostiene que las personas vulnerables “requieren de un esfuerzo adicional para gozar de sus derechos fundamentales en un pie de igualdad” porque “en definitiva, la vulnerabilidad se relaciona con la capacidad de un individuo para no poder gozar de sus derechos humanos en pie de igualdad con otras personas.”

En el artículo citado, la autora se explaya respecto de las denominadas “categorías sospechosas de vulnerabilidad” (su origen en la jurisprudencia de EE.UU. y su uso por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del precedente “Sisnero”). En este sentido, afirma la autora que al juzgar con perspectiva de género en los casos en que se resuelve sobre la discriminación contra la mujer o casos de violencia, se debe invertir la carga de la argumentación y es el demandado el que tiene que probar que la diferencia de trato se encuentra justificada por ser el medio menos restrictivo para cumplir con un fin legítimo, porque “el fundamento de la doctrina de las categorías sospechosas es revertir situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los miembros de ciertos grupos socialmente desaventajados, como consecuencia del tratamiento hostil que históricamente han recibido y de los prejuicios o estereotipos discriminatorios a los que se los asocia aún en la actualidad”.

Por otro lado, ya la compensación económica tiene, en su génesis y estructura, un indisimulable componente de género.

7. Conclusiones.

En los párrafos que anteceden, conforme indiqué al principio, formulé encuadres que considero necesarios para comenzar a delinear la solución a este caso.

Llegados a este punto, intentaré encastrarlos a fin de arribar a un razonamiento que de base a lo que resolveré; ello, sin perjuicio de agregar algunos otros elementos —también pertinentes—.

7.1. En primer lugar, establezcamos algunas bases.

Como dije al principio, no es debatido el hecho de la existencia de la unión convivencial entre P. y V.

Así lo estableció ya la sentencia dictada por el juez de circuito en el juicio de desalojo; a mayor abundamiento, así lo manifestaron todos los testigos que declararon en este proceso.

En cuanto al comienzo de la relación, entiendo que debemos estar los dichos de la Sra. P., conforme ya fue analizado más arriba (considerando 4.5.1.).

A su vez, dar cabida a lo postulado por la actora implica materializar en el caso lo dicho respecto de la aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba en un contexto procesal de prueba difícil, en el que una de las partes está en relación de mayor debilidad respecto de la otra, debido a su vulnerabilidad.

En consecuencia, considero acreditado que la relación comenzó durante los años 2008 y 2009.

Similar reflexión cabe formular respecto de la fecha de cese de la unión, como ya se dijo; en consecuencia, estimo que se produjo en el momento que dijo la actora (agosto 2017).

7.2. Esa fecha de extinción de la unión, torna aplicable, sin duda alguna, el Cód. Civ. y Comercial sancionado por Ley 26.994.

Entonces, si bien este proceso comenzó bajo la vigencia del Cód. Civil pero debo dictar el presente estando ya vigente el nuevo Cód. Civ. y Comercial (entró en vigencia el 1° de agosto conforme art. 7°, Ley N° 26.994, sustituido por art. 1° de la Ley N° 27.077, en adelante Cód. Civ. y Com. de la Nación).

El art. 7° del Cód. Civ. y Com. de la Nación refiere a su eficacia temporal y dispone, en su primer párrafo: A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes.

En general, la mayoría de la doctrina ha considerado que el Cód. Civ. y Comercial es de aplicación inmediata a los juicios en trámite por ser consecuencias de relaciones jurídicas existentes.

7.3. También, consideré acreditada la colaboración material y económica de la Sra. P., tanto para solventar los gastos de vida cotidianos como en la construcción de la vivienda.

Está probado en autos —así lo refirieron los testigos— que la Sra. P. siempre trabajó.

En general, lo hizo en tres tipos de trabajo: doméstico en casas particulares, como cuidadora de personas adultas mayores o en algún emprendimiento comercial de pequeña envergadura.

De hecho, el Sr. Juez comunitario constató que, en su domicilio, existía un kiosco.

7.4. La Sra. P. reclama resarcimiento con base en su empobrecimiento, secuela del enriquecimiento sin causa del Sr. V.

Respecto de la unión convivencial, el art. 528 Cód. Civ. y Com. de la Nación, dispone que, a falta de pacto, los bienes adquiridos durante la convivencia se mantienen en el patrimonio al que ingresaron.

Es claro que la unión convivencial no produce un régimen de bienes —como ocurre en el matrimonio— entre los convivientes; por ello, el Cód. Civ. y Com. de la Nación no regula un régimen legal supletorio en materia de bienes para las uniones convivenciales sino que, a falta de pacto al respecto, la convivencia carece de relevancia porque no puede haber distribución de lo que no es compartido. La propiedad de los bienes se conservará dentro del patrimonio del conviviente —al cual ingresaron y a cuyo nombre figuran inscriptos o que se encuentren bajo su poder si se trata de muebles no registrables—.

La norma deja a salvo la aplicación de los principios generales relativos al enriquecimiento sin causa —u otros—.

Así, la Cámara de Apelaciones de Curuzú Cuatiá sostuvo que “...si bien al cese de la convivencia cada conviviente conserva en su patrimonio lo que ingresó en él durante su existencia, esta regla no es absoluta, admitiendo la misma norma del art. 528 del Cód. Civ. y Comercial, la posibilidad de recurrir a diferentes acciones del derecho común para que la realidad económica de esa unión y de los bienes no sea ignorada, alegándose y probándose, por ejemplo, “que esas adquisiciones se hicieron con dinero aportado por ambos, por el otro, o que es el fruto del esfuerzo mancomunado de los dos” (Lamm, Eleonora - Molina de Juan, Mariel F., Efectos patrimoniales del cese de las uniones convivenciales, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2014-3, Uniones convivenciales, Rubinzal-Culzoni, p. 299).”

7.4.1. Dicho enriquecimiento incausado ocurre cuando se ha producido un desplazamiento patrimonial entre los convivientes, que pueden generar un beneficio o ventaja económica a favor de uno y a costa del detrimento del otro. Este enriquecimiento y consecuente empobrecimiento sin causa lícita, está contemplado en el art. 1794 Cód. Civ. y Com. de la Nación.

Dicho de otro modo, cuando una persona, sin causa lícita se enriquezca a expensas de otro, está obligada, en la medida de su beneficio, a resarcir el detrimento patrimonial del empobrecido.

A fin de su procedencia, se debe acreditar que el demandado se enriqueció patrimonialmente, el empobrecimiento de la actora, la relación causal entre el enriquecimiento y el empobrecimiento, la falta de justificación del enriquecimiento y, por fin, la inexistencia de otras vías jurídicas adecuadas para satisfacer la pretensión.

Se enfatiza su carácter subsidiario de otra acción, de tal suerte que, si hubiese otra posibilidad, debería explorarse esa vía.

Creo que, en el caso, se da un supuesto como el explicado.

En efecto, los ex convivientes no registraron la unión ni celebraron pacto de convivencia; por lo tanto, el inmueble de Peyrano ingresó al patrimonio del Sr. V. y, producido el cese de la unión, permanecerá allí.

Más aún, podría afirmarse que V. hizo el mayor aporte para adquirirlo.

Pero, a mis ojos, está igualmente ajeno a todo atisbo de duda, que la Sra. P. realizó aportes concretos para la construcción de dicho inmueble. También, para que el Sr. V. pueda adquirir otros bienes y pueda desarrollar su emprendimiento empresario.

Tal como ya referí antes, lo hizo con aportes directos (en especie), por medio de su trabajo efectivo y concreto en las tareas de edificación; también, hizo aportes económicos indirectos, a partir de los ingresos que percibió por la realización de trabajos como empleada doméstica, cuidado de personas adultas mayores y sus tareas como pequeña comerciante. También destaco aquí lo ya dicho respecto de que, ella, con sus ingresos, mantenía a su hija.

Esos ingresos, obtenidos por ella, aliviaban proporcionalmente al Sr. V., lo que permitía a este destinar más dinero a la construcción de la casa y los otros fines ya referidos.

En resumen: la Sra. P. aportó a la construcción del inmueble con su trabajo personal (realizando tareas que, de no haber estado ella, V. hubiese tenido que pagar a un tercero que las concrete), y por aportes económicos que aliviaron de cargas a V.

Durante la vigencia del Cód. Civil derogado, Solari sostuvo que “...el demandado —o sus herederos— no pueden beneficiarse injustamente con los frutos de otros, lo que es imposible que sea amparado. En definitiva, debe evitarse que, una vez llegada la hora de la separación, una persona se enriquezca sin causa, a expensas de la otra.” [...] “en general, la jurispruden-

cia ha encontrado en el enriquecimiento sin causa la vía adecuada para encauzar las divergencias patrimoniales entre concubinos, por no haberse podido probar, y por lo tanto, encuadrar en otras situaciones jurídicas...” Concluye en que, “si no se admitiera el enriquecimiento sin causa, importaría consagrar una inmoralidad mayor; por lo que su aplicación evitaría perpetrar un daño irreparable...”

Plantea Molina de Juan que esta figura “...es muy utilizada, y tiende a hacer nacer una obligación personal en cabeza de uno de los integrantes de la unión convivencial, el titular del bien, consistente en restituir lo aportado por el otro miembro de la unión”. Con ello, “...se intenta evitar el despojo total de los aportes de uno de los miembros, que beneficiaría sin causa al otro. Es decir, habría una transmisión patrimonial, desde el patrimonio de uno de los integrantes de la unión hacia el del otro integrante, sin ninguna contraprestación lícita que se constituya como causa del negocio jurídico”.

Lloveras, Orlandi y Faraoni sostienen —con énfasis de similar tenor al que aplica Solari— que el fundamento de la utilización de la esta figura, en las uniones convivenciales, “...radica en que, de no restituirse los aportes efectuados por el otro conviviente, se consolidaría una verdadera injusticia y un enriquecimiento sin causa, por parte de uno de los miembros de la unión convivencial, a costa exclusiva del otro miembro, situación que no puede merecer amparo ni en la ley ni en la justicia”.

De hecho, la jurisprudencia ha reconocido en su-puestos análogos al de autos.

Así, por ejemplo, durante la vigencia del Cód. Civil derogado, se resolvió “...las tareas desarrolladas por la actora en torno a la refacción de la vivienda evidentemente exceden el ámbito de las tareas domésticas que hacen al desarrollo de la vida del grupo conviviente. Tales tareas han contribuido en beneficio de los bienes de uno de los integrantes, sumándose al aporte de capital y de trabajo que ha realizado quien aparece como titular dominial activo del inmueble y, por tal motivo, generan en la actora un derecho de restitución equivalente al mayor valor que puede estimarse aportado por ella en tal emprendimiento.” Concluye que la demanda debe prosperar porque “de lo contrario se configuraría un enriquecimiento sin causa, toda vez que una de las partes habría aportado su fuerza laboral en beneficio del otro, al colaborar en tareas que sirven para aumentar el valor de los bienes, y no obtenga la restitución del tal mayor valor, en la medida que pudiera considerarse que ha colaborado”.

“El conviviente que realizó innovaciones o construcciones en un predio que poseyó en condominio

con su pareja tiene derecho a reclamar a esta el 50 % de los gastos en que incurrió, pues no existe *animus donandi* y, una solución contraria, implicaría un enriquecimiento sin causa justificada de quien no ha invertido y se verá beneficiado por el esfuerzo económico realizado por el otro”.

7.4.2. En virtud de lo expuesto, entonces, el bien inmueble sito en calle Corrientes 728 de Peyrano y los vehículos referidos, integran el patrimonio del Sr. V. y, terminada la unión convivencial (no registrada y sin pacto de convivencia), allí permanecerán, en virtud de lo establecido por el art. 528 Cód. Civ. y Com. de la Nación.

Sin perjuicio de esa afirmación, los aportes realizados por la Sra. P. deben ser tenidos en cuenta debidamente, con fundamento en la equidad.

De otro modo, quedaría carente de reconocimiento el esfuerzo que ella puso tanto para construir la casa que sería su hogar, que integraba el proyecto de vida en común con su pareja de entonces. Dichos trabajos, también le dieron ingresos que permitieron cierto alivio al V. para adquirir otros bienes (como los rodados).

Es claro, más allá de que no puede presumirse el ánimo de donación, que P. trabajó y aportó para, luego de tanto rodar en la vida, tener un lugar en el mundo, junto a su pareja.

De golpe, por razones que no se han ventilado aquí, ese proyecto se esfuma y con él, los sueños y proyectos.

A no confundir, no se trata de resarcir el desamor o pagar por lo que ya no es.

Al contrario, la suerte de la cuestión afectiva está echada y sellada; integra el ámbito de intimidad de las personas, cuya intromisión le es vedada el juez.

En cambio, sí se trata de reconocer que, por los aportes de la Sra. P., el Sr. V. se vio enriquecido en su patrimonio porque ella contribuyó, de manera directa e indirecta, a la consolidación de dicho acervo.

Como dicen Lloveras, Orlandi y Faraoni, a fin de “...evitar el despojo total de los aportes de uno de los miembros, que beneficiaría sin causa al otro. Es decir, habría una transmisión patrimonial de uno de los integrantes de la unión hacia el otro, sin ninguna contraprestación lícita que se constituya como causa del negocio jurídico. El principio del enriquecimiento sin causa aparece nítido en su aporte para solucionar los conflictos patrimoniales entre convivientes, de cara a la ruptura de la unión”.

He dicho más arriba que la Sra. P. es híper vulnerable, porque está atravesada y asediada por varias formas de vulnerabilidad: es mujer, es migrante, es pobre.

Además, los trabajos que ha realizado son de baja calificación, por lo que es razonable presumir que deben haber tenido una remuneración acorde; además, ha realizado las tareas domésticas y de cuidado de su hija (que, aunque no era hija biológica del demandado, sí lo fue como afín). Como dice Azpiri, "...el empobrecimiento de uno de los convivientes puede derivar de la falta de retribución de un servicio o tarea efectuado, tales como la realización de arreglos o mejoras en el inmueble propiedad del otro conviviente".

Ese esfuerzo puede haber sido en vano. Su falta de reconocimiento constituiría una crueldad que el sistema de justicia no puede tolerar.

Ese enriquecimiento tiene como contrapartida el empobrecimiento de la Sra. P. y también está acreditada la relación causal, porque de no haber existido la relación afectiva que unió a las partes, ella no habría trabajado ni aportado nada.

Por último, también se da en el caso el requisito de subsidiariedad, ya que P. carece de otra acción apta para obtener la reparación del empobrecimiento (art. 1795). En efecto, no estaban casados; por lo tanto, no hay derechos derivados de la ganancialidad. No podía plantear una división de condominio, porque no está acreditada la existencia de tal derecho real. Tampoco podía interponer una demanda laboral. Azpiri, respecto de este tema, sostiene que "cuando esa colaboración no llega a revestir la calidad de aporte de trabajo, no habrá sociedad de hecho, y cuando no se den las condiciones propias de un contrato de trabajo, quedarán sin posibilidad alguna de reclamar en base a esas situaciones jurídicas."

En fin, de no utilizarse la vía del enriquecimiento sin causa, quedaría cristalizado el beneficio de V, en perjuicio de P. S.

A su vez, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en relación con el principio de *iura novit curia*, ha afirmado "...el juzgador tiene la facultad y el deber de examinar los litigios y dirimirlos según el Derecho vigente, calificando de modo autónomo la realidad fáctica y subsumiéndola en las normas jurídicas que la rigen, con prescindencia de los fundamentos que enuncian las partes".

En definitiva, estimo que la solución propuesta deviene convencional, no solo por garantizar como órgano del Estado el cumplimiento de obligaciones que

el Estado ha asumido en el plano internacional para la protección y garantía de los derechos fundamentales de la persona humana, sino que también las conclusiones resultan conformes a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, lo cual satisface los dos componentes necesarios para la realización de un efectivo control de convencionalidad a nivel interno.

Entiendo que este modo es una interpretación razonable de la base fáctica del caso al momento de resolver, cuya consideración por el juez es imprescindible.

7.4.3. En virtud de lo expuesto, considero configurados en el caso los requisitos para que proceda el resarcimiento del detrimento patrimonial sufrido por la Sra. P., a saber: el enriquecimiento del Sr. V., el correlativo empobrecimiento de la Sra. P., la relación de causalidad entre uno y otro, la falta de causa (no existió *animus donandi* por parte de P.) y la inexistencia de otras vías jurídicas adecuadas para encauzar el reclamo.

Entonces, con fundamento en el enriquecimiento sin causa del Sr. V. (arts. 528, 1794 y concordantes del Cód. Civ. y Com. de la Nación), se otorgará un resarcimiento que intenta ser adecuado a la realidad conforme el derrotero de este expediente y las constancias que se han meritado.

7.4.4. Sin perjuicio de lo expresado respecto de la procedencia de reparación para resarcir del enriquecimiento sin causa (reitero y enfatizo: la demanda prosperará para resarcir ese enriquecimiento sin causa), a mayor abundamiento, aclaro que no están dados los presupuestos sustanciales de procedencia de la compensación económica, tal como la regula el art. 524 Cód. Civ. y Com. de la Nación.

La Sra. P., antes de su relación con el Sr. V., cuidaba personas o limpiaba casas o explotaba algún comercio, que son las mismas tareas que continúa haciendo.

En ese sentido, no se dan en el caso esos renunciamentos, postergaciones y sacrificios de uno en beneficio del otro o del hogar familiar de los que habla Mizrahi.

Tampoco es que la Sra. P., por su mayor dedicación a la familia, no pudo hacer realidad sus legítimas expectativas laborales o profesionales.

La Sra. P., como he venido relatando en este decisivo, siempre ha trabajado fuera del hogar, además de realizar el trabajo en las tareas domésticas.

Es decir, su proyecto de vida laboral no se ha visto alterado por la unión y su ruptura ni se advierte en au-

tos, que se haya producido el requisito del desequilibrio económico manifiesto respecto del Sr. V.

En cuanto a sus posibilidades de desarrollo económico o generar ingresos, tampoco se ha visto afectada por la relación y su fin.

Respecto del desequilibrio, por lo expuesto, no lo encuentro configurado.

Esta institución novedosa debe poner su acento en el futuro, en el sentido de contribuir al auto valimiento del miembro más débil o vulnerable de la pareja, pero sin perder de vista el pasado, pues el desequilibrio del cónyuge debe haber tenido causa adecuada en el matrimonio y en su ruptura.

Del análisis de la situación patrimonial al inicio de la convivencia y, como contrapartida, la que existía al final de la relación, no se observa la desproporción ni desigualdad desventajosa en la que se pueda situar a la Sra. P.

No constan en autos probanzas suficientes en este sentido que nos permitan arribar a la decisión contraria.

Reitero: hecha la comparación entre la situación de la Sra. P. antes del inicio de la unión y la posterior, advierto que es sustancialmente la misma.

Respecto del Sr. V., él continuó desarrollando el trabajo de constructor que ya tenía antes de comenzar la unión con la actora.

En cualquier caso, dicho desequilibrio debe ser acreditado; en el caso, no lo fue.

8. Atribución de la vivienda.

El reclamo de atribución de la vivienda no puede prosperar, por la sencilla razón que, a la fecha de la presente, ya expiró el plazo máximo por el que procede.

En efecto, dicho tope temporal son dos años a partir del momento en que se produjo el cese de la unión (art. 526, Cód. Civ. y Com. de la Nación).

Dicho plazo, en el caso y conforme se ha dicho que se considera producida en agosto de 2017, venció —a falta de precisión del día— el último día de agosto de 2019. Hago, en este tema, una aplicación analógica del art. 6 Cód. Civ. y Com. de la Nación para el cómputo de los plazos en meses (porque no es la carencia, en el mes de vencimiento, de día equivalente al del inicio, sino que ese día preciso se desconoce).

No se hace lugar al rubro porque ese plazo ya se consumó. Durante el transcurso de este proceso, la Sra. P. continuó viviendo en el hogar.

Pero, conforme la legislación específica, a la fecha de la presente el plazo máximo de atribución ya expiró.

En suma, a ese rubro no se hará lugar.

9. Daño moral o extrapatrimonial.

Haré lugar al reclamo de daño moral o extrapatrimonial, porque, acreditados los hechos generadores del derecho lesionado y la conducta antijurídica, el daño se configuran *in re ipsa*.

En principio, cabe formular la aclaración que señalan Mosset Iturraspe y Piedecasas, en cuanto a lo impropio de la denominación “daño moral” porque “no se trata, en rigor, de un perjuicio que afecte o menoscabe la moral de una persona; tampoco de una lesión a los principios morales o a la conciencia. Si así fuera se trataría de un daño extraño al Derecho, metajurídico o ubicado fuera del mismo. El denominado “daño moral” es un daño jurídico, que afecta bienes que son propios del Derecho y no de la moral.”

Respecto de la cuestión terminológica, Brebbia nos ilustra cuando dice “las imprecisiones en el lenguaje técnico no pueden menos de ocasionar repercusiones perniciosas en el terreno de la práctica: es lo que ha ocurrido [...] en materia de los llamados “daños morales” cuya existencia jurídica ha sido impugnada por no haberse precisado lo suficiente los elementos que integran la noción jurídica de agravio.”

Hoy, el Cód. Civ. y Comercial refiere expresamente al daño no patrimonial en el art. 1741, como categoría diferenciada el daño patrimonial. Esta denominación equivale al daño moral, tal como se evidencia por su aparición indistinta en otras normas (ver arts. 744, inc. f; 464, inc. n; en materia de protección del nombre, los arts. 71 y 151).

Galdós, con la ayuda del aporte de las neurociencias, reconsidera el concepto de daño moral; entonces, dice que “es el que altera la estructura de los pensamientos, emociones y sentimientos, provocando afectaciones corporales y mentales, que se externalizan mediante conductas reveladoras de una situación vivencial negativa.”

No se trata de reparar por la ruptura de la relación en sí. Como dice Ferrer, a la unión se entra libremente y se sale también libremente, por lo que la ruptura es libre y puede ser decidida en forma unilateral. La

ruptura unilateral no compromete, en principio, la responsabilidad de su autor hacia el otro.

Por otro lado, el ejercicio abusivo de esa libertad deviene ilícito; en ese caso, aparece razonable la tutela que representa el resarcimiento del daño causado.

Si uno de los convivientes actúa de modo incompatible con la buena fe (art. 9, Cód. Civ. y Com. de la Nación) y el ejercicio regular de los derechos (art. 10, Cód. Civ. y Com. de la Nación), puede nacer la obligación de reparar, cumplidos los presupuestos de la responsabilidad civil.

En efecto, conforme el art. 1716 Cód. Civ. y Com. de la Nación, el incumplimiento de una obligación da lugar a la reparación del daño causado.

El daño es definido por el art. 1737 Cód. Civ. y Com. de la Nación. Ocurre cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio o un derecho de incidencia colectiva.

Según Rodríguez, el Cód. Civ. y Com. de la Nación sigue la teoría de la repercusión: si el daño repercute sobre el patrimonio, el daño es patrimonial; en cambio, si lo hace fuera del patrimonio, sobre las afecciones legítimas, el daño es no patrimonial o moral.

Como todo caso de pretensión de reparación de daños, en el presente se requiere la configuración de los presupuestos de la responsabilidad civil, a saber: un hecho ilícito (antijuridicidad), imputable al agente a título de dolo o culpa (factor de atribución) que, en relación de causalidad adecuada, ocasione un daño.

Cabe recordar que el art. 1717 Cód. Civ. y Com. de la Nación dispone que “cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada”.

La atribución de un daño al responsable puede basarse en factores objetivos o subjetivos.

En el caso de autos, la responsabilidad atribuida se sostiene en el factor subjetivo, a título de culpa o dolo: se le reprocha a V. haber cometido actos que constituyen violencia de género.

9.1. Está acreditado que la Sra. P. ha sido víctima de violencia de género por parte del Sr. V. De hecho, tramitó ante este juzgado el expediente “P. S., Y. c. V., R. s/ Denuncia Ley 11.529”, Expte. N° 1918/2016, en el que admití la denuncia y ordené la exclusión del hogar del Sr. V. Los episodios de violencia familiar comportan el obrar antijurídico que abre la vía judicial para obtener

una reparación porque causan daño a la integridad psicofísica de la víctima, así como constituyen una afrenta contra su libertad y seguridad personal.

La actora está legitimada para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales por ser la damnificada directa (art. 1741, Cód. Civ. y Com. de la Nación).

Ya Brebbia refirió que “[l]os daños morales, al igual que los daños patrimoniales, pueden ser comprobados objetivamente, sin entrar en indagaciones de orden psíquico de ninguna especie; para ello bastará la simple demostración de que ha sido violado algunos de los derechos que protegen los bienes personales, conocidos con el nombre de derechos inherentes a la personalidad.”

9.2. El art. 35 de la Ley 26.485 (denominada “Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales”), dispone expresamente que la parte damnificada podrá reclamar la reparación civil por los daños y perjuicios, según las normas comunes que rigen la materia.

Medina, al comentar ese artículo, sostiene que la víctima puede pedir la reparación de los daños y perjuicios derivados de la violencia y los jueces deben condenar a la reparación. Enfatiza que “un sistema judicial que no condene a indemnizar las consecuencias de la violencia doméstica es un sistema ineficaz que fomenta la impunidad y, en alguna medida, contribuye a generar violencia.” Según la autora, de ser así, la mujer sería víctima de dos injusticias, la primera proviene de quien la violentó, humilló y denigró; la segunda, la sufre cuando el Poder Judicial le niega el derecho a ser indemnizada como víctima de violencia doméstica.

Sostiene Parellada que, entre los varios supuestos fácticos que podrían quedar sometidos a las reglas generales de la responsabilidad civil, sin perjuicio de las particularidades que exhiben los casos concretos que pueden presentarse, están los supuestos de violencia familiar —en sus diversas formas— entre los cónyuges, hacia los niños y ancianos, regidas por las normas de las leyes 24.417, 26.061 y 26.485, que tienen en cuenta ambas funciones de la responsabilidad civil (la preventiva y resarcitoria).

La violencia doméstica contra las mujeres (art. 6, inc. a, Ley 26.485), además del eventual daño físico, constituye una experiencia traumática que produce una pérdida del sentimiento de invulnerabilidad, soporte de vital importancia para evitar que las personas de consuman y paralicen por el miedo.

Es imprescindible considerar que los actos de violencia familiar producen miedo. El que violenta, procura someter, disciplinar y censurar en base al miedo.

La violencia es siempre una forma de ejercicio del poder mediante el empleo de la fuerza física, psicológica, económica, etc. Implica la existencia de un “arriba y abajo”, que adoptan habitualmente la forma de roles complementarios. Para que la conducta violenta sea posible, se requiere cierto desequilibrio de poder que puede estar definido culturalmente, por el contexto u obtenido mediante maniobras interpersonales de manipulación.

El miedo puede provocar reacciones diversas reacciones que terminan por minar la sociabilidad cotidiana, puede producir parálisis relacionales.

Los hechos debatidos en este proceso, más lo que ocurrió en el juicio de desalojo, me convencen de que la Sra. P. también fue víctima de violencia de tipo económica, que es una de las modalidades más duras y tremendas, porque queda en mano del hombre un gran poder, seguido de la consecuente sumisión y subordinación de la mujer. Ceserani define a la violencia patrimonial de género como “cualquier acción u omisión que implique perjuicio, pérdida, transformación, sustracción, destrucción o retención de objetos, instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes, valores, derechos o recursos económicos, que estén destinados a satisfacer necesidades que conlleven un riesgo de daño inminente en la salud física, psicológica o en la vida de algún miembro de la familia.”

Además, la violencia económica contribuye a perpetuar el sometimiento de la mujer porque genera un particular estado de angustia, a la vez que implica una sobrecarga para ella en tanto se verá empobrecida y desfavorecida en su bienestar general. En este sentido, Medina dice que “la violencia económica —entendida como la serie de mecanismos de control y vigilancia sobre el comportamiento de las mujeres con relación al uso y distribución del dinero, junto con la amenaza constante de no proveer recursos económicos— es una de las formas más tremendas de violencia, que muestra las relaciones de poder que se establecen entre mujeres y hombres, quedando en manos de estos últimos una autoridad y un poder acompañado de la sumisión y/o subordinación de las mujeres.”

Como dice Galdós —en el artículo citado—, el daño moral nace a partir de los pensamientos activados negativamente por un hecho exterior traumático, entendido este último como el “...evento dañante o la rememoración o evocación de ese hecho (las lesiones físicas o psíquicas, la muerte de un hijo, el agravio a

los derechos personalísimos, el abuso de la posición dominante, etc.) causan una repercusión nociva, que ataca primero los pensamientos, y de ahí continúa el proceso perjudicial que involucra a la mente, el cuerpo, las emociones, los sentimientos y la conciencia...”

Ese efecto sobre la integridad psicofísica es el que revela la relación de causalidad adecuada entre el hecho antijurídico y el daño (art. 1726, Cód. Civ. y Com. de la Nación).

Dice Pellegrini que “los arts. 1° y 2° del Cód. Civ. y Comercial establecen las pautas de interpretación y de resolución judicial de los casos que se planteen, imponiendo un genuino “diálogo de fuentes” que lleve a una aplicación sistémica y coherente de todo el ordenamiento jurídico. Por lo tanto, deviene imprescindible recurrir a la normativa proveniente de los tratados internacionales de derechos humanos vigentes con relación directa a la violencia de género: la Convención para la Eliminación de toda forma de discriminación de la mujer; la Convención de Belém do Pará; y las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, en tanto se consideran en tal condición las personas que por diversas razones (edad, género, estado físico o mental, circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales) encuentran especiales dificultades acceder en plenitud al servicio de justicia.”

9.2.1. La Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Morón sostuvo: “en casos como el presente —donde no se paga, sin verificarse razones objetivas en cuanto a la imposibilidad— quedando la madre a cargo de los hijos, y el problema pesando únicamente sobre ella, se perfila nítida una situación de violencia económica (ley 26.485, art. 5°, apart. 4°) [.]. Situación que, desde el Poder Judicial, no podemos tolerar ni pasar inadvertida; teniendo en cuenta, incluso, los padecimientos no solo materiales, sino también inmateriales, que esto puede generar sobre la mujer que queda a cargo de los niños y que tiene que resolver, por sí sola, todo lo que hace a la atención de sus hijos. Lo cual, incluso, implica que la mujer (al tener que hacerse cargo de toda la situación) deba detraer parte del tiempo que pudiera utilizar para una mejor atención de sus hijos (niños y adolescentes). En casos así, según consideramos, debemos actuar cuanto se encuentre a nuestro alcance no solo para revertir esta circunstancia, sino también para evitar que se repita a futuro [arts. 2°, 4°, 11, 13 y especialmente 16, inc. d), Convención sobre la Eliminación de Toda Forma de Discriminación contra la Mujer; arts. 7°, 8° y ccds., Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer] ya que todavía restan algunos años para que cese la obligación alimentaria del accionado respecto de sus hijos.

9.2.2. También se ha ocupado del tema la Corte Constitucional de Colombia, en el sentido siguiente: Algunas situaciones, actos y hechos que aunque poco visibles pueden dar cuenta de las características que configuran los hechos violentos en una relación de pareja: difícil percepción de la agresión económica por parte de la víctima u otras personas; se enmarca dentro de espacios sociales en los que tradicionalmente los hombres tiene mayor dominio/control de la situación; los hombres utilizan su poder económico para controlar las decisiones y proyecto de vida de su pareja; el abusador controla todo lo que ingresa al patrimonio común, sin importarle quién lo haya ganado y manipula el dinero y en él radica la titularidad de todos los bienes; la violencia económica se manifiesta en los espacios privado y público; las mujeres desconocen las lógicas del manejo del dinero o piensan que son propios de la colaboración entre los miembros de la pareja; se cumple material o simbólicamente con el estereotipo de varón proveedor lo que les permite a los varones desplegar la estrategia de opresión al impedir la toma de decisión conjunta sobre el patrimonio familiar; hay una obligación de las mujeres de rendir cuentas del uso del dinero y de los gastos; los hombres se apropian de los recursos económicos de la mujer impidiendo su autonomía económica, el hombre le impide estudiar o trabajar para evitar que la mujer logre su independencia económica, haciéndole creer que sin él, ella no puede sobrevivir.

9.3. Por lo demás, es cierto lo planteado por la actora en cuanto a que la demanda de desalojo iniciada, con éxito, por el Sr. V. —en virtud de la cual se ordenó su lanzamiento del inmueble en el que estaba radicado el hogar familiar a cuya construcción ella colaboró— tiene entidad suficiente como para mortificar los íntimos sentimientos de la actora.

En efecto, la Sra. P., con toda la carga de vulnerabilidad ya anotada, deberá abandonar la que era su casa y procurarse otra vivienda, para lo que deberá afrontar el pago de un canon locativo.

Esa situación configura una clara interferencia en su proyecto de vida, que da derecho a indemnización (art. 1738, *in fine*, Cód. Civ. y Com. de la Nación), aunque no de manera autónoma al daño moral.

10. Cuantificación de los rubros procedentes.

10.1. Del daño.

Siempre resulta difícil esta cuantificación.

Por un lado, la Corte Interamericana de DDHH ha sostenido que “El daño inmaterial puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a la

víctima directa a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario en las condiciones de existencia de la víctima o su familia.”

Según Lloveras y Monjo, es necesario: Identificar el interés comprometido; medir la intensidad de la lesión causada; determinar el impacto de esa lesión en la persona; analizar la gravedad del hecho (puede influir en la cuantía del daño); hacer juicio de previsibilidad de las consecuencias (art. 1725) y analizar las condiciones particulares del damnificado (por ejemplo, para saber si integra grupo vulnerable).

Luego, procede la valoración del daño; es decir, determinar su existencia y entidad cualitativa (establecer su composición intrínseca); luego, ir por su cuantificación: traducirlo en dinero y liquidarlo en un monto indemnizatorio (determinar su valor concreto).

Respecto de las pautas de cuantificación, se han ensayado diversas teorías: determinación objetiva: porcentaje del daño material (en contra, CSJSF en Suligoy: la compensación pecuniaria por el padecimiento espiritual sufrido es de naturaleza resarcitoria y no debe guardar necesariamente una proporción o equivalencia, razonable o no, con el daño patrimonial); el prudente arbitrio judicial: porque no hay parámetros objetivos; los sistemas tarifados; el método de escalas y tipos indemnizatorios: tipifica los posibles daños morales y fija una escala de mínimos y máximos para cada uno.

Por último, el sistema adoptado por el Cód. Civ. y Comercial en el art. 1740, el de las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas.

Según López Herrera, “La última parte del artículo es explícita en cuanto a la función satisfactiva y sustitutiva del daño moral [.]”; agrega luego que “...en el daño moral, el dinero que se otorga como indemnización tiene función de satisfacción, lo que ni siquiera cambia cuando el daño moral es reparado en especie...”, por lo que “...el dinero que se otorga por haberlo sufrido (al daño moral) debe permitir al dañado la adquisición de sensaciones placenteras tendientes a eliminar o atenuar aquellas dolorosas que el ilícito le ha causado...”

Para Pizarro “...en materia de daño moral [.] el dinero tiene una función satisfactiva para la víctima. No se trata de prostituir el dolor, poniéndole un precio, ni de degradar sentimientos excelsos por dicha vía, sino de brindar, desde la óptica jurídica, una respuesta razonable a través de una compensación”.

El último párrafo del art. 1741 Cód. Civ. y Com. de la Nación refiere que el monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas. Para Galdós, “[e]sta modalidad de reparación del daño no patrimonial atiende a la idoneidad del dinero para compensar, restaurar, reparar el padecimiento en la esfera no patrimonial mediante cosas, bienes, distracciones, actividades, etcétera, que le permitan a la víctima, como lo decidió la Corte nacional, “obtener satisfacción, goces y distracciones para restablecer el equilibrio en los bienes extrapatrimoniales.”⁷

Como ha sostenido la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, Sala 1ª, “la fijación de este rubro es de dificultosa determinación ya que no se halla sujeto a cánones objetivos, sino a la prudente ponderación sobre la lesión a las afecciones íntimas de los damnificados, o sea, agravios que se configuran en el ámbito espiritual de las víctimas” (de esta Sala, con distinta integración pero en criterio que se comparte, Acuerdo N° 316/2016, “López”, entre muchos otros).”

La Sala IIIª de la misma Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario sostuvo que “la prueba de la existencia y extensión del daño moral no resulta inexorable puesto que siendo este una lesión a los sentimientos, generalmente resulta evidente de la valoración de las circunstancias fácticas que haga el juzgador y, de concluirse que los mismos son aptos para producirlo, su monto será objeto de estimación judicial.”

La Corte Nacional ha dicho, al respecto, “por no ser el daño moral susceptible de apreciación económica, solo debe buscarse una relativa satisfacción del agraviado, proporcionándole una suma de dinero que no deje indemne el agravio.”

También sostuvo que “El dolor humano es apreciable y la tarea del juez es realizar la justicia humana; no se trata de una especulación ilícita con los sentimientos sino de darle a la víctima la posibilidad de procurarse satisfacciones equivalentes a lo que ha perdido. Aun cuando el dinero sea un factor muy inadecuado de reparación, puede procurar algunas satisfacciones de orden moral, susceptibles, en cierto grado, de reemplazar en el patrimonio moral el valor que del mismo ha desaparecido. Se trata de compensar, en la medida posible, un daño consumado [...] El dinero no cumple una función valorativa exacta; el dolor no puede medirse o tasarse, sino que se trata solamente de dar algunos medios de satisfacción, lo cual no es igual a la equivalencia. Empero, la dificultad en calcular los dolores no impide apreciarlos en su intensidad y grado, por lo que cabe sostener que es posible

justipreciar la satisfacción que procede para resarcir, dentro de lo humanamente posible, las angustias, inquietudes, miedos, padecimientos y tristezas propios de la situación vivida.”

Atento las pautas tenidas en cuenta, las circunstancias fácticas relacionadas conforme las constancias de autos, conforme dispone el art. 245 Cód. Proc. Civ. y Comercial, estimo razonable el monto pretendido en concepto de reparación del daño moral.

En consecuencia, haré lugar al rubro, por el monto reclamado (\$30.000.-).

10.2. Del resarcimiento por enriquecimiento incausado.

La cuestión de la cuantificación de la compensación también ha sido materia harto tratada en doctrina, porque es un punto de particular complejidad y radical importancia.

Tanto es así, que la Cámara de Apelaciones de Esquel sostuvo que “el instituto de la compensación económica, tal como fue redactado, hace cargar al juzgador con la tarea de establecer una suma en dinero que será siempre discrecional. No hay una fórmula matemática, sino que se trata por un lado de compensar la situación en que quedó el cónyuge desventajado, pero, a la vez, hay que ser cuidadoso para no imponer al otro cónyuge una carga excesivamente gravosa.”

10.2.1. Sin perjuicio de se hará lugar a un resarcimiento a partir del enriquecimiento sin causa del demandado —ese es el fundamento en que se basa la procedencia de la presente—, creo que hay algunas pautas cuya consideración no se puede soslayar porque se relacionan directamente con la situación de las partes, tanto del deudor —en cuanto a su capacidad de pago—, como de la acreedora.

En efecto, respecto de la unión convivencial, las pautas para la fijación judicial de la compensación económica están desarrolladas en el art. 525 Cód. Civ. y Com. de la Nación; dichas pautas, por analogía, también pueden ayudar a echar luz en el resultado del presente.

10.2.1.a. El primer punto está dado por el estado patrimonial de cada uno de los convivientes y la finalización de la unión.

Antes de la unión, P. carecía de bienes; al final esa situación no ha variado.

En cambio, V., tal como ya fue analizado, tiene una pequeña empresa de construcción que le permite tener un pasar económico de cierta holgura.

Luego, el Sr. V. adquirió el inmueble de calle ..., en Peyrano. Esa compra ocurrió durante la vigencia de la unión; como ya dije, es bien ingresó al patrimonio del demandado y allí quedará.

En definitiva, V. tiene un par vehículos (antiguos) y un pequeño emprendimiento como constructor. Ese capital le permitirá afrontar el pago de la suma que se dispondrá.

10.2.1.b. Respecto de la dedicación a la familia y la crianza y educación de los hijos, cabe aclarar que las partes no tuvieron hijos en común.

Ya fue dicho que la Sra. P. es madre de una hija, menor de edad durante la vigencia de la unión, de cuyo mantenimiento se hizo cargo —conforme ya se indicó más arriba—.

En este punto, debemos recordar lo ya dicho en cuanto a lo que dispone el art. 520 Cód. Civ. y Com. de la Nación: los convivientes tienen obligación de contribuir a los gastos domésticos de conformidad con lo dispuesto en el art. 455; esta última norma refiere al deber de contribución de los cónyuges, el cual, en proporción a sus recursos, se extiende a los hijos menores de edad de uno de los cónyuges que conviven con ellos. El último párrafo dispone que el trabajo en el hogar es computable como contribución a las cargas.

10.2.1.c. La Sra. P. tiene, a la fecha 41 años (si bien no está agregada su acta de nacimiento, según constancia policial de fs. 28 vta., nació el 7 de junio de 1979) y no consta en autos —ni fue postulado— que tenga problemas de salud.

No se conoce si ha hecho aportes jubilatorios en su país de origen ni en este. El tipo de tareas que ha realizado suelen estar regidas por la informalidad.

En el caso del kiosco que obra en la constatación del juez comunitario, no surge de autos si está habilitado; tampoco se ha invocado que la Sra. P. esté inscrita ante la autoridad tributaria nacional o provincial (por ejemplo, si fuera contribuyente al monotributo, tendría un aporte jubilatorio).

El Sr. V. tiene 53 años (según constancia policial de fs. 8, habría nacido el 1 de diciembre de 1967) y no ha sido alegada falta de salud.

10.2.1.d. La Sra. P. —que solicita la compensación—, ha trabajado siempre en las tareas indicadas (cuidado de personas mayores, tareas de empleo doméstico y en pequeños comercios de gestión propia).

No ha sido invocado ni surge de las constancias de autos que ella se capacitara para otras tareas o que haya estudiado alguna carrera.

Por el contrario, ha dedicado su vida al trabajo doméstico en su propia casa, el cuidado de su hija y las tareas antes referidas.

Es decir, no se ha capacitado ni tiene posibilidades de acceder a empleos remunerados en relación de dependencia distintos a los que ha desarrollado hasta ahora.

10.2.1.e. Respecto de la colaboración a las actividades del otro conviviente, ya fue expresado las tareas que concretó en la construcción de su casa.

No fue postulado, ni luce acreditado, que ella haya colaborado en la gestión de la empresa de construcción de la que es titular V.

10.2.1.f. La vivienda no ha sido atribuida a la Sra. P.

Por lo tanto, una vez firme la sentencia dictada en el juicio de desalojo y cumplido el plazo establecido en esa sentencia, ella deberá desocupar el inmueble.

Consumado el lanzamiento, la Sra. P. se verá ante la encrucijada de conseguir una vivienda y no se advierte otro modo que pueda hacerlo que no sea por medio de un contrato de locación.

En tal caso, como locataria, tendrá que pagar el respectivo precio o canon locativo.

Esa situación es crítica porque P. tendrá una necesidad evidente de procurarse vivienda y, para satisfacerla, deberá afrontar un costo económico que debe ser computado.

10.3. Dado que carecemos de parámetros numéricos —la tarea probatoria de la parte actora, en ese sentido, fue paupérrima—, conforme los hechos que consideré probados, a fin de establecer un monto resarcitorio prudencial, según art. 245, Cód. Proc. Civ. y Comercial, se procederá conforme se detalla en el considerando siguiente.

Es decir, se reconoce un crédito a favor de la actora, pero no hay elementos en autos que permitan determinar la cuantía del rubro resarcimiento por enriquecimiento sin causa. Conforme se ha desarrollado, hay prueba fehaciente que para sustentar el pronunciamiento sobre la procedencia del rubro pero hay imposibilidad de arribar a su determinación cuantitativa.

Al respecto, ha dicho Peyrano: “Si el juez puede establecer prudencialmente y discrecionalmente la

cuantía de un ítem incierto, “a fortiori” podrá disponer la sustanciación de un juicio sumarísimo (de trámite breve pero revestido de todas las garantías inherentes a la bilateralidad de la audiencia) al mismo efecto.”

11. Decisión.

En virtud de las consideraciones que anteceden, haré lugar parcialmente a la demanda y:

I. ordenaré que el Sr. V. pague a la Sra. P. S., para resarcir el empobrecimiento —de ella—, consecuente a su enriquecimiento sin causa —de él—, un monto equivalente al veinticinco por ciento (25 %) del valor del inmueble situado en calle ... de Peyrano (que la Sra. P. ayudó a construir) y del vehículo Renault Express, dominio ...

El monto se determinará en un procedimiento posterior, que tramitará como incidente del presente (arts. 387, inc. c), subinc. 3) y 413 y ss. del Cód. Proc. Civ. y Comercial).

En dicho procedimiento, las partes deberán realizar las operaciones necesarias para la valuación de los bienes referidos; luego, una vez determinados esos valores, se realizará la operación aritmética pertinente a fin de obtener el monto líquido que surja de aplicar el porcentaje indicado sobre el total valuado. De ese modo se determinará el monto líquido que percibirá la Sra. P. S.

A tal fin, oportunamente, las partes podrán solicitar la designación de peritos tasadores o presentar tasaciones efectuadas por profesionales del rubro, con conocimiento del mercado inmobiliario de la zona.

Respecto del vehículo, podrá recurrirse a las tablas de valuaciones de la Dirección Nacional del Registro de Propiedad Automotor (disponibles en el sitio web <http://www.dnrpa.gov.ar>) u otras de similar tenor.

II. consideraré procedente la pretensión indemnizatoria por el daño moral, por la suma reclamada de treinta mil pesos (\$30.000.-), que deberán ser abonados dentro de los cinco (5) días de notificada la presente.

III. no haré lugar a la pretensión de atribución del hogar.

12. Intereses.

A los montos reconocidos, se adicionarán intereses.

Pizarro dice que los intereses moratorios “son los que se deben en caso de mora del deudor en el cumplimiento de su obligación. El deudor, con su incum-

plimiento relativo, priva ilegítimamente al acreedor de su derecho a percibir un capital y, como consecuencia de ello, debe reparar el daño causado. Los intereses moratorios constituyen la indemnización de dicho perjuicio y requieren para su procedencia que el incumplimiento sea imputable al deudor, objetiva o subjetivamente.”

Por último, se devengan hasta el momento en que opera la extinción de la deuda por capital.

Respecto de este rubro, cabe consignar dos elementos esenciales: 1) la tasa aplicable; 2) el inicio del cómputo.

12.1. Respecto de la tasa, se fijará en una vez y media la tasa activa promedio mensual —sumada— que utiliza el Banco de la Nación Argentina para sus operaciones de descuento de documentos.

El art. 767 Cód. Civ. y Com. de la Nación dispone que si los intereses no fueron pactados, ni surgen de las leyes o de los usos, la tasa de interés compensatorio puede ser fijada por los jueces.

Dado que el art. 768, inc. c) Cód. Civ. y Com. de la Nación, dispone que, a falta de acuerdo de partes y de disposición legal aplicable, el juez puede fijar las tasas que surjan de las reglamentaciones del Banco Central, se entiende que tiene libertad para determinar la tasa de interés entre cualquiera de las que fije el BCRA (porque esa entidad carece de atribuciones para compeler a los tribunales a aplicar determinadas tasas de interés).

Por otro lado, el art. 771, refiere a las facultades judiciales para morigerar intereses y establece, como una de las pautas a considerar, al “costo medio del dinero para deudores”. Sostiene Viale Lescano que “...la tasa que resultaría liquidable en los procesos en trámite a partir de la entrada en vigencia del Cód. Civ. y Com. de la Nación sería la tasa activa, en cuanto refleja el costo medio del dinero para los deudores...”

La jurisprudencia sostiene “Así se juzga en el entendimiento que, en cuanto el art. 771 del Cód. Civ. y Comercial remite al “costo medio del dinero”, la ley no ha exigido que se efectúe un promedio entre las tasas que cobran todos los bancos y entidades financieras del lugar donde se contrajo la obligación, puesto que esa cuenta sería impracticable.”

12.1.1. Por tratarse de una obligación que se liquidará judicialmente, se procederá conforme dispone el art. 770, inc. a) Cód. Civ. y Com. de la Nación; es decir, ante la falta de pago del deudor, cada seis meses se acumularán intereses al capital.

La Corte Suprema de Justicia de la Provincia sostuvo “...tal como se señaló en el precedente “Olivera”, en el artículo 770 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, “el legislador fija un límite temporal de seis meses para las convenciones particulares que dispongan la capitalización anticipada de intereses con la finalidad de evitar situaciones abusivas. Por tanto, no sería razonable que el Juzgador dispusiera un término inferior al mínimo fijado en el inciso a), el que fue establecido con la clara intención de evitar la usura o el enriquecimiento indebido del acreedor”.

12.2. Respecto del inicio del cómputo de los intereses:

12.2.1. En el resarcimiento por enriquecimiento sin causa, desde la fecha de notificación de la demanda hasta la de la resolución del incidente de cuantificación, dado que se trata de una obligación de valor, se aplicará una tasa pura del 8 % anual.

Nada obsta a que la deuda de valor genere intereses —compensatorios o moratorios—, los que se deben calcular al valor actualizado, a fin de preservar al poder adquisitivo de la moneda. En este caso, la tasa aplicable debe ser la propia de una economía estable; es decir, una tasa de interés pura, como la fijada.

Los intereses moratorios, sostiene Méndez Sierra, constituyen el sistema resarcitorio específico cuando lo debido es una suma de dinero. Luego agrega que los intereses moratorios se devengan no solo en los créditos de dinero, sino también en las obligaciones o deudas de valor —como lo es el crédito alimentario—; por último, se devengan y son exigibles a partir de la mora del deudor.

12.2.2. Una vez producida la cuantificación, la obligación se considerará de dar una suma de dinero; a partir de ese momento —luego de determinado el monto por el procedimiento establecido— y hasta el efectivo pago, se aplicará la tasa de interés indicada en 12.1.(una vez y media la tasa activa promedio mensual —sumada— que utiliza el Banco de la Nación Argentina para sus operaciones de descuento de documentos).

12.2.3. En el resarcimiento por daño moral, los intereses se devengan a partir de la fecha de notificación de la demanda y hasta el efectivo pago.

En este caso, se trata de una obligación derivada de la obligación de no dañar a otro, correspondiente a la responsabilidad que obliga a reparar las consecuencias dañosas emergentes de un comportamiento imputable física o moralmente a una persona, por lo que la fecha del reclamo es el momento a considerar como fecha de la mora. Por lo tanto, los intereses co-

rren a partir de la fecha de notificación de demanda hasta el efectivo pago, a la misma tasa fijada para el enriquecimiento sin causa.

12.3. La Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, Sala I, tiene dicho que, en los juicios de reparación de daños, “se relaciona con el momento en que son cuantificados los perjuicios, ya que si un rubro es reconocido en el pronunciamiento a los valores vigentes al momento de su dictado (criterio adecuado cuando se reclama por deudas de valor), razonable es sostener que entre la fecha del hecho y el dictado de la sentencia la tasa debe ser una que se adecue a períodos de economía estable (v. gr., 6% u 8% anual) y que de allí en más los réditos se calculen contemplando las vicisitudes propias de la economía de ese momento. En cambio, si se declara procedente una deuda de dinero desde que esta resultó exigible, corresponde aplicar una tasa que resarza el perjuicio derivado de la mora por todo el período de que se trate (cfr. esta Sala Primera, en su anterior integración, Acuerdo N° 18 del 16/02/2011, causa “Santamaría c. Rayco SRL”; Acuerdo N° 47 del 10/03/2011, causa “Ovejero c. 9 de Julio SRL”; Acuerdo N° 420 del 22/11/2011, causa “Arredondo c. Rosario Bus SA”; Acuerdo N° 214 del 31/07/2012, causa “D’Angelo c. Traverso”; Acuerdo N° 222 del 29/08/2014, causa “Héctor Germán Larraya SRL c. Destrade Industrial SRL”; Acuerdo N° 3 del 03/02/2015, “Vázquez c. Rosario Bus SA”).”

13. Costas.

En autos, se hizo lugar parcialmente a la demanda.

Sin perjuicio de ello, la reducción en las pretensiones de la actora resulta relativamente insignificante, en los términos del art. 252 *in fine* del Cód. Proc. Civ. y Comercial.

Es sabido que la distribución de costas consiste en imponerlas a los litigantes en un porcentaje proporcionado al éxito y correlativa derrota de cada uno.

Por ello, tiene un papel primordial la prudencia del arbitrio judicial, a fin de evaluar la real trascendencia de las pretensiones admitidas y desestimadas. En suma, para determinar quién es, sustancialmente, vencedor y vencido; dicha regla está subordinada a las circunstancias particulares del caso y se trata de la aplicación de un criterio jurídico, no matemático; también aplica que “...cuando es rechazada una pretensión, pero resulta acogida favorablemente otra alternativa o subsidiaria, el resultado causídico es de éxito y correlativo vencimiento total”.

En este sentido, la sala IV de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Rosario ha dicho al

respecto que: “El art. 252 Código Procesal Civil dice que si la reducción de las pretensiones de una de las partes fuese relativamente insignificante, procederá la condenación total en costas al adversario y para cuantificar qué debe entenderse por relativamente insignificante, en cierta medida el art. 253 Código Procesal Civil brinda una pauta cuando dice que no se entiende que hay plus petición cuando la pretensión no fuese reducida en más de un vigésimo.”

Atento los fundamentos expresados hasta aquí, entiendo que los rubros no concedidos son de escasa entidad respecto de los que sí se consideraron procedentes; a partir de esa aserción, el Sr. V. ha resultado vencido en este pleito.

En consecuencia, conforme lo dispuesto por el art. 252 Cód. Proc. Civ. y Comercial, las costas se impondrán en su totalidad al demandado vencido.

Por lo demás, a mayor abundamiento, he sostenido y argumentado largamente respecto de la situación de hiper vulnerabilidad de la actora, con fundamento en que es mujer, migrante y pobre.

Esa condición también debe ser tenida en cuenta al momento de imponer costas porque no hacerlo —y obligarla al pago, aunque fuera en una proporción mínima—, significaría un inadmisibles acto de vulneración de derechos cometido por el Estado, a través de un miembro del Poder Judicial.

En efecto, la Sra. P., dada su extrema vulnerabilidad, apenas puede atender a su subsistencia; por ello, no está en condiciones de afrontar otros gastos.

14. Reflexión final.

Toda sentencia es un acto procesal, que implica el ejercicio de una prerrogativa netamente jurisdiccional tanto como el cumplimiento del fin específico del Poder Judicial.

En efecto, el juez no está llamado a dar consejos abstractos, sino que debe resolver, con criterio jurídico y aplicando el Derecho, los casos o controversias que son sometidos a su jurisdicción (art. 1, Cód. Civ. y Com. de la Nación). De ahí que deba cumplir con el deber de la debida fundamentación de la sentencia (art. 3, Cód. Civ. y Com. de la Nación y art. 95 de la Constitución de la Provincia).

Dicho ello, creo necesario consignar que esta sentencia también refleja cuáles situaciones interpellaron la conciencia del juzgador, y lo colocaron ante dos desafíos: otorgar carnadura a los derechos reconocidos en tratados de derechos humanos y proteger a la persona vulnerable.

Es exigencia derivada de la constitucionalización del derecho privado y de asumir el paradigma de la “ética de los vulnerables” —que proponen los codificadores de 2015 en los Fundamentos del Proyecto—, como base para el respeto de derechos humanos fundamentales.

Este decisorio ha procurado poner en acto ese mandato protectorio —de cuna constitucional y convencional— de las personas vulnerables.

El Derecho es mucho más que sus operadores, pero la tarea de cada uno de ellos, sumada de manera sinérgica, hace que el Derecho funcione e incida en la vida de las personas.

Los tratados de derechos humanos y las normas de soft law que dictan los organismos supranacionales de interpretación propios de cada pacto (Corte y Comisión IDH, Comités de seguimiento, etc.), mutan en cáscaras vacías y burlescas si los Estados no les proveen carnadura mediante la acción concreta de sus agentes.

Los derechos humanos son reconocidos —tras larga lucha de la militancia perseverante, aún a costa de vidas humanas—; luego, son instrumentados en documentos elaborados por organismos internacionales —convenciones, tratados, protocolos, etc.—.

Al cabo de esos procesos, en la vida cotidiana de los países, solo la tarea comprometida de los operadores jurídicos permite que se hagan efectivos en los casos concretos. De no ser así, el Estado podrá afrontar procesos en virtud de su responsabilidad internacional por incumplimiento.

Por ello, los operadores del sistema (en particular, los jueces), debemos ser garantes tenaces de los derechos humanos; en particular, los de las personas vulnerables (las mujeres pobres y migrantes, lo son).

En ejercicio de ese rol, es nuestro deber esencial dar señales claras, disponer medidas efectivas y brindar respuestas contundentes respecto de aquellos que pretenden seguir perpetuando “las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres”, porque somos defensores de los derechos humanos y no podemos permitir que se los desconozca ni, peor aún, conculcarlos nosotros mismos por nuestra cobardía, negligencia o inoperancia.

Andrés Rivera, al finalizar *La revolución es un sueño eterno*, afirma que “Entre tantas preguntas sin responder, una será respondida ¿qué revolución compensará la pena de los hombres?”

Es menester aclarar que esta sentencia no tiene pretensiones revolucionarias; ni siquiera anhelo remediar todas las penas de P. S.

Un proceso judicial de estas características, carece de semejante fuerza redentora (en todo caso, apenas podrá mitigar algunas de las varias que la afligen).

Tampoco alcanza para conjurar las razones por las que ella es extremadamente vulnerable ni pretende alcanzar la utopía (que, ya nos dijo Galeano, no lo permite) de la igualdad y creer que ella, como tocada por una mágica varita de Saucó, de pronto será una mujer empoderada.

El juez resuelve sobre el caso traído a su consideración.

El caso es una calle; mientras tanto, la vida de los justiciables es una autopista de múltiples e intrincados carriles.

P. S., por esta resolución, no mutará su condición de mujer, pobre y migrante.

Seguirá estando sola en un país ajeno (en el que encontró el consuelo de algunos buenos momentos y debió vivenciar otros, más aciagos).

Como mucho, lo decidido apenas servirá para atenuar sus zozobras e insuflar una brisa de esperanza en su provenir.

Decisión.

Por los fundamentos expuestos, doctrina y jurisprudencia relacionadas, fallo: 1. No hacer lugar al planteo de caducidad formulado por el demandado en el alegato. 2. Hacer lugar parcialmente a la demanda y, en consecuencia, ordenar al Sr. V. que pague a la Sra. P. S.: 2.1. un monto equivalente al veinticinco por ciento (25 %) del valor del inmueble situado en calle ... de Peyrano y del vehículo Renault Express, dominio ..., en concepto de resarcimiento por el empobrecimiento padecido como derivación del enriquecimiento sin causa —del Sr. V.—. El monto a pagar se cuantificará mediante la substanciación de un procedimiento incidental, conforme lo expresado en el considerando 11. 2.2. la suma reclamada de treinta mil pesos (\$30.000.-), en concepto de reparación de daño moral. Este rubro deberá ser abonado dentro del plazo de cinco (5) días. 2.3. Los montos cuyo pago se ha ordenado, devengarán intereses conforme lo expresado en el considerando 12. 3. No hacer lugar a la pretensión de atribución del hogar. 4. Costas al demandado, Sr. V. 5. En cuanto a la cuestión del enriquecimiento sin causa, la regulación de honorarios a los abogados actuantes, Dres. F y C., se difiere hasta después de que se haya determinado el monto a resarcir. Respecto del rubro daño moral, acreditada que sea la posición fiscal de ambos profesionales, se regularán sus honorarios. Insértese, agréguese copia y hágase saber. — *Oscar A. Davini*.

SUCESIONES

DOCTRINA

La ley 27.587 y las donaciones a herederos legitimarios

María Cristina Mourelle de Tamborenea (*)

Sumario: I. Introducción al tema.— II. El contrato de donación y las donaciones inoficiosas.— III. La legítima.— IV. Las modificaciones efectuadas por la ley 27.587: marco legal.— V. Algunas consideraciones finales.

I. Introducción al tema

La ley 27.587, publicada en el Boletín Oficial el 16 de diciembre de 2020 y que entró en vigencia el 24 de diciembre del citado año, modifica los arts. 2386, 2457, 2458 y 2459 del Libro V “Transmisión de los derechos por causa de muerte”, que forma parte del Código Civil y Comercial de la Nación que nos rige desde el 1º de agosto de 2015.

En sus fundamentos, el proyecto sostiene que se busca, en primer lugar:

1. Una “mejora en el Código Civil y Comercial de la Nación”, en cuanto a la “protección de los terceros subadquirentes de bienes de carácter registrables que sean de buena fe y a título oneroso, teniendo como antecedente la adquisición de un bien mediante un contrato de donación”. Es decir, que tiene como antecedente una transmisión que involucra un título proveniente de una donación.

2. Consideran que con estas modificaciones podrán circular plenamente los títulos provenientes de donaciones y que de este modo habrá de favorecerse el desarrollo del crédito hipotecario como un vehículo de protección del derecho humano al acceso a una vivienda digna; y que, además,

3. Se ha de respetar la libertad de donar y la voluntad de la persona que desea beneficiar en vida ya sea a un heredero forzoso o no, así como también a entidades, asociaciones y fundaciones de bien público, facilitando la generosidad y solidaridad del donante para incrementar el patrimonio para cumplir con los fines de su creación.

Para poder comprender cuáles son las modificaciones que introduce la citada ley, creemos conveniente recordar algunos elementos básicos del derecho sucesorio relacionados con el tema de la legítima, su protección, y quienes podrían ser afectados frente a una posible donación por parte del causante.

II. El contrato de donación y las donaciones inoficiosas

Recordemos que conforme lo dispuesto por el art. 1542 del Cód. Civ. y Com., el cual dispone: “Concepto. Hay donación cuando una parte se obliga a transferir gratuitamente una cosa a otra, y esta lo acepta”, nos permite coincidir con Kiper, que en nuestro ordenamiento jurídico no existe libertad absoluta de donar. ¿Y por qué decimos que nuestro ordenamiento jurídico no existe libertad absoluta de donar?, porque esta facultad se encuentra restringida en defensa de la legítima, instituto acordado por la ley a los herederos legitimarios, y solo es permisible en la medida que se respete la porción disponible que la ley les acuerda a estos herederos forzosos. Igual situación se presenta si se trata por ejemplo de testar.

(*) Doctora en Notarial. Especialista en Derecho de Familia. Profesora consulta de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Coordinadora del Posgrado en Derecho de Familia, Minoridad y Adolescencia de la Facultad de Derecho de la UBA.

Cuando una persona tiene herederos forzosos y realiza actos a título gratuito, estas transmisiones pueden ser objeto de revisión al producirse su fallecimiento si es que excedieron la porción disponible (1). Es por lo expuesto, que el art. 1565 del Cód. Civ. y Com., dispone: “Donaciones inoficiosas. Se considera inoficiosa la donación cuyo valor excede la parte disponible del patrimonio del donante. A este respecto, se aplican los preceptos de este Código sobre la porción legítima”.

III. La legítima

La ley llama a determinados herederos a recibir la herencia al margen de la voluntad del causante cuando ha sido expresada en un testamento válido. Pero ¿hasta dónde puede llegar la voluntad del testador para disponer de sus bienes? Si una persona muere dejando descendientes, ascendientes, o cónyuge, la ley les otorga a esos herederos una parte de la herencia de la cual no pueden ser privados sin una causa que así lo justifique. Esa porción constituye la legítima de los herederos forzosos y sobre el resto, el testador puede disponer a su voluntad. Esta última es la denominada porción disponible.

El Código Civil y Comercial de la Nación, no modifica el criterio del Código velezano con relación al instituto de la legítima, el cual tiene como fundamento la solidaridad familiar, la igualdad de derechos, y la protección de la familia con relación al derecho de disponer libremente de sus bienes a título gratuito, ya sea en vida mediante la donación o *mortis causa* a través de un testamento. A pesar de lo expuesto, esta limitación a la autonomía de la voluntad ha sido flexibilizada en este nuevo Código en cuanto a la extensión de las porciones legítimas.

III.1. Los legitimarios en el derecho argentino

Conforme lo dispuesto por el art. 2424 del Cód. Civ. y Com., se denomina heredero legítimo en las sucesiones sin testamento a los descendientes del causante, a sus ascendientes, al cónyuge supérstite, y a los parientes colaterales dentro del cuarto grado inclusive, en el orden y

según las reglas establecidas en este Código, y a falta de herederos, los bienes corresponden al Estado nacional, provincial o a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, según el lugar en que están situados. Como podemos advertir, debemos diferenciar el heredero legítimo del heredero legitimario al cual hace referencia el art. 2444 del Cód. Civ. y Com., al disponer que sean aquellos que tienen una porción legítima, de la que no pueden ser privados por testamento ni por actos de disposición entre vivos a título gratuito. A diferencia de lo dispuesto por el art. 3714 del Código de Vélez, el nuevo artículo no hace referencia a la expresión “herederos forzosos” sino al término “legitimarios” y la nueva normativa determina que tienen ese carácter los descendientes, los ascendientes y el cónyuge.

No debemos confundir al heredero legitimario del heredero legítimo. El heredero legítimo es aquel sucesible cuyo fundamento de la vocación reside en el llamamiento *ab intestato* que hace la ley, independiente de la vocación sucesoria testamentaria, o por voluntad del causante. Si bien todo heredero legitimario es a la vez heredero legítimo, puede no ser correcto a la inversa (2).

III.2. Las porciones de legítima

Las porciones legítimas reguladas en el art. 2445 del Cód. Civ. y Com., contienen modificaciones respecto de lo que estableciera el Código velezano.

Desde el punto de vista formal se subsumen en una única norma la extensión de la porción legítima de cada orden sucesorio, la composición de la masa de legítima y su cálculo del valor. En el aspecto sustancial, se disminuye la porción de los descendientes y de los ascendientes. En el primer caso, es de dos tercios de la masa de cálculo y en el supuesto de los ascendientes de un medio, mientras que, respecto al cónyuge, no ha tenido modificación. En los fundamentos del Anteproyecto, se justifica que la disminución de la porción disponible responde a una doctrina mayoritaria que considera excesivas las porciones establecidas por Vélez Sarsfield y más jus-

(1) KIPER, Claudio M., Revista del Notariado, 928.

(2) ZANNONI, Eduardo, “Derecho de las Sucesiones”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1997, 4ª ed., t. 2, p. 153.

to ampliar las posibilidades de libre y definitiva disposición del futuro causante (3).

Recordemos, que, frente al supuesto de concurrencia de legitimarios, el art. 2446 del Cód. Civ. y Com., dispone: "Si concurren solo descendientes o solo ascendientes, la porción disponible se calcula según las respectivas legítimas. Si concurre el cónyuge con descendientes, la porción disponible se calcula según la legítima mayor".

III.3. Acciones protectoras de la legítima

En el régimen actual el llamamiento de los legitimarios opera contra la voluntad del causante; de allí, la limitación a la libertad de testar en nuestro derecho.

El testador no puede imponer gravamen ni condición alguna a las porciones legítimas, si lo hace se tienen por no escritas conforme lo establece el art. 2447 del Cód. Civ. y Com. (4). Además, no olvidemos que no cabe la posibilidad de renunciar a dicha porción en una sucesión aún no abierta, conforme lo recepciona el art. 2449 del Cód. Civ. y Com. (5), que sigue, en este aspecto, el criterio del Código velezano. Recordemos, que las acciones protectoras de la legítima son:

- *Acción de entrega de la legítima*: El art. 2450 Cód. Civ. y Com., dice: "Acción de entrega de la legítima. El legitimario preterido tiene acción para que se le entregue su porción legítima, a título de heredero de cuota. También la tiene el legitimario cuando el difunto no deja bienes, pero ha efectuado donaciones".

Puede ocurrir que el causante al testar omita a sus herederos forzosos, agotando sus bienes en legados sin respetar la legítima de aquellos. Ante este supuesto, recordemos que los legiti-

(3) "Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación", Ediciones El País, Buenos Aires, 2012, p. 183.

(4) Art. 2447.— Protección. El testador no puede imponer gravamen ni condición alguna a las porciones legítimas; si lo hace, se tienen por no escritas.

(5) Art. 2449.— Irrenunciabilidad. Es irrenunciable la porción legítima de una sucesión aún no abierta.

marios tienen la acción de reducción, con el fin de reducir los legados, evitando su cumplimiento hasta cubrir su legítima. También la tienen contra las donaciones que lesionen su legítima. Cuando el testador teniendo legitimarios instituye herederos, el carácter universal de la institución y la vocación solidaria del heredero excluye a los legitimarios. En tal supuesto, se les reconoce esta acción en defensa de su legítima (6).

- *La acción de complemento*: contemplada en el art. 2451, Cód. Civ. y Com., el cual reproduce: "El legitimario a quien el testador le ha dejado, por cualquier título, menos de su porción legítima, solo puede pedir su complemento". En esta acción, los legitimarios no fueron preteridos, sino que mediante la institución de herederos se les afectó solo parte de su legítima, pues el resto les fue cubierto por el testador por cualquier otro título. Debe recordarse que ambas acciones, la de complemento y la de entrega de la legítima, tienen como sujeto pasivo al heredero instituido. Por lo expuesto, si el testador dejó legados en su testamento o durante su vida efectuó donaciones, que afecten la legítima, los legitimarios tendrán la acción de reducción (7).

- *La acción de reducción*: cuando las liberalidades que hubiera realizado el causante, ya sea mediante disposiciones testamentarias o por donaciones efectuadas en vida lesionan la porción legítima del heredero, deberán ser reducidas hasta dejar intacta esta, y a tal efecto se le confiere al heredero la acción de reducción. Como consecuencia de ello, todas las donaciones, ya sea las realizadas a favor de terceros o de herederos forzosos, están eventualmente sujetas a la acción de reducción generando un dominio imperfecto.

Se encuentra contemplada en el art. 2452, Cód. Civ. y Com., que textualmente dispone: "Reducción de disposiciones testamentarias. A fin de recibir o complementar su porción, el legitimario afectado puede pedir la reducción de las instituciones de herederos de cuota y de los legados, en ese orden".

(6) HERNÁNDEZ, Lidia, 06/04/2015, eDial DC1EC3.

(7) Íd. ant.

La reducción, a diferencia de la colación, protege la legítima frente a las disposiciones testamentarias y las donaciones inoficiosas efectuadas por el causante, otorgando a los legitimarios la posibilidad de reducir primero los legados, dejándolos sin efecto y después las donaciones. Ambas acciones, entonces, pueden dirigirse contra las donaciones, pero para que funcione la colación no es necesario que la donación supere la porción disponible afectando la legítima, como requiere la reducción. De todas maneras, como lo destacara Borda, tanto la colación como la reducción defienden la integridad de las porciones hereditarias **(8)**.

III.4. Acción de colación

Azpiri define la colación como “el derecho que tienen los descendientes y el cónyuge del causante para exigir que otro legitimario que ha recibido un bien por un acto a título gratuito de aquel, traiga a la masa de partición el valor de dicho bien, a menos que se lo hubiera dispensado expresamente de hacerlo” **(9)**.

El fundamento de la colación es garantizar la igualdad entre los herederos legitimarios, y para cumplir con tal finalidad, busca incorporar el valor de los bienes colacionables al caudal relicto, aumentando la masa hereditaria como si el bien existiese realmente en el patrimonio del causante al momento de su muerte **(10)**.

Parte del supuesto que toda donación realizada por el causante a un heredero forzoso no tiene la intencionalidad de mejorarlo, sino simplemente ser un anticipo de parte de los valores de la futura sucesión. Por ello, la masa partible se compondrá de los bienes dejados en vida por el causante al que se le deben agregar las donaciones realizadas por este. Se debe diferenciar: Si estas donaciones han sido realizadas a un legitimario, este último deberá computar el valor en su hijuela. Si, por el contrario, han sido realizadas a favor de un tercero, estas podrán ser

objeto de la acción de reducción de haberse excedido el causante en su porción disponible.

Coincidimos con Medina en que nuestro ordenamiento jurídico marca una “feroz e injusta diferencia entre los herederos que recibieron una donación dineraria para comprar un inmueble y aquellos a quienes se les donó un inmueble”. A diferencia de los segundos, los que recibieron dinero no están sujetos ni a colación ni a reducción **(11)**.

Para que proceda la acción de colación deben darse los siguientes presupuestos:

a. Donación de un bien a un descendiente o al cónyuge; el descendiente o el cónyuge que renuncia a la herencia pueden conservar la donación recibida o reclamar el legado hecho hasta alcanzar el límite de la porción disponible. Tener en cuenta que las donaciones hechas a favor de los descendientes del heredero no deben ser colacionadas por este, y el que concurre a la sucesión del donante por derecho de representación, debe colacionar la donación hecha al descendiente representado. Si la donación se otorgó a favor del cónyuge del heredero, este no puede colacionar, pero si fueron hechas conjuntamente a ambos cónyuges deben ser colacionadas por la mitad, por el que resulta heredero.

b. Ausencia de dispensa. La dispensa de colacionar es la posibilidad que le da el legislador al causante, para que manifieste expresamente que la donación debe imputarse a su porción disponible.

c. Que concurren otros descendientes o el cónyuge; y

d. Solo procede a partir del fallecimiento del causante **(12)**.

Recordemos que conforme lo dispuesto por el art. 2388 del Cód. Civ. y Com., el descendiente que no era heredero presuntivo al tiempo de la donación, pero que resulta heredero, no debe colación. En cuanto al cónyuge, este no debe co-

(8) Íd. ant.

(9) AZPIRI, Jorge O., “Incidencias del Código Civil y Comercial. Derecho Sucesorio”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2015, p. 190.

(10) ZANNONI, Eduardo A., “Manual de derecho de las sucesiones”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2009, p. 385.

(11) MEDINA, Graciela, LA LEY, 27/11/2020, 1. Cita online: AR/DOC/3778/2020.

(12) KUYUMDJIAN, Patricia — PODESTÁ, Andrea, ob. cit.

lación cuando la donación se realiza antes del matrimonio, norma reforzada por el art. 2395 del mismo ordenamiento que dispone: “La colación solo puede ser pedida por quien era coheredero presuntivo a la fecha de la donación. El cónyuge supérstite no puede pedir la colación de las donaciones hechas por el causante antes de contraer matrimonio”.

III.5. *Dispensa de colación*

La dispensa de colacionar es la posibilidad que le otorga la ley al causante para que manifieste expresamente que la donación realizada debe imputarse a la porción disponible del donatario, atento que quiere beneficiar al heredero.

Como ya anticipáramos, las donaciones inoficiosas son aquellas que exceden la porción de la que libremente podía disponer el causante, aunque haya mediado dispensa o mejora y, por lo tanto, estarán sujetas a la acción de reducción.

El nuevo código optó por la solución según la cual, aunque haya dispensa de colación o mejora, esa donación esté sujeta a reducción por el valor del exceso. Además, admite la dispensa no solo en el testamento sino también en el mismo acto en que se otorga la donación, conforme lo dispuesto en el art. 2385, Cód. Civ. y Com., primer párrafo: “Personas obligadas a colacionar. Los descendientes del causante y el cónyuge supérstite que concurren a la sucesión intestada deben colacionar a la masa hereditaria el valor de los bienes que les fueron donados por el causante, excepto dispensa o cláusula de mejora expresa en el acto de la donación o en el testamento...”

Debemos destacar que desaparecen como sujetos de la colación los ascendientes, porque como se fundamentó en el Proyecto de 1998, “quien hace una donación a un ascendiente normalmente obra pensando que este lo va a heredar”. Por el contrario, se incluye el cónyuge, siempre y cuando estos no hayan optado por el régimen de comunidad, supuesto en que subsiste la prohibición de donar entre ellos, motivo por el cual solo se daría si los esposos eligieron el régimen de separación de bienes. La otra novedad que introdujo esta norma es admitir que la dis-

pensa o cláusula de mejora no solo se hace por testamento, sino también por donación (13).

III.6. *Similitudes y diferencias entre la acción de colación y la acción de reducción*

Vélez Sarsfield consideró diferentes institutos en miras a que se cumpla la voluntad presunta del causante y se mantenga la proporción legal entre todos los herederos forzosos, salvo que aquel hubiere expresado su voluntad en un testamento mediante una dispensa de esa proporción, situación esta, que podría verse fácilmente burlada si el causante en vida entregara, mediante una donación, parte de sus bienes a un heredero forzoso. Frente a tal supuesto, el ordenamiento jurídico habilita la acción de colación, es decir, legitima a los herederos forzosos a reclamarle a aquel que se ha beneficiado con la donación, que impute el valor de esta a su hijuela, recomponiendo así el haber relicto, como modo de zanjar los desequilibrios provocados por aquella donación, ya que, se entiende que fue un anticipo de herencia (14).

Como anticipáramos, la colación persigue la igualdad entre los legitimarios. En el supuesto de descendientes y cónyuge —que gozan de una porción legítima en la herencia del donante—, son los legitimados para hacer uso de la acción de reducción frente al supuesto de donaciones inoficiosas y a preservar a igualdad entre ellos mediante la acción de colación. Es importante resaltar las siguientes similitudes entre ambas acciones:

- Tienen a defender la integridad de las porciones hereditarias.

- El objeto a colacionar o a reducir puede coincidir, es decir, puede tratarse de donaciones colacionables o de donaciones inoficiosas, u otras liberalidades colacionables que resulten pasibles

(13) NATALE, Roberto, “Código Civil y Comercial comentado, anotado y concordado”, (dir.) GARRIDO, Lidia — BORDA, Alejandro — ALFERILLO, Pascual, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2015, t. 3, p. 515.

(14) KUYUMDJIAN, Patricia — PODESTÁ, Andrea, “Derecho Sucesorio”, (dir.) MOURELLE de TAMBORENEA, María Cristina — PODESTÁ, Andrea, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2016, t. 1, p. 467.

de reducción en la medida de la inoficiosidad que las lleve a afectar.

- El plazo quinquenal es común a ambas acciones **(15)**.

En cuanto a las diferencias, cabe también destacar:

- Para su procedencia no es necesario que medie un agravio a la legítima para que pueda demandarse la colación, lo que sí es indispensable para accionar por reducción.

- La reducción tiene efectos reipersecutorios, mientras que la de colación es personal.

- La reducción alcanza primero a las disposiciones testamentarias y solo en forma mediata recaerá sobre las donaciones. Por su parte, la colación solamente impone computar el valor de las donaciones y otros beneficios colacionables.

- Los sujetos pasivos obligados en ambas acciones pueden coincidir o no, teniendo en cuenta que la reducción alcanza tanto a descendientes y cónyuge como a ascendientes o a extraños por estar en juego la defensa de la legítima, mientras que en la colación los legitimados activos y pasivos para demandarla se limitan a los descendientes y al cónyuge.

- La colación opera en el ámbito de la sucesión intestada, admitiéndose como excepción únicamente el supuesto que, en una sucesión testamentaria coincidiera el llamamiento del testador con el que marca la ley, mientras que la reducción puede funcionar en ambas.

- La acción de reducción deja subsistente la mejora dispuesta por el testador en los límites de la porción disponible, en cambio, la colación tiene a igualar las porciones hereditarias **(16)**.

IV. Las modificaciones efectuadas por la ley 27.587: marco legal

Hechas las aclaraciones que consideramos necesarias para poder abordar las modificaciones

(15) HERNÁNDEZ, Lidia — UGARTE, Luis A., “Tratado de las Sucesiones”, Ed. La Ley, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2020, ps. 901 y ss.

(16) Ibidem.

efectuadas, recordemos que la ley 27.587, publicada en el Boletín Oficial el 16 de diciembre del corriente año y que entrara en vigencia el 24 de diciembre, modificó los arts. 2386, 2457, 2458 y 2459 del Cód. Civ. y Com. que nos rige a partir del 1º de agosto de 2015.

A los efectos de poder evaluar la reforma efectuada, reproduciremos el texto original conforme la ley 26.994 y a continuación, las reformas introducidas por ley 27.587 y alguno de sus fundamentos.

IV.1. Modificaciones introducidas respecto de las donaciones inoficiosas y su relación con la acción de colación

El art. 2386 conforme Cód. Civ. y Com., dispone: “Donaciones inoficiosas. La donación hecha a un descendiente o al cónyuge cuyo valor excede la suma de la porción disponible más la porción legítima del donatario, aunque haya dispensa de colación o mejora, está sujeta a reducción por el valor en exceso”. La norma preveía que para el caso que la donación efectuada hubiera excedido del valor o la porción disponible, su participación en la herencia se *reduciría* por el valor de lo excedido.

Es importante destacar, que en el Código Civil de Vélez Sarsfield no se encontraba prevista la acción de reducción en forma expresa para perseguir las donaciones a legitimarios, pero al no estar excluida la legitimación pasiva de estos herederos no era ilegal promoverla, por lo que fue admitida por parte de la doctrina y la jurisprudencia. El ejemplo clásico es el de la donación del único bien del futuro causante a uno de sus hijos, sin que haya otros para poder imputar a las hijuelas de los hijos que no fueron beneficiados con la liberalidad. Lo mismo sucede si dona el bien más valioso, como la empresa de la que es titular, al descendiente que trabaja con el donante, quedando bienes de escaso valor económico al momento de su muerte **(17)**. Es decir, en relación con los herederos obligados a colacionar

(17) CNCiv., sala A, 29/08/1985, LA LEY 1986-B-85; “Talagañis, Alejandro c. Talagañis, Miguel y otros - ordinario de nulidad de escritura pública”, 22/02/1993, Cám. 2ª Ap., sala II, Paraná. Citado por GUILISASTI, Jorgelina, “La legítima frente a la reforma del Código Civil y Comercial y su proyección hacia el futuro”, MJ-DOC-15686-AR | MJ15686.

donaciones del causante, los coherederos podían recurrir a esta acción para perseguir el bien donado, por la procedencia de la acción frente a donaciones que exceden la porción disponible y la legítima del donatario, afectándose la de los restantes legitimarios.

El art. 2386 conforme ley 27.587 dispone: “Donaciones inoficiosas. La donación hecha a un descendiente o al cónyuge cuyo valor excede la suma de la porción disponible más la porción legítima del donatario, aunque haya dispensa de colación o mejora, está sujeta a colación, debiendo compensarse la diferencia en dinero”.

La nueva legislación establece que, ante el supuesto de que una donación que exceda la porción disponible más la porción legítima del donatario, quedará sujeta a la acción de colación y no a la acción de reducción como establecía la norma derogada.

IV.2. Modificaciones teniendo en cuenta la acción de reducción

IV.2.a. Los derechos reales constituidos por el donatario

El art. 2457 conforme Cód. Civ. y Com. disponía: “Derechos reales constituidos por el donatario. La reducción extingue, con relación al legitimario, los derechos reales constituidos por el donatario o por sus sucesores”.

Cuando como consecuencia de la acción de reducción ejercida por el heredero forzoso, si el bien donado volvía al acervo hereditario, la extinción de los derechos reales que el donatario o el tercer adquirente hubieran constituido sobre aquel producía una “reacción en cadena” por parte de los titulares de los derechos reales extinguidos contra sus constituyentes. Esta situación seguramente era uno de los motivos que podían llevar al donatario a desinteresarse al heredero forzoso a través del pago de una suma de dinero que satisficiera su porción legítima afectada **(18)**.

(18) CABRERA de GARIBOLDI, María del Luján Cecilia, “Código Comentado Civil y Comercial de la Nación”, CURA, José María (dir.), Ed. La Ley, Buenos Aires, 2016, t. 7, p. 342.

Las normas aún vigentes concuerdan con el dominio imperfecto del bien recibido por donación como disponen los arts. 1565 **(19)**, 1965 **(20)** y 1967 **(21)**, Cód. Civ. y Com., que se encuentra sujeto a la condición resolutoria de ser revocado si afecta la legítima de los herederos legitimarios del donante al momento de su muerte **(22)**.

Por esa razón, en el ordenamiento jurídico actual, se extinguen los derechos reales constituidos por el donatario, sus herederos y los terceros adquirentes.

El art. 2457 conforme ley 27.587 dispone: “Derechos reales constituidos por el donatario. La reducción extingue con relación al legitimario, los derechos reales constituidos por el donatario o por sus sucesores. Sin embargo, la reducción declarada por los jueces no afectará la validez de los derechos reales sobre bienes registrables constituidos o transmitidos por el donatario a favor de terceros de buena fe y a título oneroso”.

La nueva redacción, prevé que la reducción determinada por la vía judicial no afectará la validez de los derechos reales sobre los bienes registrables constituidos o transmitidos por el donatario a favor de terceros de buena fe y a título oneroso.

IV.2.b. Acción reipersecutoria

El art. 2458 conforme Cód. Civ. y Com. disponía: “Acción reipersecutoria. El legitimario puede perseguir contra terceros adquirentes los bienes registrables. El donatario y el subadquirente demandado, en su caso, pueden desinteresarse al legitimario satisfaciendo en dinero el perjuicio a la cuota legítima”.

(19) Art. 1565.— Donaciones inoficiosas. Se considera inoficiosa la donación cuyo valor excede la parte disponible del patrimonio del donante. A este respecto, se aplican los preceptos de este Código sobre la porción legítima.

(20) Art. 1965.— Dominio revocable. Dominio revocable es el sometido a condición o plazo resolutorios a cuyo cumplimiento el dueño debe restituir la cosa a quien se la transmitió.

(21) Art. 1967.— Efecto de la revocación. La revocación del dominio de cosa registrable tiene efecto retroactivo, excepto que lo contrario surja del título de adquisición o de la ley.

(22) GUILISASTI, Jorgelina, ob. cit.

Tal cual estaba redactado el artículo, de prosperar la acción, el donatario quedaba sin derecho alguno sobre el bien. Operándose la resolución del contrato, el bien objeto de este volvía al patrimonio del donante o al acervo hereditario, puesto que el dueño originario ha fallecido (23).

El art. 2458 conforme ley 27.587 dispone: “Acción reipersecutoria. Salvo lo dispuesto en el artículo anterior, el legitimario puede perseguir contra terceros adquirentes los bienes registrables. El donatario y el sub adquirente demandado, en su caso, pueden desinteresarse al legitimario satisfaciendo en dinero el perjuicio a la cuota legítima”.

La nueva redacción para el art. 2458, Cód. Civ. y Com. reconoce como excepción, que, salvo lo dispuesto en artículo anterior, el legitimario puede perseguir contra terceros adquirentes los bienes registrables (...), concordando de este modo con la regla general del art. 392 del Cód. Civ. y Com. con relación a los efectos respecto de terceros en cosas registrables, al entender: “Todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble o mueble registrable, por una persona que ha resultado adquirente en virtud de un acto nulo, quedan sin ningún valor, y pueden ser reclamados directamente del tercero, excepto contra el subadquirente de derechos reales o personales de buena fe y a título oneroso. Los subadquirentes no pueden ampararse en su buena fe y título oneroso si el acto se ha realizado sin intervención del titular del derecho” (24).

(23) CABRERA de GARIBOLDI, María del Luján Cecilia, ob. cit.

(24) COLEGIO DE ESCRIBANOS DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES, Circular 200/2020. Ver disidencia respecto del art. 392, Cód. Civ. y Com. en FERRER, Francisco A. M. — GUTIÉRREZ DALLA FONTANA, Esteban M., “La amputación de la acción de reducción”, LA LEY 02/12/2020, 2, Cita Online: AR/DOC/3897/2020: “Esta vicisitud da lugar a que se suscite otra cuestión con respecto al subadquirente a título oneroso, en función del efecto reipersecutorio de la acción, pues: ¿puede este oponer al heredero forzoso demandante la defensa de que es adquirente a título oneroso y de buena fe, fundado en el art. 392 del Cód. Civ. y Com.?... La cuestión ya se había planteado con relación al art. 1051 del Cód. Civil derogado, de similar tenor que el actual art. 392. Hubo dos posturas: una francamente minoritaria, interpretaba con sentido amplio que la norma protegía a todos los subadquirentes en las hipótesis de invalidez y de ineficacia, por consiguiente, en los casos de nulidad, resolución

IV.2.c. Prescripción adquisitiva

El art. 2459 conforme Cód. Civ. y Com. dispone: “Prescripción adquisitiva. La acción de reducción no procede contra el donatario ni contra el subadquirente que han poseído la cosa donada durante diez años computados desde la adquisición de la posesión. Se aplica el art. 1901”.

Resulta importante resaltar que la acción de reducción en el Código Civil y Comercial de la Nación, según ley 26.994, tiene un plazo de prescripción de 10 años desde que fue adquirida la posesión y no desde la muerte del causante como preveía el código anterior.

Al respecto, la norma, conforme ley 26.994, desprotege la legítima por cuanto —mientras está corriendo dicho plazo de prescripción adquisitiva—, el heredero forzoso presuntivo no tiene acción para defenderse —la cual recién le nace con la muerte del donante, es decir, cuando adquiere la calidad de heredero—, en cuya oportunidad frecuentemente ya se habrá cumplido aquel plazo de diez años, con lo cual se consuma la lesión a la legítima. En otras palabras, cuando nace la acción, ya será ineficaz por causa de un plazo de prescripción que corrió cuando aquella aún no había nacido, contrariando así un principio jurídico elemental: el curso de la prescripción nace con la acción. La doctrina sostiene que esta solución parece buscar la flexibilización de la legítima, ya que, permite consolidar derechos sobre bienes en vida del causante, sin que a su

y revocación del acto de transferencia precedente, pues no hay razón para que tengan un trato diferencial. En consecuencia, el efecto reipersecutorio de la reducción del art. 3955, Cód. Civ. solo procedería contra los terceros adquirentes de mala fe o a título gratuito. Además, el antiguo art. 1051, Cód. Civil, como el art. 392 del Cód. Civ. y Com., protegen la seguridad del tráfico jurídico. Pero prevaleció la tesis contraria: dichas normas protegen al tercero adquirente solo en los casos de nulidad del título antecedente a la adquisición del derecho; pero en nuestro caso no hubo nulidad del acto precedente, pues el donatario recibió el bien por una donación perfectamente válida, sin adolecer ningún vicio de origen. Lo que ocurre es que, si el donante tenía herederos forzosos al tiempo de la donación, ese acto gratuito queda sujeto a la condición resolutoria de que afecte la legítima de aquellos herederos, lo que se determina al momento de apertura de la sucesión del donante. Si la afectación de la legítima se comprueba, se ha cumplido la condición resolutoria, y entonces, la donación queda resuelta en la medida en que ha lesionado la legítima”.

muerte existan acciones para proteger la legítima que pueda haberse afectado a través de donaciones inoficiosas. Es también llamativo que dicha norma generó críticas de ambos lados, tanto para quienes esperábamos una solución al problema de los títulos provenientes de donaciones, como para quienes defienden a ultranza la protección de la legítima (25).

El art. 2459, conforme ley 27.587, dispone: "Prescripción adquisitiva. En cualquier caso, la acción de reducción no procede contra el donatario ni contra el sub adquirente que han poseído la cosa donada durante diez [10] años computados desde la adquisición de la posesión. Se aplica el art. 1901. No obstará la buena fe del poseedor el conocimiento de la existencia de la donación".

A la nueva redacción, se le agrega un último párrafo aclarando que el conocimiento de existencia de la donación por parte del tercero poseedor de buena fe del bien donado no quita la presunción de la buena fe que tiene en su favor.

(25) FERRER, Francisco — CÓRDOBA, Marcos M. — NATALE, Roberto M., "Observaciones al proyecto de Código Civil y Comercial en materia sucesoria", en Revista de Derecho de Familia y de las Personas, 9, Ed. La Ley, Buenos Aires, octubre de 2012, p. 127. KIPER, Claudio, ob. cit., "No comparto esta tesis. En primer lugar, es clara la norma cuando establece como requisito diez años de posesión, de modo que el cómputo comienza con el inicio de la posesión, no desde la muerte del causante. En segundo lugar, en los fundamentos se alude a la prescripción adquisitiva. El inicio del cómputo de la prescripción adquisitiva está dado por el inicio de la posesión; de ahí la necesaria interrelación que debe existir entre estos dos elementos: posesión y tiempo. Cuando hay un título se presume, salvo prueba en contrario, que la posesión se inicia en la fecha del título (arts. 1903 y 1914). Esta es la regla general, mientras que dispone el art. 1898 que: 'Si la cosa es registrable, el plazo de la posesión útil se computa a partir de la registración del justo título'. Ahora bien, teniendo en cuenta lo dispuesto por el art. 1903, primera parte, y procurando interpretar ambas normas, cabe entender que lo dispuesto en el segundo párrafo del 1898 rige para las cosas muebles cuya registración sea constitutiva. Bajo determinadas circunstancias, el inicio de la posesión se presume: así el art. 1914 del Cód. Civ. y Com. dispone que: 'Si media título se presume que la relación de poder comienza desde la fecha del título'. Lo mismo ocurre en supuestos en que la posesión ha sido otorgada mediante un boleto de compraventa o una escritura traslativa de dominio suscripta por quien no es el verdadero propietario, o por quien carece de capacidad para celebrar tal acto".

Esta aclaración en la parte final del artículo forma parte de la protección que promovió la modificación teniendo en cuenta que, si bien el tercero puede tener conocimiento del acto jurídico originario, o sea de la donación por parte de la persona que le transmitió el bien, no necesariamente eso implica que pueda haber conocido respecto a la afectación o no de la legítima de un heredero forzoso o legitimario.

V. Algunas consideraciones finales

Coincidimos con Solari en que con esta reforma se ha logrado que el carácter observable de los títulos provenientes de donaciones en las situaciones descriptas, dejen de ser "títulos imperfectos" y se subsane una deficiencia contenida en la anterior redacción (26).

Pero, teniendo en cuenta que el Código Civil y Comercial, ya había contemplado la flexibilización del instituto de la legítima al disponer que la acción de reducción no podrá ser ejercida por el heredero legitimario si han pasado 10 años desde la adquisición de la posesión conforme lo dispuesto por el art. 2459 del Cód. Civ. y Com., y sumando a ello las diferentes posiciones doctrinarias que plantean la inconstitucionalidad de la comentada ley (27), nos preguntamos: ¿será este el comienzo de una tendencia dispuesta a producir cambios en el derecho sucesorio dando lugar a que predomine la autonomía de la voluntad sobre las directivas sociopolíticas que han hecho de la familia y de los vínculos parentales el ámbito dentro del cual se ha desarrollado nuestro derecho hereditario?

(26) SOLARI, Néstor.

(27) En ese sentido: FERRER, Francisco A. M. — GUTIÉRREZ DALLA FONTANA, Esteban M., "La amputación de la acción de reducción", LA LEY 02/12/2020, 2, Cita Online: AR/DOC/3897/2020; "La modificación de normas relativas a la acción de reducción de donaciones y reipersecutoria del Código Civil y Comercial de la Nación: una reforma que aportará conflictos, pero no soluciones", IGLESIAS, Mariana B., LA LEY 02/12/2020, 5. Cita Online: AR/DOC/3888/2020; FACA, Declaración de la Federación Argentina de Colegios de Abogados, del 09/11/2020.

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

PARTICIÓN HEREDITARIA

Acuerdo. Cesión de derechos hereditarios. Adjudicación de un bien. Unidad negocial. Homologación.

Con nota de Adriana del Carmen Guglielmino

1. — No existe impedimento alguno para dentro del juicio sucesorio la cónyuge y los hijos herederos del causante resuelvan la adjudicación de la parte de los bienes correspondiente al superstite en función de la sociedad conyugal disuelta por muerte del causante, conforme al derecho que le cabe a cada heredero declarado en el marco de la transmisión por muerte objeto del proceso.
2. — La posibilidad de integrar la masa de bienes con aquellos adquiridos durante la vigencia de la sociedad conyugal que por fallecimiento se liquida, puede viabilizarse a través de la partición que concluya entre los herederos un negocio mixto, por el cual se atribuyan derechos o bienes entre coherederos que exceden, estrictamente, del acto de asignación que aquella importa, tratándose en rigor de una unidad negocial derivada de una relación de comunidad hereditaria preexistente, por lo que no son separables ambos aspectos del negocio mixto contenido en la partición.
3. — Ambos copartícipes —viuda e hijos— pueden realizar la partición en la forma y por el acto que por unanimidad juzguen conveniente y así, hacer cesar la indivisión poscomunitaria, no advirtiéndose en consecuencia que el carácter de bien ganancial, en la especie desnaturalice el acto particionario presentado.
4. — Los herederos tienen la más absoluta libertad para contratar/partir la herencia. Habiendo conformidad, todo es admitido, incluso la adjudicación de lotes desiguales sin compensación, porque el fin del acto es hacer a cada uno dueño exclusivo de lo que se le adjudica.

CCiv. y Com., San Isidro, sala III, 12/05/2021. - Claramonte, Ricardo Armando s/ sucesión *ab intestato*.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/63619/2021]

2ª Instancia.- San Isidro, mayo 12 de 2021.

Considerando:

I. La resolución apelada.

La resolución del 26/02/2021 rechazó la homologación del acuerdo presentado el 26/02/2021.

Para así decidir, dispuso que dicho acuerdo presentado por los herederos no es una partición de bienes en los términos del art. 2369 Cód. Civ. y Comercial, sino una constitución del derecho de usufructo en favor de la cónyuge superstite y una cesión de los derechos de aquella a favor de sus hijos, actos cuya constitución debe efectuarse por escritura pública conforme lo disponen los arts. 1017 inc. A, 1233 y 1618 del Cód. Civ. y Comercial.

II. La articulación recursiva.

El 03/03/2021 los herederos apelan en subsidio, conforme fundamentos allí expuestos.

III. Los agravios.

Sostienen los recurrentes que el art. 2369 del Cód. Civ. y Comercial establece que si todos los herederos están presentes y son capaces pueden realizar la partición en la forma y por el acto que por unanimidad los mismos consideren conveniente (al igual que el art. 761 del Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Refieren que en el caso la totalidad de los herederos, de común acuerdo, han resuelto hacer cesar la indivisión estableciendo una forma de adjudicación de modo que el 50% de la nuda propiedad del inmueble quede en cabeza de Elizabeth Claramonte, el restante 50% también de la nuda propiedad en la de Gastón Claramonte y el usufructo del bien en la de la cónyuge superstite del de cujus, Rosa Adelaida Pan. Transcriben jurisprudencia en apoyo de su postura.

IV. La solución.

Primeramente, ha de atenderse la queja dirigida a cuestionar la calificación (cesión de derechos y constitución de usufructo) establecida en la resolución en crisis respecto al acto celebrado por los herederos (presentado como partición).

En este punto cabe recordar que la partición puede ser definida como aquel acto jurídico complejo que tiene por fin inmediato extinguir la indivisión hereditaria —y eventualmente otras indivisiones de bienes (indivisión poscomunitaria) o comunidades de cosas (condominio con herederos o cónyuge) directamente relacionadas a ella—, en forma total o parcial.

El Código de Vélez evita dar una definición sobre la partición y el Código de fondo en vigencia mantiene la misma tesitura.

Relativo a la partición, el art. 3462 del Cód. Civil, dispone que "si todos los herederos están presentes

y son capaces, la partición puede hacerse en la forma y por el acto que por unanimidad juzguen convenientes". De modo que los herederos pueden libremente elegir la forma para la adjudicación y partición de los bienes de la sucesión. Y los únicos requisitos que la ley establece al efecto son que los herederos sean capaces y la presencia de todos ellos al momento de celebrarse el acto jurídico "partición/adjudicación de los bienes", verificados los cuales, los herederos deciden la forma y el acto que por unanimidad crean conveniente. De manera que los herederos tienen la más absoluta libertad para contratar/partir la herencia. De ahí que se haya resuelto que habiendo conformidad entre los herederos, todo es admitido, incluso la adjudicación de lotes desiguales sin compensación, porque el fin del acto es hacer a cada uno dueño exclusivo de lo que se le adjudica (conf. Fornieles, Salvador, "Tratado de las Sucesiones", 4º ed., ps. 331/333, Nros. 261, 262 y sus citas).

Esta es la posición que ha receptado también el Cód. Civ. y Comercial al otorgar plena libertad a los copartícipes en lo que hace al contenido del acto particionario, en tanto recepta la regla de la flexibilidad y la amplitud para decidir en la materia (conf. art. 2369 y ss. Cód. Civ. y Comercial; ídem. Calvo Costa C. "Código Civil y Comercial de la Nación, comentado y concordado", T. III, p. 615).

Como puede apreciarse, los copartícipes en el caso, presentaron en el marco del sucesorio el acuerdo al cual arribaron y se hiciera referencia supra, el que comprendió la adjudicación del bien ubicado en el Partido de General Sarmiento, que integra el sucesorio (y respecto al cual se ordenó la inscripción de la declaratoria de herederos dictada en autos), del siguiente modo: el 50% de la nuda propiedad para Elizabeth Claramonte, el otro 50% de la nuda propiedad para Gastón Claramonte, y el usufructo vitalicio a favor de Rosa Adelaida Pan.

Es decir que se tiene en autos, que todos los copartícipes, capaces y mayores de edad, han puesto fin a la indivisión postcomunitaria desmembrando los derechos comprendidos en la propiedad del bien, a fin de adjudicarse distintas parcelas con valor económico (50% de la nuda propiedad a favor de cada hijo, y usufructo a favor de la cónyuge supérstite).

Y si bien para ello se ha considerado el 100% de los derechos sobre el inmueble, lo cierto es que ello es posible en tanto no existe impedimento alguno para que a través de este acto —dentro del juicio sucesorio— la cónyuge y los hijos herederos del de cujus resuelvan la adjudicación de la parte de los bienes correspondiente al supérstite en función de la sociedad conyugal disuelta por muerte del causante, conforme al derecho que le cabe a cada heredero declarado en

el marco de la transmisión por muerte objeto del proceso (conf. causas 53.720 del 30/04/1990 y 67.700 ri 828/95 y 93.522 ri 521/03; causa 105638, 05/2008 de Sala II). Es que la posibilidad de integrar la masa de bienes con aquellos adquiridos durante la vigencia de la sociedad conyugal que por fallecimiento se liquida, puede viabilizarse a través de la partición que concluya entre los herederos un negocio mixto, por el cual se atribuyan derechos o bienes entre coherederos que exceden, estrictamente, del acto de asignación que aquella importa, tratándose en rigor de una unidad negocial derivada de una relación de comunidad hereditaria preexistente, por lo que no son separables ambos aspectos del negocio mixto contenido en la partición (conf. Zannoni, "Derecho de las sucesiones", T. 1, ps. 670/71; causas 93.522 ri 521/2003; 96.178 ri 428/04; causa 105638, 05/2008 Sala II, causa N° SI-30382-2011, RSI 42 del 01/03/2012; causa N° SI-12144-2013, r.i.86 del 25/03/2014 de esta Sala III).

Sucede, que ambos copartícipes (viuda e hijos) pueden realizar la partición en la forma y por el acto que por unanimidad juzguen conveniente (conf. artículos 3462, Cód. Civil y 2369, Cód. Civ. y Com. de la Nación) y así, hacer cesar la indivisión postcomunitaria, no advirtiéndose en consecuencia que el carácter de bien ganancial, en la especie desnaturalice el acto particionario presentado.

Por otra parte cabe recordar que para que exista cesión de derechos hereditarios el heredero debe transferir a un coheredero o a un tercero, el todo o parte de su cuota parte hereditaria, sin consideración al contenido particular de los bienes que la integran (arts. 2302, 2303, 2304 del Cód. Civ. y Comercial) y la cesión de derechos sobre bienes determinados será considerada una cesión-venta o una cesión-donación, según haya habido o no contraprestación y no una cesión de derechos hereditarios propiamente dicha (art. 2309 Cód. Civ. y Comercial), tal es la postura que adopta el Cód. Civ. y Comercial (conf. Griffa, María Florencia, en "Improcedente asimilación de la partición a la cesión de derechos hereditarios - Anotaciones sobre una reciente sentencia", Cita: RC D 306/2015). En el caso no surge que la viuda haya vendido o donado la nuda propiedad a sus hijos, sino que su derecho ha sido compensado con la titularidad del usufructo vitalicio en el marco del acto particionario.

En cuanto a la habilidad del acto particionario instrumentado a través del acto privado presentado ante el juez del sucesorio, cabe señalar que si bien, la regla en el derecho sucesorio en lo atinente a la aplicación de la ley en el tiempo, es que la sucesión intestada se rige por la ley vigente al momento de la muerte del causante.[...], las normas de naturaleza procesal —como las relativas a la forma de la partición mencionadas en el código de fondo— son aplicables a los

procedimientos en trámite, siempre que esta aplicación no implique afectar situaciones ya agotadas (cfr. Kemelmajer de Carlucci, Aída, “La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes”, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2015, p. 166).

Así, dentro de este tipo de normas (de naturaleza procesal) se encuentra precisamente la contenida en el art. 2.369 del Cód. Civ. y Comercial, que legisla acerca del modo en que puede hacerse la partición. Y si bien la nueva ley no contiene una norma similar a la del art. 1184, inc. 2) del Cód. Civil —que admitía la partición mixta (acuerdo privado presentado al juez del sucesorio)—, lo cierto es que reconocida doctrina —que compartimos— sostiene que aun hoy cuando la partición recaiga sobre un bien inmueble es admisible hacerla por instrumento privado presentándolo luego al juez del sucesorio por cuanto si el negocio no tiene una forma determinada (art. 1015 Cód. Civ. y Comercial) nada impide que formalizada la partición en instrumento privado como se dijo, se obtenga la legalidad y autenticidad por medio de su presentación en el proceso respectivo, siendo el título inscribible el instrumento público judicial que en consecuencia se expida (art. 289 Cód. Civ. y Comercial y 3 inc. a) de la ley 17.801). Es que si a esa solución se arribó existiendo una norma legal exclusiva en el Cód. Civil previo a la reforma de la ley 17.711, no se advierte por qué la conclusión habría de ser diferente cuando el nuevo ordenamiento ha considerado todas las particiones como “no formales”, ello al margen de que así lo habilitan los códigos procesales locales (art. 2, inc. c, ley 17.801) (conf. Guardiola, Juan José, “Partición: la modalidad mixta”, XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, La Plata, 28 a 30 de septiembre de 2017, Comisión 9, “Sucesiones”).

No empece a ello la desmembración y adjudicación del usufructo del bien en cabeza de la viuda (hijuela

de la cónyuge superviviente), en tanto ello se origina en el convenio de partes (por analogía art. 440 del Cód. Civ. y Comercial).

Por todo ello, habiendo unanimidad entre los beneficiarios, asiste razón a los recurrentes en cuanto a que no hay motivo que impida homologar —y ordenar la inscripción respectiva— lo acordado respecto a la adjudicación de los bienes indicados —partición—, todo ello previa verificación de los recaudos pertinentes, (art. 3462 Cod. Civ., arts. 2369, 2374 y cc del Cód. Civ. y Com. de la Nación, 761 y 765 del Cód. Proc. Civ. y Comercial y 18 C.N). En consecuencia debe modificarse lo decidido disponiéndose que en la instancia de origen se homologue y ordene la inscripción del acuerdo particionario presentado 26-02-21 previa verificación de los recaudos exigidos por el art. 765 del Cód. Proc. Civ. y Comercial (conf. causas SI-30382-2012 RSI 42/12, A-5271/7, RSI 107/12 y 40945-2019 RSI 6/21 de esta Sala III arts. 3.462 del Cód. Civil (y su similar, art. 2369 del Cód. Civ. y Comercial) y 761 del Cód. Proc. Civ. y Comercial), lo que así se decide.

El presente es suscripto en forma telemática (art. 1 Res. 386/2020, art. 1 ap. B 1.1 Res. 10/2020 SPL, art. 7 Res. 14/2020 SPL, art. 2 Res. 18/2020 SPL, art. 1 Res. 21/2020 SPL, Res. 25/2020, Res. 535/2020 SPL, Res. 30/2020, Res. 31/2020 SPL, Res. 33/2020 SPL, Res. 36/2020 SPL, Res. 40/2020 SPL, Res. 45/2020 SPL, Res. 52/2020, Res. 58/2020 SPL, Res. 60/2020 SPL, Res. 64/2020 SPL, Res. 1250/2020 SPL, Res. 7/2021, Res. 9/2021, Res. 480/2020, todas ellas de la SCBA). Regístrese y devuélvase al Juzgado de origen de manera electrónica atento lo dispuesto por las Res. 386/2, 480/2020, 25/2020, 30/2020 SPL y 31/20 SPL, 33/20 SPL y 36/20 SPL y conc. y art. 11 Ac. 3975/2020 de la SCBA. — Ana M. Breuer. — María I. Solans. — Silvina A. Mauri.

Inclusión de bienes gananciales del cónyuge superviviente en la partición privada del proceso sucesorio del causante

Diversidad de criterios jurisprudenciales

Adriana del Carmen Guglielmino

Sumario: I. Introducción.— II. Antecedentes del caso.— III. La partición.— IV. Análisis de la resolución.— V. Diversidad de criterios jurisprudenciales.— VI. Conclusiones.

I. Introducción

El comentario de esta resolución de Cámara apunta a establecer cuál es la forma de respaldar eficazmente, un acto de partición privada donde se incluyen los bienes gananciales del cónyuge superviviente, a la luz de la diversidad de resoluciones contradictorias que se advierten.

La resolución en comentario es sin duda un acierto que debe ponderarse, por lo que serán aportes a nuestra búsqueda, las normas aplicadas por los magistrados actuantes.

La muerte genera múltiples efectos jurídicos con respecto al patrimonio del causante y si este tenía más de un heredero se produce una comunidad hereditaria que perdura hasta el acto de partición. Hasta que ello suceda ningún heredero tendrá derechos sobre bienes en particular.

La situación que está provocando disparidad de fallos judiciales —y con ello, la incerteza en abogados y patrocinados—, es aquella en la cual concurren cónyuge superviviente y herederos del causante, y con ello, dos masas de bienes indivisas:

a) La masa que está compuesta por la universalidad de los bienes que forman parte del acervo sucesorio del causante.

b) La masa poscomunitaria que está compuesta por la universalidad de los bienes gananciales de la sociedad conyugal disuelta por causa de muerte.

Es aquí donde nos encontramos con respuestas diversas a situaciones idénticas, por un lado, fallos donde se ha logrado tomar del entramado normativo, aquellas normas que han puesto luz a esta situación y otros que, coincidiendo con una parte de la doctrina de diverso parecer, provocan un retroceso en los pasos del proceso sucesorio e inseguridad en los justiciables. Analizaremos los argumentos a fin de establecer la forma más adecuada de peticionar para obtener un resultado óptimo.

II. Antecedentes del caso

II.1. Primera instancia

En la sucesión intestada de don Ricardo Armando Claramonte, se dicta declaratoria de herederos en los siguientes términos: “se declara en cuanto hubiere lugar por derecho y sin perjuicio de terceros que por fallecimiento de Ricardo Armando Claramonte, le suceden en carácter de universales herederos sus hijos Elizabeth Élida y Gastón Ezequiel Claramonte y Pan y su cónyuge Rosa Adelaida Pan, a quien también se la declara heredera en cuanto a los

bienes propios, si los hubiere, sin perjuicio de los derechos que la ley le acuerda con respecto a los gananciales, únicas personas presentadas en autos invocando derechos y habiendo acreditado vínculo en esta sucesión”.

En la presentación titulada como *Partición*, la totalidad de los herederos, todos capaces y de común acuerdo, resuelven hacer cesar la indivisión estableciendo adjudicar el 50% de la nuda propiedad del inmueble a Elizabeth Claramonte, el restante 50% también de la nuda propiedad a Gastón Claramonte y el usufructo del bien a la cónyuge supérstite del *de cujus*, Rosa Adelaida Pan y solicitan homologación.

II.2. Resolución de primera instancia

La sentencia interlocutoria dictada del 26/02/2021 rechazó la homologación del acuerdo presentado por el cónyuge y los hijos del causante.

En breve resolución *el a quo* dispone: “San Isidro, de febrero de 2021. Teniendo en cuenta que lo expuesto no es una partición de bienes en los términos de lo normado por el art. 2369 del Cód. Civ. y Com. de la Nación; sino una constitución del derecho de usufructo en favor de la cónyuge supérstite y una cesión de los derechos de aquella a favor de sus hijos, actos cuya constitución debe efectuarse por escritura pública, conforme lo disponen los art. 1017 inc. a), 1233 y 1618 del Cód. Civ. y Com. de la Nación; corresponde no hacer lugar a lo solicitado. Estela Robles, juez”.

Los herederos interponen revocatoria y apelación en subsidio. Sostienen su recurso invocando el art. 2369 del Cód. Civ. y Com. que establece que si todos los herederos están presentes y son capaces pueden realizar la partición en la forma y por el acto que por unanimidad consideran conveniente, en concordancia con el art. 761 del Cód. Proc. Civ. y Com. PB que ordena: “... Una vez aprobadas las operaciones de inventario y avalúo, si todos los herederos están presentes y son capaces, podrán convenir la partición en la forma y por el acto que, por unanimidad, juzguen conveniente”.

La doctrina jurisprudencial aportada por la agravada se delimita a la posibilidad de inclusión de los gananciales del supérstite en el

acuerdo de partición y acerca fallos anteriores y posteriores a la vigencia del Cód. Civ. y Com., pero todos en idéntico sentido.

II.3. Segunda instancia: el fallo

La resolución de la sala 3 de la Cámara de apelaciones de San Isidro, revoca la resolución atacada y resuelve que “habiendo unanimidad entre los beneficiarios, asiste razón a los recurrentes en cuanto a que no hay motivo que impida homologar —y ordenar la inscripción respectiva— lo acordado respecto a la adjudicación de los bienes indicados —partición—, todo ello previa verificación de los recaudos pertinentes (art. 3462 Cód. Civ., arts. 2369, 2374 y ccds. del Cód. Civ. y Com., 761 y 765 del Cód. Proc. Civ. y Com. y 18 CN). En consecuencia, debe modificarse lo decidido disponiéndose que en la instancia de origen se homologue y ordene la inscripción del acuerdo particionario presentado 26/02/2021 previa verificación de los recaudos exigidos por el art. 765 del Cód. Proc. Civ. y Com. (conf. causas SI-30382-2012 RSI 42/12, A-5271/7, RSI 107/12 y 40945-2019 RSI 6/21 de esta sala III arts. 3462 del Cód. Civil (y su similar, art. 2369 del Cód. Civ. y Com.) y 761 del Cód. Proc. Civ. y Com.), lo que así se decide”.

Sostiene su decisión la sala, examinando las diversas cuestiones planteadas en forma autónoma. Así se analiza:

II.3.a. La calificación dispuesta en la resolución agredida, respecto del acto celebrado por los herederos y presentado como partición

El *a quo* sostiene que la presentación acerca por el cónyuge e hijos del causante, que titulan como “partición”, es una cesión de derechos y constitución de usufructo y que por ello debe ser instrumentada por escritura pública.

En desacuerdo con tal decisión, sostiene el magistrado preopinante que “...cabe recordar que para que exista cesión de derechos hereditarios el heredero debe transferir a un coheredero o a un tercero, el todo o parte de su cuota parte hereditaria, sin consideración al contenido particular de los bienes que la integran (arts. 2302, 2303, 2304 del Cód. Civ. y Com.) y la cesión de derechos sobre bienes determinados será considerada una cesión-venta o una cesión-do-

nación, según haya habido o no contraprestación y no una cesión de derechos hereditarios propiamente dicha (art. 2309 Cód. Civ. y Com.), tal es la postura que adopta el Cód. Civ. y Com.”

II.3.b. Aplicación de la norma en el tiempo

En razón de haber fallecido el causante durante la vigencia del Cód. Civil la sala analiza la ley aplicable a la partición solicitada y resuelve que “en cuanto a la habilidad del acto particionario instrumentado a través del acto privado presentado ante el juez del sucesorio, cabe señalar que si bien, la regla en el derecho sucesorio en lo atinente a la aplicación de la ley en el tiempo, es que la sucesión intestada se rige por la ley vigente al momento de la muerte del causante. [...], las normas de naturaleza procesal —como las relativas a la forma de la partición mencionadas en el código de fondo— son aplicables a los procedimientos en trámite, siempre que esta aplicación no implique afectar situaciones ya agotadas (cfr. Kemelmajer de Carlucci, Aída, ‘La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes’, Rubinzal-Culzoni, 2015, p. 166)”

II.3.c. Habilidad de los herederos para efectuar un acuerdo de partición con plena libertad y amplitud

Respecto a ello, ha sostenido el magistrado preopinante que la partición “...tiene por fin inmediato extinguir la indivisión hereditaria —y eventualmente otras indivisiones de bienes (indivisión poscomunitaria) o comunidades de cosas (condominio con herederos o cónyuge) directamente relacionadas a ella—, en forma total o parcial”.

Y establece su posición respecto a la libertad de los presentados para establecer acuerdos en la partición de la herencia. Así se resuelve: “...De manera que los herederos tienen la más absoluta libertad para contratar/partir la herencia”. Y citando la más prestigiosa doctrina agrega: “De ahí que se haya resuelto que, habiendo conformidad entre los herederos, todo es admitido, incluso la adjudicación de lotes desiguales sin compensación, porque el fin del acto es hacer a cada uno dueño exclusivo de lo que se le adjudica (conf. Fornieles, Salvador, ‘Tratado de

las Sucesiones’, 4ª ed., ps. 331-333, 261, 262 y sus citas)”.

“Esta es la posición que ha receptado también el Cód. Civ. y Com. al otorgar plena libertad a los copartícipes en lo que hace al contenido del acto particionario, en tanto recepta la regla de la flexibilidad y la amplitud para decidir en la materia (conf. art. 2369 y ss. Cód. Civ. y Com.; *idem*, Calvo Costa, C., ‘Cód. Civil y Comercial de la Nación, comentado y concordado’, t. III, p. 615)...”

“...Es decir que se tiene en autos, que todos los copartícipes, capaces y mayores de edad, han puesto fin a la indivisión poscomunitaria desmembrando los derechos comprendidos en la propiedad del bien, a fin de adjudicarse distintas parcelas con valor económico (50% de la nuda propiedad a favor de cada hijo, y usufructo a favor de la cónyuge superviviente)”.

II.3.d. Posibilidad de efectuar un acuerdo de partición con inclusión de gananciales del cónyuge superviviente

Y si bien para ello se ha considerado el 100% de los derechos sobre el inmueble, lo cierto es que ello es posible en tanto no existe impedimento alguno para que a través de este acto —dentro del juicio sucesorio— la cónyuge y los hijos herederos del *de cujus* resuelvan la adjudicación de la parte de los bienes correspondiente al superviviente en función de la sociedad conyugal disuelta por muerte del causante, conforme al derecho que le cabe a cada heredero declarado en el marco de la transmisión por muerte objeto del proceso (conf. causas 53.720 del 30/04/1990 y 67.700 r.i. 828/95 y 93.522 r.i. 521/03; causa 105638, 05/2008 de sala II). Y cita doctrina indicando: “...es que la posibilidad de integrar la masa de bienes con aquellos adquiridos durante la vigencia de la sociedad conyugal que por fallecimiento se liquida, puede viabilizarse a través de la partición que concluya entre los herederos un negocio mixto, por el cual se atribuyan derechos o bienes entre coherederos que exceden, estrictamente, del acto de asignación que aquella importa, tratándose en rigor de una unidad negocial derivada de una relación de comunidad hereditaria preexistente, por lo que no son separables ambos aspectos del negocio mixto contenido en la partición (conf. Zannoni, ‘Derecho de las sucesiones’, t. 1,

ps. 670/671; causas 93.522 r.i. 521/2003; 96.178 r.i. 428/04; causa 105638, 05/2008 sala II, causa nro. SI-30382-2011, RSI 42 del 1/03/ 2012; causa nro. SI-12144-2013, r.i.86 del 25/03/2014 de esta sala III)...”

“..En el caso no surge que la viuda haya vendido o donado la nuda propiedad a sus hijos, sino que su derecho ha sido compensado con la titularidad del usufructo vitalicio en el marco del acto particionario...”

II.3.e. El instrumento privado como medio idóneo para hacer la partición de bienes inmuebles

“Así, dentro de este tipo de normas (de naturaleza procesal) se encuentra precisamente la contenida en el art. 2369 del Cód. Civ. y Com., que legisla acerca del modo en que puede hacerse la partición. Y si bien la nueva ley no contiene una norma similar a la del art. 1184, inc. 2º) del Cód. Civil —que admitía la partición mixta (acuerdo privado presentado al juez del sucesorio)—, lo cierto es que reconocida doctrina —que compartimos— sostiene que aun hoy cuando la partición recaiga sobre un bien inmueble es admisible hacerla por instrumento privado presentándolo luego al juez del sucesorio por cuanto si el negocio no tiene una forma determinada (art. 1015 Cód. Civ. y Com.) nada impide que formalizada la partición en instrumento privado como se dijo, se obtenga la legalidad y autenticidad por medio de su presentación en el proceso respectivo, siendo el título inscribible el instrumento público judicial que en consecuencia se expida [arts. 289 Cód. Civ. y Com. y 3º, inc. a), de la ley 17.801]. Es que si a esa solución se arribó existiendo una norma legal exclusiva en el Cód. Civil previo a la reforma de la ley 17.711, no se advierte por qué la conclusión habría de ser diferente cuando el nuevo ordenamiento ha considerado todas las particiones como ‘no formales’, ello al margen de que así lo habilitan los códigos procesales locales [art. 2º, inc. c), ley 17.801] (conf. Guardiola, Juan José, ‘Partición: la modalidad mixta’, XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, La Plata, 28 a 30 de septiembre de 2017, Comisión 9, ‘Sucesiones’).

“No empee a ello la desmembración y adjudicación del usufructo del bien en cabeza de la viuda (hijuela de la cónyuge supérstite), en tanto ello se origina en el convenio de partes (por analogía art. 440 del Cód. Civ. y Com.)...”

Debemos poner de manifiesto que magistrados con otra orientación doctrinaria han declarado que la transmisión de la propiedad de la porción ganancial de la esposa deberá efectuarse de conformidad con las formalidades que la ley prescribe para los inmuebles, quedando excluida su inclusión en el acuerdo particionario. Expte. 87733/2014, CNCiv., sala H, de fecha 11/07/2018, voto en disidencia.

III. La partición

Previo a ello recorreremos brevemente los puntos sustanciales del acto de partición para adentrarnos luego en el específico análisis del tema que nos ocupa.

III.1. Concepto

La trascendencia de la partición hereditaria radica en que es su aprobación pone fin a la comunidad hereditaria que “nace en el momento mismo de la muerte del causante, siempre y cuando haya más de un heredero...” (1).

Puede definirse como “...el acto por el cual el partidor o los herederos proceden a repartir los bienes que componen la herencia, conforme al derecho de cada cual, disolviendo a partir de su aprobación e inscripción la comunidad hereditaria mantenida desde el momento de la apertura de la sucesión” (2).

La prolongación de esta situación de comunidad resultaba inconveniente por su naturaleza accidental y pasajera, en efecto se declaraba: “En las sociedades la ley juzga que los socios se han dado recíprocamente el poder de administrar los intereses sociales; más esto no puede aplicarse a los comuneros porque la comunión

(1) CÓRDOBA, Marcos, “Sucesiones”, Rubinzal-Culzoni, Eudeba, CABA, 2016, p. 225.

(2) GOYENA COPELLO, “Curso de procedimiento sucesorio”, La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2019, 11ª ed. actualizada y ampliada, p. 237.

en las cosas es una situación accidental y pasajera que la ley en manera alguna fomenta..." (3).

"...[L]a transmisión a favor de dos o más sucesores universales, y creado en consecuencia el estado de indivisión, establece entre los herederos una situación que nuestro derecho no concibe como perdurable y que está destinada, pues, a cesar..." "El acto llamado a ponerle término y a determinar los bienes sobre los cuales cada uno de los sucesores tendrá derechos exclusivos, recibe el nombre de *partición*" (4).

"La partición es de carácter forzoso... Reconocida la calidad hereditaria en el actor y en el demandado, se trata de una consecuencia necesaria que no puede ser evitada..." (5).

"La partición es el medio que la ley concede a cada uno de los coherederos para salir del estado de indivisión, es decir, para transformar su parte abstracta en ideal, en una parte concreta, determinada materialmente" (6).

La doctrina actual ha definido a la partición como "...un conjunto complejo de actos jurídicos encaminados a poner fin al estado e indivisión, mediante la liquidación y distribución entre los copartícipes del caudal proindiviso en partes o en lotes que, en principio guarden proporción con los derechos cuotativos de cada uno de ellos" (7).

III.2. *Modos de realizarla*

La partición puede ser:

(3) VÉLEZ SANSFIELD, Dalmacio, "Comentario al art. 3451", con referencia a Demolombe y Troplong.

(4) RÉBORA, Juan Carlos, "Derecho de las sucesiones", La Facultad, Buenos Aires, 1932, t. I, p. 370.

(5) LAFAILLE, Héctor, "Curso de sucesiones", dictado en la facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Compilado por Arguello y Frutos, Biblioteca Jurídica Argentina, 1932.

(6) PRAYONES, Eduardo, "Derecho de sucesiones", tomado de las lecciones dadas en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires en el curso de 1915. Compiladas por Américo Caccini, Librería Jurídica Valeiro Abeledo, Buenos Aires, 1949, p. 272.

(7) MEDINA, Graciela - ROLLERI, Gabriel, "Derecho de las sucesiones", AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2017, 1ª ed., p. 399.

a) Partición total o parcial.

Si bien en principio, deberían dividirse la totalidad de los bienes hereditarios, puede ocurrir que existan bienes que por algún motivo no sean susceptibles de partición actual. La partición es total cuando comprende la totalidad de los bienes, susceptibles de ser partidos, que componen el haber hereditario y parcial cuando algún bien quede excluido por voluntad de los interesados o porque material o jurídicamente no es posible partirlos en ese momento (8).

b) Partición definitiva y partición provisional.

La partición definitiva es aquella que atribuye la propiedad exclusiva de los bienes a los herederos que resulten ser sus adjudicatarios.

Por el contrario, la partición provisional es la que atribuye solo el uso y goce de los bienes, manteniendo la propiedad en estado de indivisión.

El art. 2370 del Cód. Civ. y Com. admite la partición provisional... La partición provisional podrá ser realizada cuando los coherederos han pactado la indivisión forzosa de la herencia por un plazo de hasta diez años, tal como lo permite el art. 2331 del Cód. Civ. y Com. También puede haber un uso y goce de los bienes hereditarios decidido por el juez, a falta de acuerdo entre los coherederos, según lo permite el art. 2328 del Cód. Civ. y Com. (9).

c) Partición privada.

Este modo de partición ya era contemplado en el código derogado y la doctrina previamente a la vigencia del Cód. Civ. y Com. lo explicaba detalladamente.

El Maestro Rébora enseñaba: "Partición privada. Formas. Si todos los sucesores universales están presentes, y si siendo, además, capaces, se encuentran de acuerdo en efectuar la partición privadamente, esta puede hacerse en la forma y por el acto que los interesados o la mayoría

(8) MEDINA, Graciela - ROLLERI, Gabriel, "Derecho de las sucesiones", ob. cit., p. 407.

(9) AZPIRI, Jorge, "Juicio sucesorio", Hammurabi, Buenos Aires, 2019, 2ª ed., p. 464.

de ellos, contados por personas juzguen conveniente". Pero el arbitrio de los interesados está sometido, en cuanto a la forma, a una limitación que se debe hacer sentir en la generalidad de los casos que por el volumen o la naturaleza de los bienes reclaman los cuidados de una partición escrita, y en efecto, "deben ser hechas en escritura pública, bajo pena de nulidad, las particiones extrajudiciales de herencia, cuyo importe llegue a mil pesos, o en las que haya bienes inmuebles, aunque su valor sea inferior a esa cantidad" (10).

"Dos son las formas legales de partir la comunidad hereditaria: 1º La privada; y 2º La judicial. Admitida es la primera cuando por ser mayores de edad y plenamente capaces todos los herederos y estar, además, presentes, la decidiesen de común acuerdo, por simple mayoría de ellos contados por personas, en la forma que juzguen conveniente..." (11).

En el Cód. Civ. y Com. es el art. 2369 el que determina los requisitos para realizar una partición privada en la sucesión: "Si todos los copartícipes están presentes y son plenamente capaces, la partición puede hacerse en la forma y por el acto que por unanimidad juzguen convenientes. La partición puede ser total o parcial".

Es posible que se preste conformidad con la realización del acto más que la presencia en el lugar de celebración del acto por lo podrá hacerlo a través de un representante.

"Nada obsta a que la partición sea efectuada por mandato y hasta puede darse el caso de posterior ratificación de lo actuado por otros herederos. Obrando estos como gestores, teniendo la misma efecto retroactivo" (12).

"El contenido de ese acuerdo es libremente convenido por los herederos y por ese motivo puede dejarse de lado el principio de la división en especie (art. 2374, Cód. Civ. y Com.). También puede resultar que las hijuelas no corres-

pondan exactamente con la porción ideal de cada heredero; pero en este caso tampoco hay inconveniente en que así lo convengan. Solo será impugnabile la partición privada por las reglas generales de los actos jurídicos; es decir, porque ha mediado un vicio del consentimiento, lesión o fraude" (13).

d) Partición judicial.

El art. 2371 del Cód. Civ. y Com. señala los casos en los que la partición debe hacerse judicialmente. Por no ser materia de análisis nos limitaremos a mencionar los casos en los que procede:

La partición debe ser judicial:

a) Si hay copartícipes incapaces, con capacidad restringida o ausentes. En este caso deberán contar con la intervención de sus representantes legales o apoyos designados.

b) Si terceros, fundándose en un interés legítimo, se oponen a que la partición se haga privadamente. Tal el acreedor personal del heredero que entienda que será perjudicado si a su deudor le asignan menos bienes que los que corresponden a su porción hereditaria.

c) Si los copartícipes son plenamente capaces y no acuerdan hacerla partición privada. La voluntad de los comuneros resulta prioritaria y debe ser unánime.

Básicamente, en caso de existir herederos incapaces, con capacidad restringida o ausentes, oposición de terceros con interés legítimo, o simplemente desacuerdo entre los herederos, la partición deberá ser judicial conforme lo establecido en el art. 2371 del Cód. Civ. y Com., lo que redundará en el nombramiento de un partidor judicial según lo que determina el art. 2373 del Cód. Civ. y Com. a los efectos de formar las hijuelas para cada comunero y resolver su adjudicación.

III.3. La licitación

El Cód. Civil previó en el art. 3476 el caso de que un heredero ofreciera por un bien de su

(10) RÉBORA, Juan Carlos, "Derecho de las sucesiones", ob. cit., p. 378.

(11) DE GASPERI, Luis, "Derecho hereditario", Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1953, p. 222.

(12) CÓRDOBA, Marcos, "Sucesiones", ob. cit., p. 232.

(13) AZPIRI, Jorge, "Juicio sucesorio", ob. cit., p. 465.

preferencia un valor mayor que la tasación para que le adjudique.

La ley 17.711 derogó dicha norma porque se entendió que no se resguardaba la igualdad requerida entre los coherederos en el momento de la partición y que beneficiaría a los que tuvieran una situación económica más acomodada ya que podrían quedarse con los bienes que fueran más rentables.

El art. 2372 del Cód. Civ. y Com. la ha regulado de la siguiente manera: “Cualquiera de los copartícipes puede pedir la licitación de alguno de los bienes de la herencia para que se le adjudique dentro de su hijuela por un valor superior al del avalúo, si los demás copartícipes no superan su oferta.

“Efectuada la licitación entre los herederos, el bien licitado debe ser imputado a la hijuela del adquirente, por el valor obtenido en la licitación, quedando de ese modo modificado el avalúo de ese bien.

“La oferta puede hacerse por dos o más copartícipes, caso en el cual el bien se adjudica en copropiedad a los licitantes, y se imputa proporcionalmente en la hijuela de cada uno de ellos.

“No puede pedirse la licitación después de pasados treinta días de la aprobación de la tasación”.

III.4. La vigente y no regulada partición mixta

No podemos dejar de lado la partición mixta en razón de ser el modo instrumentado por los comuneros en el caso en estudio y reconocido y habilitado por la resolución en comentario. Recordemos que al respecto se decidió: “Así, dentro de este tipo de normas (de naturaleza procesal) se encuentra precisamente la contenida en el art. 2369 del Cód. Civ. y Com., que legisla acerca del modo en que puede hacerse la partición. Y si bien la nueva ley no contiene una norma similar a la del art. 1184, inc. 2º) del Cód. Civil —que admitía la partición mixta (acuerdo privado presentado al juez del sucesorio)—, lo cierto es que reconocida doctrina —que compartimos— sostiene que aun hoy cuando la partición recaiga sobre un bien inmueble es admisible hacerla por instrumento privado

presentándolo luego al juez del sucesorio por cuanto si el negocio no tiene una forma determinada (art. 1015 Cód. Civ. y Com.) nada impide que formalizada la partición en instrumento privado como se dijo, se obtenga la legalidad y autenticidad por medio de su presentación en el proceso respectivo, siendo el título inscribible el instrumento público judicial que en consecuencia se expida [art. 289, Cód. Civ. y Com. y 3º, inc. a), de la ley 17.801]. Es que si a esa solución se arribó existiendo una norma legal exclusiva en el Cód. Civil previo a la reforma de la ley 17.711, no se advierte por qué la conclusión habría de ser diferente cuando el nuevo ordenamiento ha considerado todas las particiones como ‘no formales’, ello al margen de que así lo habilitan los códigos procesales locales [art. 2º, inc. c), ley 17.801] (conf. Guardiola, Juan José, ‘Partición: la modalidad mixta’, XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, La Plata, 28 a 30 de septiembre de 2017, Comisión 9, ‘Sucesiones’).”

En efecto, los arts. 3462 y 1184, inc. 2º del Cód. Civil regulaban este tipo de partición. Especialmente el art. 1184 en su segundo inciso, admitía que la partición de herencia se documentara en acuerdo por instrumento privado presentado al Juez del juicio sucesorio. La comunión del 1184 inc. 2º y el 726 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, provocan el surgimiento de la denominada “partición mixta”. “La partición mixta es una forma de partición privada” (14). También se la ha considerado una partición simplificada regulada en los códigos procesales.

El Código Civil y Comercial de la Nación, omitió reproducir la opción que preveía el derogado art. 1184, inc. 2º del Cód. Civil, ya que reguló únicamente que la partición puede ser privada en los arts. 2369 o judicial 2371 del Cód. Civ. y Com.

No haber mantenido normas similares a la 3462 y 1184, ha provocado disímiles interpretaciones en la doctrina.

Algunos juristas niegan la existencia la denominada “partición mixta”, y entienden que solo se puede realizar una partición privada, y, si el

(14) MEDINA, Graciela - ROLLERI, Gabriel, “Derecho de las sucesiones”, ob. cit., p. 411.

acervo contiene inmuebles debe realizarse por escritura pública, o bien una partición judicial.

“...[E]n el nuevo Código no existe partición mixta, que era la que se hacía extrajudicialmente, pero sometiéndola a la aprobación judicial. La partición mixta se basaba en el viejo art. 1184 inc. 2º, y el art. 1017 del Código unificado omite este supuesto” (15).

“En cuanto a la forma de instrumentar la partición privada, el art. 2369 del Cód. Civ. y Com. parece restarle importancia porque remite a lo que los herederos por unanimidad juzguen conveniente. Sin embargo, cuando en la partición privada se encuentren involucrados bienes inmuebles se exige la escritura pública, conforme resulta del art. 1017, inc. a) del Cód. Civ. y Com. que determina esa instrumentación para los actos que tienen por objeto la adquisición, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles. Respecto de los bienes registrables, la partición privada deberá instrumentarse de tal manera que permita su inscripción a nombre de los herederos adjudicatarios” (16).

Esta solución provoca la imposición de acciones que redundan en dispendio de la actividad de auxiliares, judiciales y justiciables, además de gastos extraordinarios para los comuneros.

Otros autores sostienen que la partición mixta sigue estando plenamente vigente, “...entendemos que la ausencia de las normas específicas que preveía el derogado Código Civil, no impide la aplicación de esta forma particional” (17).

“En la actualidad a la única que se califica de tal es cuando los herederos se ponen de acuerdo para llevar a cabo la partición en forma privada, pero la presentan ante el juez del sucesorio para que el mismo la homologue y ordene su inscripción... No está prevista en norma alguna en el Cód. Civ. y Com... pero surge del juego recípro-

(15) PÉREZ LASALA, José, “Tratado de sucesiones (Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994)”, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2014.

(16) AZPIRI, Jorge, “Juicio sucesorio”, ob. cit., p. 466.

(17) MEDINA, Graciela - ROLLERI, Gabriel, “Derecho de las sucesiones”, ob. cit., p. 411.

co de la facultad genérica que les concede a los herederos el art. 2369 para hacerla en forma privada y la judicial que establece el art. 2371”.

La simbiosis de ambos permite asegurar la autenticidad y seguridad de lo acordado y al mismo tiempo obtener la orden judicial siempre necesaria para los inmuebles y demás bienes registrables.

Así lo prevé en forma limitada, en cuanto a su nombre el Cód. Procesal, en su art. 726 y donde bajo el título de “Partición privada”, enuncia en su párr. 1º: “Una vez aprobadas las operaciones de inventario y avalúo, si todos los herederos capaces estuviesen de acuerdo, podrán formular la partición y presentarla al juez para su aprobación” (18).

Coincido con esta solución doctrinaria. Si todos los herederos y el cónyuge superviviente son capaces, tienen habilidad para firmar un acuerdo y si hay unanimidad en la elección del tipo de acto de partición en instrumento privado, este resulta eficaz para determinar la distribución del acervo. Si este instrumento privado es presentado para obtener su aprobación u homologación judicial ante el juez de la sucesión se cumplen los recaudos de control exigidos y se obtendrá la orden de inscripción respecto de los bienes inmuebles y muebles registrables.

En la realidad los magistrados tienen facultades para observar y controlar el contenido dicho acuerdo, es decir que la autonomía de la voluntad de las partes tiene limitaciones, siendo objeto de revisión por el órgano jurisdiccional.

IV. Análisis de la resolución

De la pluralidad de cuestiones de interés que contiene la resolución en análisis y que ya hemos detallado, tomaremos la que resulta más relevante para establecer nuestro objetivo de establecer cuál es la forma de respaldar eficazmente, un acto de partición privada donde se incluyen los bienes gananciales del cónyuge superviviente, a la luz de la diversidad de resoluciones contradictorias que se advierten.

(18) GOYENA COPELLO, “Curso de procedimiento sucesorio”, ob. cit., p. 241.

Así nos detendremos a analizar el respaldo normativo que habilite a incluir los bienes gananciales del cónyuge superviviente como parte del acuerdo de partición y la viabilidad de hacerlo en particiones mixtas pese a su falta de regulación.

IV.1. Dos masas que concurren

Trabajaremos sobre el caso que da origen a la resolución atacada, una sucesión en la que concurre el cónyuge superviviente de un matrimonio sometido a un régimen patrimonial de comunidad, y descendientes del causante, existiendo esos bienes gananciales en el acervo hereditario. El cónyuge en este caso no es heredero del causante en razón de la naturaleza de los bienes.

Como adelantáramos, la muerte de una persona de estado civil casada y con hijos, produce la concurrencia de dos masas de bienes indivisas:

1) La masa hereditaria que está compuesta por la universalidad de los bienes que forman parte del acervo sucesorio del causante; y

2) La masa de la indivisión poscomunitaria que está compuesta por la universalidad de los bienes gananciales de la sociedad conyugal disuelta por causa de muerte arts. 475, inc. a), 481 y 498 del Cód. Civ. y Com.

Del análisis de la normativa vigente encontramos que según lo establecido por los arts. 2363, 481 y 498 del Cód. Civ. y Com., ambas masas conforman una universalidad jurídica indivisible de bienes que solo se extinguen con la partición.

Recordemos que tanto la masa de indivisión poscomunitaria como la hereditaria existen “cuando dos o más personas tienen derechos en común sobre un bien o un conjunto de bienes sin que exista división material de sus partes. Son indivisiones el condominio, la copropiedad sobre bienes que no son cosas, la indivisión hereditaria y la indivisión post comunitaria” (19).

Refiriéndose a la disolución del régimen de comunidad de ganancias se ha expresado que

(19) BELLUSCIO, Augusto C., “Manual de Derecho de Familia”, Depalma, Buenos Aires, 1987, 5ª ed., t. II, p. 145.

“si la extinción de la comunidad operaba por efecto de la muerte de uno de los cónyuges, ingresaban a la relación jurídica patrimonial los herederos del cónyuge premuerto alterándose las relaciones originarias de titularidad sobre los bienes de aquel (los que son transmitidos a sus herederos por sucesión universal), y con ello las normas aplicables, existiendo en este supuesto una verdadera indivisión poscomunitaria” (20).

El Código Civil y Comercial remite a las normas de indivisión hereditaria cuando la extinción opera por muerte de uno de los cónyuges que están ubicadas en el Libro Quinto, Transmisión de derechos por causa de muerte, Título VI, Estado de indivisión, arts. 2323 y ss.

Para el caso de disolución de la comunidad por muerte de uno de los cónyuges, la partición de la masa post comunitaria la debe realizar el cónyuge superviviente con los herederos del causante. Si son capaces se aplica cualquier acuerdo al que arriben por unanimidad. Y solo a falta de capacidad de alguna de las partes o ausencia de conformidad de todos los comuneros, el juez aplicará el criterio de división por partes iguales entre los hijos, distribuyendo la mitad de los gananciales correspondiente al cónyuge fallecido.

El art. 498 del Cód. Civ. y Com. establece el protagonismo de la autonomía de la voluntad que se plasma en toda la regulación del libro que integra.

“En este contexto, lo más importante de esta norma es la aclaración de que un acuerdo entre las partes acerca del modo de división de la masa común no debe respetar ningún criterio en particular. En otras palabras, que la obligación de partir por mitades es solo el régimen legal supletorio que rige para el supuesto de falta o nulidad de un acuerdo en materia de bienes. De este modo, si los cónyuges son capaces, pueden adjudicar los bienes con total libertad” (21).

Dicho esto, y en razón de la base normativa mencionada, es incontestable que el ámbito

(20) ZANNONI, “Derecho Civil. Derecho de Familia”, ob. cit., ps. 624-644.

(21) HERRERA, Marisa, “Comentario al art. 498”, en LORENZETTI, Mario (dir.), Código Civil y Comercial de la Nación comentado.

apropiado para realizar los actos que confluyen en la partición, tanto de los bienes que conforman el acervo sucesorio como los que conforman la sociedad conyugal disuelta, es el proceso sucesorio y que rige libertad para establecer acuerdos entre los comuneros.

La confusión de ambas masas existentes en una sucesión donde concurre el cónyuge y los herederos del causante —cualquiera sea su naturaleza—, es lo que los habilita a producir un acuerdo de partición válido. Esas masas se van a determinar en operaciones de liquidación y partición conjuntas conforme lo que establece el art. 481 del Cód. Civ. y Com. que indica lo imprescindible del trámite conjunto.

Así ha sostenido la doctrina que “...el negocio partitivo constituye una unidad transaccional que es la síntesis de la combinación de esas causas negociales en abstracto separables, que deriva por un lado, de una relación de comunidad hereditaria preexistente y por el otro, de la disolución de la sociedad conyugal y que provoca que el negocio atributivo que se combina con la partición sea referible a la indivisión poscomunitaria, en el sentido que proviene de una relación sucesoria única” (22).

Y en coincidencia con ese pensamiento se ha resuelto: “Teniendo en cuenta que los herederos— cesionarios son plenamente capaces, se pone fin por una partición que pueden realizar en la forma y por el acto que por unanimidad juzguen conveniente en orden a lo dispuesto en el art. 2369 del Cód. Civ. y Com. Esa misma norma es aplicable para hacer cesar el estado de indivisión poscomunitaria originada en la disolución de la comunidad de ganancias por muerte en virtud de la expresa remisión que efectúa el art. 500 de ese mismo cuerpo normativo” (23).

V. Diversidad de criterios jurisprudenciales

Debemos referir que parte de una destacada doctrina sostiene argumentos suficientes como

(22) ZANONNI, Eduardo, “Derecho de las sucesiones”, t. 1, ps. 686-687, punto 677.

(23) CNCiv., sala I, 11/07/2019, “G. E. M. s/ sucesión ab intestato”, cita: MJ-JU-M-120654-AR | MJJ120654 | MJJ120654.

para provocar sustento a sentencias de diversa opinión a la que propugnamos y eso provoca la diversidad de criterios jurisprudenciales que provocan incerteza en abogados y justiciables.

Esta fracción de la doctrina sostiene, que si se incluyen los bienes gananciales del supérstite en la partición que pone fin a la comunidad dentro del proceso sucesorio, importa una inadvertencia del contenido del art. 2433 del Cód. Civ. y Com., que establece que frente a la concurrencia de descendientes del causante y cónyuge cuando la naturaleza de los bienes es ganancial, el cónyuge supérstite nada hereda, sino que se limita a recibir su parte respecto del bien como socio de la comunidad disuelta.

Al respecto, entendemos que de ningún modo los bienes gananciales del supérstite aun incluyéndolos en la partición dentro del proceso sucesorio, pueden considerarse una porción de la herencia, sino aquello que efectivamente le correspondía por la disolución de la comunidad de bienes gananciales producida por la muerte del causante.

Sostienen que los bienes gananciales del cónyuge supérstite no resultan disponibles a los fines de lograr un acuerdo de partición de herencia en razón de ser ajeno al objeto del proceso sucesorio de conformidad a lo que establece el art. 2335 del Cód. Civ. y Com.

“...[L]os únicos bienes que pueden ser objeto de partición son los que se transmiten a los sucesores con el fallecimiento del *de cuius*, no puede incluirse en ella el 50% que como socio de la comunidad de bienes del matrimonio le corresponde al cónyuge del causante y que, por lo tanto, no integran el acervo hereditario” (24).

Esta posición es sostenida por magistrados que, en sentencias interlocutorias —tal, la que fue atacada en el caso en estudio—, deniegan la homologación de los acuerdos de partición que incluyen —en parte o en su totalidad— del 50% de los bienes gananciales del cónyuge supérstite, califican erróneamente los actos incluidos en las particiones presentadas, u ordenan a los representantes de dichos acuerdos a ocurrir por la vía

(24) MEDINA, Graciela, “Proceso sucesorio”, Rubinzal-Culzoni, 2017, 4ª ed. actualizada y ampliada, t. II, p. 193.

y forma que corresponda invocando el art. 1017, incs. a) y c) del Cód. Civ. y Com.

Sin embargo, resulta mayoritaria la doctrina que sostiene la interpretación propugnada. Así en autos “C., E. s/ sucesión *ab intestato*”, de fecha 07/04/2014, LL AR/JUR/11235/2014; “Boragina, Norberto Ricardo s/ sucesión *ab intestato*”, expte. 82.342/2018, de fecha 13/09/2019; “González Rescigno, Gilberto Ramón s/ sucesión *ab intestato*”, de fecha 11/07/2018; “Sagasti, Modesto s/ sucesión testamentaria”, expte. 54.139/1993, del 10/11/2015; “G. E. M. s/ sucesión *ab intestato*”, de fecha 11/07/2019, 90544/2018, “Fernández, Efraín Osvaldo s/ sucesión *ab intestato*”, de fecha 28/11/2019; se ha tratado hábilmente el tema en análisis.

VI. Conclusiones

1) El comentario de esta resolución de Cámara apuntó a establecer cuál es la forma de respaldar eficazmente, un acto de partición privada donde se incluyen los bienes gananciales del cónyuge superviviente, a la luz de la diversidad de resoluciones contradictorias que se advierten.

La resolución en comentario es sin duda un acierto que debe ponderarse, por lo que, las normas aplicadas por los magistrados actuantes resultan de utilidad al objeto del trabajo.

2) En la concurrencia de cónyuge superviviente y herederos del causante, nos encontramos con respuestas diversas a situaciones idénticas, por un lado, fallos donde se ha logrado tomar del entramado normativo, aquellas normas que han puesto luz a esta situación y otros que, coincidiendo con una parte de la doctrina de diverso

parecer, provocan un retroceso en los pasos del proceso sucesorio e inseguridad en los justiciables.

3) Del análisis de la normativa vigente surge el sustento para la viabilidad de acuerdos en los que se incluyen bienes gananciales del cónyuge superviviente en el acuerdo de partición en el proceso sucesorio del causante.

En efecto, según lo establecido por los arts. 2363, 2369, 481 y 498 del Cód. Civ. y Com., y concordantes de los códigos procesales previamente mencionados, ambas masas conforman una universalidad jurídica indivisible de bienes que solo se extinguen con la partición. Estas masas deben tener un tratamiento conjunto en el proceso sucesorio.

Estas normas deben ser invocadas junto con las solicitudes de homologación de acuerdos particionarios que incluyan bienes gananciales del cónyuge superviviente.

4) Por ello entendemos que, siendo que, para el caso de disolución de la comunidad por muerte de uno de los cónyuges, la partición de la masa post comunitaria la debe realizar el cónyuge superviviente con los herederos del causante, *si los comuneros son capaces resulta eficaz cualquier acuerdo al que arriben por unanimidad, pudiendo incluir los gananciales del superviviente en la partición, y, como en el caso en análisis, desmembrar la propiedad y atribuirla. También será hábil el instrumento privado cuando sea incorporado al expediente sucesorio, porque contará con el control del órgano judicial y culminará con la orden de inscripción para los bienes inmuebles y muebles registrables.*

PERSONA

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

DERECHOS DEL PADRE EN LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO

Orden dada a una mujer de abstenerse de llevar adelante cualquier práctica que tienda a interrumpir voluntariamente el embarazo. Medida cautelar solicitada por el esposo. Procedencia.

Con nota de Andrés Gil Domínguez

1. — La falta de acuerdo o disenso sobre asuntos de trascendencia familiar gestada a partir de la concepción no puede estar sometida a la voluntad potestativa de ninguno de los cónyuges, incluyendo, claro está, la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo.
2. — Estando acreditada la verosimilitud del derecho, a lo que se puede añadir que verdaderamente existe un peligro en la demora por el plazo de gestación, es que corresponde hacer lugar al recurso de apelación y revocar la sentencia, haciendo lugar a la medida cautelar de no innovar y ordenar a la esposa del peticionante que se abstenga de cualquier práctica que tienda a interrumpir voluntariamente el embarazo, hasta tanto la cuestión de fondo sea discernida por el procedimiento más acotado que prevé nuestra ley procesal civil con intervención del Ministerio Público de Menores.
3. — Siendo una medida especial dictada entre cónyuges, lo más propicio es conceder la medida bajo caución personal del esposo, en la cual se comprometa a hacerse cargo de todos los gastos económicos que genere el embarazo, como así también los del parto, y que no sean expresamente cubiertos por la obra social respectiva.
4. — Al haberse solicitado la medida cautelar, como previa a la interposición de la demanda (art. 197 del Cód. Proc. Civ. y Com.), y dado el tiempo transcurrido desde dicha presentación en primera instancia, corresponde acotar el plazo para deducir la demanda, la que deberá promoverse dentro de los tres días de notificada la presente resolución, bajo apercibimiento de caducidad de la medida cautelar.
5. — La ley 27.610 debe convivir en armonía jerárquica con el resto de las leyes de superior o igual rango, sancionadas por el Congreso de la Nación y, entre ellas, el Código Civil y Comercial (ley 26.994). Por lo tanto, debe ser interpretada y aplicada a la luz de las previsiones más

estrechamente vinculadas en materias idénticas o similares.

6. — En el matrimonio, como institución de orden público (art. 12, Cód. Civ. y Com.), los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación, la convivencia y el deber moral de fidelidad, donde ambos deben prestarse asistencia mutua (art. 431, Cód. Civ. y Com.). Bajo ese proyecto de vida en común, el sistema de toma de decisiones, que hace a los aspectos más relevantes en la relación conyugal, necesita de forma imperativa de la confluencia de ambas voluntades.
7. — Desde la concepción, y transitando el embarazo, pueden suscitarse serias diferencias que afecten derechos y generen obligaciones para ambos por igual, algunas descriptas de forma genérica y otras legisladas de forma específica, como el caso de la mujer embarazada que tiene derecho a reclamar alimentos al progenitor presunto con la prueba sumaria de la filiación alegada (art. 665, Cód. Civ. y Com.).
8. — Existe un peligro de que la alteración de la situación de hecho pueda influir en la sentencia o convertir en ineficaz o imposible su ejecución. En este sentido el peligro se encuentra acreditado por la naturaleza de la pretensión que persigue el peticionante referida a la IVE. El tiempo resulta acotado en virtud de las disposiciones contenidas en la ley 27.610, que otorgan un plazo resumido o escueto dentro del período gestacional.
9. — La decisión de rechazar la medida cautelar no contempló el instrumento público contenido en el informe de la obra social suscrito por su interventor, en el que quedó acreditado, en principio, que el afiliado directo había solicitado para su esposa, en calidad de afiliada indirecta, la práctica para interrumpir el embarazo (IVE), de la que este días después desistió expresamente, solicitándola ella misma con posterioridad en forma personal.
10. — La petición efectuada a la obra social por parte de un afiliado indirecto es un acto voluntario (art. 260, Cód. Civ. y Com.) con la finalidad de someterse a dicha práctica (IVE). Está suficientemente corroborada la veracidad de la situación jurídica por la que atraviesan los cónyuges, en lo que hace al estado de embarazo y a la voluntad expresa de la esposa de someterse a la práctica de la IVE.

11. — La tecnología nos marca el camino, y lo que otrora fue el papel, hoy es la electrónica. En esta idea los mensajes de WhatsApp contribuyen a la formación de los medios de prueba, donde por vía electrónica se produce un intercambio de información, se suscitan conflictos y generan contenidos que eventualmente pueden ser necesarios para la resolución del pleito.
12. — La jueza de primera instancia redujo al extremo la fuerza probatoria de la documentación que contiene las conversaciones de WhatsApp, a pesar de estar certificadas por Escribano Público. Sin embargo, dicha prueba enriquece nuestra convicción y nos persuade que debió haberse tenido en cuenta, ya que bonifica y da cuerpo a lo que se intenta acreditar.

CCiv., Com. y Minería, San Juan, sala III, 01/05/2021.
- S. F. A. c. T. B. M. G. s/ cautelar.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/11548/2021]

Autos N° 177.743

2ª Instancia.- San Juan, mayo 1 de 2021.

Los doctores *Noguera Ramos, Rodríguez y Pérez* dijeron:

La Sra. Jueza del Décimo Primer Juzgado Civil, resolvió: “1. Rechazar la medida cautelar solicitada por el Sr. F. A. S. Costas al actor vencido. 2. Regular los honorarios de los Dres. Zuleta y Lobos, por su actuación profesional en carácter simple, como vencidos y en forma conjunta, en la suma de pesos ... (\$...)”.

Agravios

Nulidad: El apelante, en primer término, plantea la nulidad de la resolución criticada, toda vez que entiende que ha sido dictada sin la intervención del Asesor de Menores conforme lo exige el art. 103, inc. a del Cód. Civ. y Com. de la Nación.

Luego de citar el art. 31 de la Ley Provincial 633-E, sostiene que con evidente desconocimiento del derecho y con alarmante desprecio de los derechos del niño por nacer, la intervención del Ministerio Público ha sido groseramente omitida; por lo cual solicita que se declare nula dicha resolución y se resuelva la cautelar articulada haciendo lugar a la medida de no innovar.

I. Primer Agravio: El apelante, critica el argumento dado por la Sra. Jueza al sostener que dictar una resolución sobre la medida solicitada, a favor de la defensa de los derechos de su hijo no nacido y de sus propios derechos; importa un posible anticipo de la

jurisdicción favorable del fallo que hubiere de recaer en la causa principal.

Aclara que lo solicitado con esta medida es simplemente la conservación de un estado de derecho, no pretendiendo que se debatan y resuelvan argumentos que formarán parte de la pretensión principal.

Considera, a contrario sensu, que no hacer lugar a la medida argumentando que ... “Tampoco cumplió con el recaudo procesal de indicar por qué se debería impedir a su esposa de ejercer el derecho concedido por la ley Argentina (sic)”... podría interpretarse como adelanto de jurisdicción desfavorable, máxime cuando la ley procesal no exige tal recaudo para la procedencia de la cautelar solicitada.

Crítica, además, el criterio restrictivo para la procedencia de la cautelar aplicado por la magistrada, rigiendo para el caso un criterio amplio que resulta de las normas internacionales que protegen los derechos del niño y los suyos como progenitor, los que fueron invocados al interponer la medida.

El apelante expone que los recaudos para la procedencia de la cautelar se encuentran establecidos en los arts. 197 y 231 del CPC, por lo que no caben dudas que todos y cada uno de estos requisitos se encuentran acreditados en el escrito inicial y con la prueba obrante en el expediente, por lo que, sostiene, en autos se dan todos los extremos exigidos por la ley de rito.

Expresa que la exigencia del art. 197 del CPC de mencionar la medida que se pide está claramente cumplida en el punto II de fs. 27v. ta., donde se solicita la prohibición de innovar hasta que se resuelva la cuestión de fondo, la que pretende preservar la vida del no nacido; y no de impedir el ejercicio de un derecho concedido por la ley argentina a su esposa.

Expone que los extremos exigidos por la ley en el caso de esta medida de no innovar es a los fines de preservar una situación de hecho (el estado gestacional), ya que su modificación convertirá a la sentencia de imposible cumplimiento, además de frustrar de manera definitiva los derechos del menor por nacer y los que le corresponden como progenitor.

II. Segundo Agravio: Lo dirige a la parte del fallo que pone en duda la existencia de su hijo, lo que a su juicio está sobradamente acreditada con la prueba documental que acompaña.

Cuestiona que la magistrada limita arbitrariamente la validez probatoria de instrumentos públicos y privados, especialmente el desconocimiento de la documental y la omisión grosera de la informativa,

negando dolosamente informes (D.O.S.) que demuestran la voluntad de llevar a cabo la interrupción del embarazo y se niega a aplicar presunciones legales expresamente consagradas. Todo lo que la llevó a concluir en forma errada que no existió verosimilitud del derecho.

III. Tercer Agravio: El apelante se agravia del tratamiento y la mención que realizó la Sra. Jueza en la sentencia sobre la omisión del planteo de inconstitucionalidad de la ley nacional N° 27.610.

En su queja aduce que no resulta necesario hacerlo en los alcances de una medida cautelar, con cita del art. 402 del Cód. Civ. y Com. de la Nación.

Analiza el contenido del art. 638 del Cód. Civ. y Com. de la Nación en conjunción del art. 19 del mismo cuerpo legal, para concluir que los padres deben respetar el interés superior del niño. En ese sentido, dice que la ley N° 27.610 no ha modificado ni alterado el régimen de obligaciones parentales.

Desarrolla los fundamentos de la aludida inconstitucionalidad. Cita doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación referida a la declaración de inconstitucionalidad de las normas de oficio. También cita tratados y convenciones internacionales. Resalta que la ley invocada por la jueza de grado tiene grandes vacíos legales.

IV. Cuarto Agravio: Le agravia la posición que adoptó la jueza respecto de la conducta de los letrados referida al diligenciamiento de los oficios sobre la medida para mejor resolver que emitió previo al dictado del fallo. En este sentido dice que todos los oficios fueron diligenciados el mismo día viernes 23/04/2021 por vía electrónica, conforme se comprometió el Juzgado, de manera que no existió demora, ni mucho menos negligencia de los letrados.

El apelante ejerce una defensa de la actuación de los profesionales que lo asisten en la causa.

Reitera que la Jueza debió centrar el análisis de los requisitos para la procedencia de la cautelar en los derechos que se pretenden resguardar y no en los que pudieran afectarse.

Por último, expone que el rechazo de la medida cautelar solicitada implica poner en peligro inminente la pérdida de sus derechos y los de su hijo por nacer, la que no puede subsanarse con posterioridad.

El último agravio se refiere a la condena en costas, al solicitar se revoquen e impongan a su esposa.

Formula reserva de derecho.

Tratamiento del recurso

Nulidad

Preliminarmente corresponde que nos expidamos sobre el planteo de nulidad relativa esgrimido por el solicitante, relacionado con la falta de intervención del ministerio tutelar a través del Asesor de Menores en los términos del art. 103 inc. a del Cód. Civ. y Com. de la Nación, de los arts. 31 y 32 inc. a de la ley provincial 633-E.

Entendemos que, en virtud de la naturaleza de la medida cautelar que fuera solicitada en nombre de los derechos de F. A. S. como progenitor y de los derechos de su hijo no nacido, nos encontramos en una etapa preliminar a la sustanciación de un proceso, que por su objeto es de trámite restringido.

Teniendo en cuenta ello, la actuación del Asesor de Menores debe ser solicitada en la tramitación de ese proceso, y dada la premura en que debe resolverse esta medida cautelar, dicha intervención puede ser requerida con posterioridad y durante el trámite del proceso que contenga la pretensión de fondo.

Por lo expuesto, corresponde rechazar el pedido de nulidad relativa de la resolución dictada el 26/04/2021 planteado por F. A. S. en virtud de la urgencia que exige el tratamiento de la medida cautelar solicitada.

Agravios

En relación a los agravios referidos a la procedencia de la medida cautelar, entendemos que la presente se encuadra en una medida de no innovar, contenida en el art. 231 de nuestro Código Procesal, que exige tres requisitos a saber: 1) que el derecho sea verosímil; 2) exista el peligro de que si se altera la situación de hecho o derecho, la modificación pueda influir en la sentencia o convierta su ejecución en ineficaz o imposible; y 3) la cautela no pudiere obtenerse por medio de otra medida precautoria. A su vez el artículo 197 del CPC establece que las medidas cautelares podrán ser solicitadas antes o después de deducida la demanda. Requerida anticipadamente, no significa que la cautelar sea considerada como un proceso independiente del principal, sino que solo se trata de autonomía de procedimiento, sin dejar de lado que ello importe una medida accesorio o instrumental del proceso.

En este caso, el solicitante ha requerido el dictado de una medida cautelar antes de interponer la demanda, conforme lo permite la norma recién mencionada, sin perjuicio de los efectos que puedan producirse a posteriori para el caso. Por lo que se debe tener presente, la sanción dispuesta en el art. 209 del

CPC para el hipotético caso de que la demanda no sea iniciada dentro de los 10 días de su traba.

Ahora, corresponde analizar los recaudos que exige el artículo 231 del CPC. En relación a la verosimilitud del derecho, en la presente causa se encuentra probado con el acta de matrimonio que F. A. S. y M. G. T. B. revisten el carácter de cónyuges. Sobre ello, la Jueza interviniente no dio por probado el estado de gestación con la ecografía presentada como prueba.

Sin embargo, podemos adelantar que en su decisión cercenó el valor probatorio del expediente presentado en la Obra Social Provincia, aduciendo que “solo se trata de una expresión unilateral de voluntad del propio peticionante”... “por lo que nada prueba respecto de tercero”.

Redujo al extremo la fuerza probatoria de la documentación que contiene las conversaciones de *Whatsapp*, a pesar de estar certificadas por Escribano Público. Sin embargo, dicha prueba enriquece nuestra convicción y nos persuade que debió haberse tenido en cuenta, ya que bonifica y da cuerpo a lo que se intenta acreditar.

La tecnología nos marca, y lo que otrora fue el papel, hoy es la electrónica. En esta idea los mensajes de *Whatsapp* contribuyen a la formación de los medios de prueba, donde por vía electrónica se produce un intercambio de información, se suscitan conflictos y generan contenidos que eventualmente pueden ser necesarios para la resolución del pleito.

Este análisis, le valió a la Jueza para sostener que no existe verosimilitud del derecho alegado por F. A. S., como tampoco peligro en la demora con relación a la situación de hecho y derecho invocado.

La decisión de rechazar la medida cautelar, no contempló el Instrumento Público contenido en el informe de la Obra Social Provincia suscrito por su interventor, en el que quedó acreditado en principio, que el día 09/04/2021 el afiliado directo F. A. S. había solicitado para su esposa en calidad de afiliada indirecta, la práctica para interrumpir el embarazo (IVE).

Sin embargo, consta en el informe, que el día 19 de abril del mismo año, desistió expresamente del pedido, requerimiento que es acogido por Decreto N° 0655-73. Por otra parte, surge que en fecha 20/04/2021, obra en los registros de la institución, el ingreso por mesa de entrada de la nota número 813-002918-20 21 iniciado por M. G. T. B. solicitando la I. V. E. en forma personal como afiliado indirecto.

En virtud de ello, las dudas comienzan a disiparse con el informe emitido por D.O.S., el que se encuen-

tra agregado en el expediente en la hoja 46, antes del dictado de la sentencia. Este contribuye a interpretar la voluntad de interrumpir el embarazo de parte de M. G. T. B. y se ve plasmada en lo que consideramos como “probatío probatissima” para el dictado de esta medida cautelar.

Da cuenta el informe, que se acompañó prueba documental, y entre ellas, el presupuesto del costo de la práctica mencionada, análisis y certificaciones médicas con el pedido del profesional de la IVE.

Resalta el interventor que aun la Obra Social Provincia no autorizó la práctica, en tanto se encuentra en trámite el dictado del acto administrativo hasta que se evalúe la documentación presentada, y de ser necesario —dice— se le requerirá la faltante.

La información brindada en este instrumento público ha estado ausente de toda la valoración, análisis o examen en la sentencia que rechaza la medida cautelar.

La petición efectuada a la D.O.S. por parte de un afiliado indirecto es un acto voluntario (art. 260 Cód. Civ. y Com. de la Nación) con la finalidad de someterse a dicha práctica (IVE).

Al contrario de lo que se resolvió, consideramos que está suficientemente corroborada la veracidad de la situación jurídica por la que atraviesan F. A. S. y M. G. T. B., en lo que hace al estado de embarazo y a la voluntad expresa de la cónyuge de someterse a la práctica de la IVE.

Analizados los agravios, cabe decir en primer término que el apelante estando legalmente casado, le rige la presunción de paternidad establecida en el art. 566 del Cód. Civ. y Com. de la Nación.

Dicho esto, corresponde analizar con detenimiento si el progenitor está o no en condiciones de impedir, en el contexto de una medida cautelar, que se altere el estado de hecho con el fin de resguardar sus derechos como tal.

La ley 27.610 que regula el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo, es un cuerpo normativo que se enmarca en el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional y en todos los Tratados, Declaraciones y Convenciones internacionales ratificados por la República Argentina que se mencionan en el artículo tercero del mencionado cuerpo legal.

Sin embargo, esta ley debe convivir en armonía jerárquica con el resto de las leyes de superior o igual rango, sancionadas por el Congreso de la Nación, y entre ellas el Cód. Civ. y Com. de la Nación (ley

26.994). Por lo tanto, debe ser interpretada y aplicada a la luz de las previsiones más estrechamente vinculadas en materias idénticas o similares.

Bajo esta hermenéutica y ya, sobre el análisis propio de la pretensión cautelar, cabe preguntarse si el presunto progenitor tiene o no derecho a impedir la práctica de la IVE que pretende efectuar su esposa sin su consentimiento, o en su caso, si la Ley 27.660 lo despoja de él, y le brinda a su cónyuge plena libertad para decidir por sí sola.

Para respondernos, vale recordar que en el matrimonio como institución de orden público (art. 12 Cód. Civ. y Com. de la Nación) los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación, la convivencia, el deber moral de fidelidad y ambos deben prestarse asistencia mutua (art. 431 Cód. Civ. y Com. de la Nación).

Bajo ese proyecto de vida en común, el sistema de toma de decisiones que hace a los aspectos más relevantes en la relación conyugal, necesita de forma imperativa de la confluencia de ambas voluntades.

Es claro, como la “voluntad común o el consenso” se proyecta desde las relaciones de familia y la responsabilidad parental (art. 638 y ss. del Cód. Civ. y Com. de la Nación) hasta las relaciones patrimoniales (arts. 456 y 469 Cód. Civ. y Com. de la Nación).

Sin embargo, así como se ha legislado sobre esos aspectos de la vida conyugal que necesitan del consenso, del mismo modo esta instituido un mecanismo judicial para encauzar las más variadas desavenencias de importancia que se pueden presentar durante la vida conyugal en todas sus facetas.

En especial, nos referimos a esas decisiones y conductas que exceden la autonomía personal de los cónyuges, porque sus efectos se proyectan naturalmente en la vida en común, con especial afectación a los intereses y derechos del otro.

Para estos casos, la solución en principio está en la disposición del art. 642 del Cód. Civ. y Com. de la Nación (Ley 26.994), en sintonía con su predecesor el art. 264 ter del Código de Vélez, que regula “El desacuerdo”.

Esta norma dispone que: “En caso de desacuerdo entre los progenitores, cualquiera de ellos puede acudir al juez competente, quien debe resolver por el procedimiento más breve previsto por la ley local, previa audiencia de los progenitores con intervención del Ministerio Público...”

Desde la concepción y transitando el embarazo, pueden suscitarse serias diferencias que afecten de-

rechos y generen obligaciones para ambos por igual, algunas descripta de forma genérica, y otras legisladas de forma específica, como el caso de la mujer embarazada que tiene derecho a reclamar alimentos al progenitor presunto con la prueba sumaria de la filiación alegada (art. 665 Cód. Civ. y Com. de la Nación).

Para este caso particular, entendemos que la falta de acuerdo o disenso sobre asuntos de trascendencia familiar gestada a partir de la concepción, no puede estar sometida a la voluntad potestativa de ninguno de los cónyuges, incluyendo, claro está, la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo.

El segundo de los requisitos se refiere al peligro de que la alteración de la situación de hecho pueda influir en la sentencia o convertir en ineficaz o imposible su ejecución. En este sentido el peligro se encuentra acreditado por la naturaleza de la pretensión que persigue F. A. S. referida a la I.V.E. El tiempo resulta acotado en virtud de las disposiciones contenidas en la ley 27.610, que otorgan un plazo resumido o escueto dentro del período gestacional.

Por lo tanto, estando acreditada la verosimilitud del derecho descripta en los párrafos precedentes, a lo que se puede añadir que verdaderamente existe un peligro en la demora por el plazo de gestación, es que corresponde hacer lugar al recurso de apelación y revocar la sentencia, haciendo lugar a la medida cautelar de no innovar y ordenar a M. G. T. B. que se abstenga de cualquier práctica que tienda a interrumpir voluntariamente el embarazo, hasta tanto la cuestión de fondo sea discernida por el procedimiento más acotado que prevé nuestra ley procesal civil con intervención del Ministerio Público de Menores.

Contracautela: De acuerdo a lo dispuesto por el codificador en el art. 201 del CPC, las medidas precautorias se decretan bajo la responsabilidad de la parte que la solicita, quien debe dar caución por todas las costas, daños y perjuicios que pudiere ocasionar.

Ahora bien, siendo una medida especial dictada entre cónyuges, entendemos además que, lo más propio es conceder la medida bajo caución personal del esposo, en la cual se comprometa hacerse cargo de todos los gastos económicos que genere el embarazo, como así también los del parto, y que no sean expresamente cubiertos por la obra social respectiva.

A tal fin, el apelante, una vez notificada la presente, deberá concurrir personalmente a esta Sala Tercera de la Cámara Civil, munido de su DNI, a los fines de prestar en secretaría la mencionada caución.

Proceso Principal: Al haberse solicitado la medida cautelar como previa a la interposición de la de-

manda (art. 197 del CPC) y dado el tiempo transcurrido desde dicha presentación en primera instancia (21/04/2021), corresponde acotar el plazo para deducir la demanda, la que deberá promoverse dentro de los tres (3) días de notificada la presente resolución, bajo apercibimiento de caducidad de la medida cautelar.

En el mismo sentido y encontrándose en juego derechos fundamentales de las personas, el proceso principal deberá sustanciarse de acuerdo al procedimiento estipulado en el art. 675 del CPC.

Teniéndose en cuenta estas circunstancias, corresponde mantener vigente la habilitación de días y horas inhábiles a los fines de la tramitación de este procedimiento cautelar.

Costas: En relación al pedido de imposición de costas a M. G. T. B., estimamos que no corresponde que se impongan las mismas al momento de decretar o denegar una medida cautelar. Ello es así, entendiendo que las costas generadas en el pedido de medidas precautorias siguen la suerte de las del proceso principal, porque el triunfador en el pleito original hubo de considerarse con derecho para peticionar medidas cautelares destinadas a asegurar la efectivización de su reclamación, aún cuando el afectado con la medida no hubiera intervenido ni se hubiese opuesto.

En razón de dicho criterio, no rige la doctrina según la cual, la omisión de pronunciamiento implica que lo son en el orden causado, pues el criterio que rige el caso específico de las cautelares es que deben serle impuestas a quien resulta vencido en el juicio principal, lo cual, por lo general impide una decisión de este tipo al momento de decretarla.

Por ello, los doctores *Noguera Ramos, Rodríguez y Pérez* resuelven: I. Hacer lugar al recurso de apelación deducido por F. A. S., en consecuencia, revocar la resolución dictada el 26/04/2021 en las hojas 48/51. II. Ordenar, como medida cautelar de no innovar, a M. G. T. B. se abstenga de realizar cualquier práctica que tienda a interrumpir el embarazo hasta tanto la cuestión de fondo sea resuelta. III. Fijar como contracautela la caución personal de F. A. S., en los términos expresados en el considerando correspondiente, quien deberá concurrir a la sede de este Tribunal a dicho fin. IV. Intimar a F. A. S. para que, en el término de tres (3) días a partir de la notificación de la presente, interponga la demanda correspondiente al proceso principal, bajo pena de caducidad de la medida cautelar decretada. V. Habilitar días y horas inhábiles a los efectos de la tramitación del procedimiento cautelar. VI. Oficiar por secretaría del Tribunal a la D.O.S. y al Ministerio de Salud Pública de la Provincia a fin de que tomen conocimiento de la presente resolución. Protocolícese, hágase saber y dése copia autorizada, bajen los autos. — *Juan C. Noguera Ramos. — Sergio O. Rodríguez. — Juan C. Pérez.*

Interrupción voluntaria del embarazo y oposición del cónyuge

Andrés Gil Domínguez

Sumario: I. Introducción.— II. Los fundamentos del fallo.— III. Alcance constitucional y convencional de la oposición del cónyuge ante la decisión de la persona gestante de interrumpir voluntariamente el embarazo.— IV. A modo de conclusión.

I. Introducción

En la causa “S. F. A. c. T. B. M. G. s/ cautelar” tramitada en la justicia civil de la provincia de San Juan se suscitó el debate sobre el alcance y efectos de la oposición del cónyuge respecto

de la decisión de una persona gestante de interrumpir voluntariamente el embarazo dentro del marco dispuesto por la ley 27.610.

El señor F. A. S. en su carácter de cónyuge de la señora M. G. T. B. promovió una medida cau-

telar de no innovar de forma autónoma y sin haber iniciado un proceso principal con el objeto de establecer que, hasta tanto la cuestión de fondo sea resuelta, la señora M. G. T. B. se abstenga de realizar cualquier práctica que tienda a interrumpir voluntariamente el embarazo.

La jueza de primera instancia del Décimo Primer Juzgado Civil resolvió rechazar la medida cautelar.

La Sala Tercera de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería integrada por tres hombres revocó la decisión jurisdiccional de grado y resolvió hacer lugar a la pretensión cautelar del señor F. A. S.

El objeto del presente comentario es analizar los argumentos expuestos por el tribunal de alzada, a la luz del paradigma constitucional y convencional argentino, en torno a los efectos de la oposición del cónyuge ante la decisión de la persona gestante de interrumpir voluntariamente el embarazo.

II. Los fundamentos del fallo

La Sala Tercera incurre en un primer grave error de naturaleza procesal que impacta directamente en el sistema de derechos al otorgar, sin escuchar previamente a la señora M. G. T. B., una medida cautelar sin plazo cierto que se transforma por imperio del tiempo en una decisión definitiva sin posibilidad de una revisión apelada integral. Lo hace ignorando la plena vigencia de la ley 27.610 y sin desarrollar la más mínima argumentación en torno a su inaplicación en el presente caso.

En cuanto a los argumentos sustanciales esgrimidos por el tribunal en lo referente a la similitud del derecho esgrimida por el señor F. A. S. se destacan los siguientes:

- Se encuentra probado que el señor F. A. S. y la señora M. G. T. B. revisten el carácter de cónyuges, que el señor F. A. S. en su carácter de afiliado directo de la Obra Social Provincia solicitó la práctica de la IVE respecto de la señora M. G. T. B., pero que posteriormente desistió de la petición y que después de este desistimiento la señora M. G. T. B., en su carácter de afiliada in-

directa, solicitó la realización de la IVE ante la Obra Social Provincia.

- En la situación descripta rige la presunción de paternidad prevista por el art. 566 del Cód. Civ. y Com.

- La ley 27.610 debe convivir en armonía jerárquica con el Código Civil y Comercial de la Nación y debe ser interpretada y aplicada a la luz de las previsiones más estrechamente vinculadas en materias idénticas o similares.

- El matrimonio es una institución de orden público donde los cónyuges se comprometen a desarrollar un proyecto de vida común basado en la cooperación, la convivencia, el deber moral de fidelidad y ambos deben prestarse asistencia mutua (arts. 12 y 431 y ss. del Cód. Civ. y Com.). Bajo este modelo se necesita de forma imperativa que confluyan ambas voluntades en las relaciones de familia, la responsabilidad parental y las relaciones patrimoniales.

- Cuando existe un desacuerdo que excede la autonomía principal de los cónyuges en su carácter de progenitores cualquiera de ellos puede acudir a un juez para resolver el conflicto (art. 642 del Cód. Civ. y Com.).

- En este caso la falta de acuerdo o disenso sobre asuntos de trascendencia familiar gestada a partir del momento de la concepción no puede estar sometida a la voluntad potestativa de ninguno de los cónyuges dentro de lo cual se incluye la interrupción voluntaria del embarazo.

En lo atinente al requisito del peligro en la demora, la Sala Tercera de manera escueta considera que al haberse acreditado la verosimilitud del derecho sumado al tiempo acotado dentro del período gestacional dispuesto por la ley 27.610 para la realización de una IVE, está habilitada para hacer lugar a la medida cautelar oportunamente peticionada.

III. Alcance constitucional y convencional de la oposición del cónyuge ante la decisión de la persona gestante de interrumpir voluntariamente el embarazo

El fallo de la Sala Tercera presenta serias deficiencias argumentales desconociendo el modelo constitucional argentino vigente desde 1994

y como funciona en relación con el derecho secundario.

A partir de la reforma constitucional 1994 el paradigma que nos rige es el Estado constitucional y convencional de derecho el cual establece que la Constitución y los Instrumentos Internacionales sobre derechos humanos que ostentan jerarquía constitucional originaria y derivada conforman la regla de reconocimiento del sistema jurídico argentino, que es en dicha regla de reconocimiento donde se estructuran los derechos, que las leyes son garantías primarias de los derechos y no fuente de producción de estos y que el único orden público con fuerza normativa dirimente surge de la Constitución y los Instrumentos Internacionales sobre derechos humanos (1).

Como no podía ser de otra manera, el Cód. Civ. y Com. en los arts. 1º, 2º y 3º inscribe a dicha norma en el ámbito del Estado constitucional y convencional de derecho en torno a las fuentes que lo determinan, como se aplica, como se interpreta y cuál es el deber de los jueces y juezas al respecto. En todos los casos en donde se aplique el Código Civil y Comercial sus efectos deben estar conformados por la Constitución y los Instrumentos Internacionales sobre derechos humanos, por lo tanto, el Código Civil y Comercial no determina el contenido de los derechos fundamentales y los derechos humanos, sino que tan solo los trata de garantizar de forma primaria, general y no definitiva.

Ahora bien: ¿qué dicen los instrumentos internacionales sobre derechos humanos más las interpretaciones realizadas por los órganos de interpretación y aplicación en torno al derecho a la salud sexual y reproductiva de las personas gestantes respecto de la voluntad de terceros?

El Comité para la Eliminación de la Discriminación de la Mujer —órgano de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación de la Mujer— sostuvo en la Recomendación General 21/1994 “La igualdad en

el matrimonio y en las relaciones familiares” lo siguiente:

“22. En algunos informes se revelan prácticas coercitivas que tienen graves consecuencias para la mujer, como el embarazo, el aborto o la esterilización forzados. *La decisión de tener hijos, si bien de preferencia debe adoptarse en consulta con el cónyuge o el compañero, no debe, sin embargo, estar limitada por el cónyuge, el padre, el compañero o el gobierno.* A fin de adoptar una decisión con conocimiento de causa respecto de medidas anticonceptivas seguras y fiables, las mujeres deben tener información acerca de las medidas anticonceptivas y su uso, así como garantías de recibir educación sexual y servicios de planificación de la familia, según dispone el apart. h) del art. 10 de la Convención”.

El mismo órgano en la Recomendación General 24/1999 “La mujer y la salud” expresó:

“14. La obligación de respetar los derechos exige que los Estados partes se abstengan de poner trabas a las medidas adoptadas por la mujer para conseguir sus objetivos en materia de salud. Los Estados partes han de informar sobre el modo en que los encargados de prestar servicios de atención de la salud en los sectores público y privado cumplen con su obligación de respetar el derecho de la mujer de acceder a la atención médica. *Por ejemplo, los Estados partes no deben restringir el acceso de la mujer a los servicios de atención médica ni a los dispensarios que los prestan por el hecho de carecer de autorización de su esposo, su compañero, sus padres o las autoridades de salud, por no estar casada o por su condición de mujer.* El acceso de la mujer a una adecuada atención médica tropieza también con otros obstáculos, como las leyes que penalizan ciertas intervenciones médicas que afectan exclusivamente a la mujer y castigan a las mujeres que se someten a dichas intervenciones”.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —órgano del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales— en la Observación General 22/2016 relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva afirmó:

(1) GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “El Estado constitucional y convencional de derecho en el Código Civil y Comercial”, Ed. Ediar, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2016, ps. 13 y ss.

“41. *La obligación de respetar requiere también que los Estados deroguen, y se abstengan de promulgar, leyes y políticas que obstaculicen el acceso a los servicios de salud sexual y reproductiva. Esto incluye los requisitos de autorización de terceros, como los requisitos de autorización de los padres, el cónyuge y los tribunales para acceder a los servicios y la información en materia de salud sexual y reproductiva, en particular para el aborto y la anticoncepción; el asesoramiento sesgado y los plazos de espera obligatorios para divorciarse, volver a casarse o acceder a los servicios de interrupción del embarazo; las pruebas obligatorias del VIH; y la exclusión de servicios específicos de salud sexual y reproductiva de la financiación pública o de los fondos de asistencia extranjeros. La difusión de información errónea y la imposición de restricciones en relación con el derecho de las personas a tener acceso a información sobre la salud sexual y reproductiva vulneran también el deber de respetar los derechos humanos. Los Estados nacionales y donantes deben abstenerse de censurar, retener o tergiversar la información sobre la salud sexual y reproductiva o de penalizar su suministro, tanto entre el público como entre particulares. Esas restricciones impiden el acceso a la información y los servicios, y pueden alimentar el estigma y la discriminación.*”

Como se observa una interpretación convencional correcta del universo normativo del Código Civil y Comercial que regula el matrimonio civil no puede arrojar como resultado para los derechos que titulariza una mujer o una persona gestante, que en el marco de su plan de vida, la voluntad del marido sea la que determine si puede o no puede interrumpir voluntariamente el embarazo no dentro de las primeras 14 semanas ni después de dicho plazo cuando este en juego el derecho a la vida, a la salud o a la libertad sexual.

¿Qué hicieron los jueces de la causa? Utilizaron su propio Código y una regla de interpretación inédita. En dicho Código, el creado por la Sala Tercera, la Constitución y la Convencionalidad como fuente de fuentes no existen, ellos no tienen deber alguno de ejercer el control de convencionalidad interno cada vez que resuelven un caso y la regla de interpretación aplicable entre las normas no penales de ley 27.610 y este especial Código es “la armonía jerárquica”. Pues

bien, aún dentro de esta lógica normativa endogámica dispuesta por los jueces actuantes, la arbitrariedad sigue notablemente presente puesto que si una norma posterior (la ley 27.610) modifica algún aspecto de lo normado por el Código Civil y Comercial como ley anterior con relación a la matrimonio civil se debe aplicar la regla jerárquica de ley posterior deroga a ley anterior o bien considerar que la ley 27.610 establece una excepción en torno a la confluencia de las voluntades conyugales en las relaciones de familia y la responsabilidad parental conformada de la siguiente manera: “Cuando existe un desacuerdo que excede la autonomía de los cónyuges en su carácter de progenitores cualquiera de ellos puede acudir a un juez para resolver el conflicto excepto que se trate del ejercicio del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo que será ejercido por las mujeres y las personas gestante en los términos previstos por la ley 27.610”.

Los jueces utilizan al matrimonio civil como un sarcófago donde mueren los derechos de las mujeres y las personas gestantes con relación a su autonomía personal y la decisión que esto conlleva en torno a la interrupción voluntaria del embarazo. Si a un hombre por el solo hecho de ser un cónyuge se le otorga la facultad decisoria en la decisión de una mujer automáticamente se la transforma sin más en un objeto inerte del goce masculino. Ni Vélez Sarsfield (que en la nota al art. 3290 del Cód. Civil sostuvo: “El hijo en el seno materno tiene solo una vida común con ella; el nacimiento puede únicamente darle una vida individual”) ni los legisladores de 1921 (exclusivamente hombres que cuando despenalizaron el aborto voluntario no impusieron la voluntad del hombre como requisito habilitante) se atrevieron a tanta cosificación de la mujer.

Cuando una mujer casada quiere abortar y el marido se opone no hace falta tramitar ningún proceso judicial porque no hay causa dirimente, no hay siquiera la mínima verosimilitud de un derecho que de proyectarse implicaría cambiar la apropiación del cuerpo de la mujer por parte del Estado —como ocurre cuando se penaliza el aborto voluntario— por la apropiación del cuerpo de la mujer por parte del cónyuge. En un acto de alquimia regresiva, la Sala Tercera intenta imponer a través de una aplicación dislocada de un Código propio aquello que los representan-

tes del Pueblo eliminaron en términos de conminación penal **(2)**.

La sentencia genera una desigualdad objetiva que no se puede sostener racionalmente entre mujeres casadas y mujeres no casadas. Las primeras están sometidas al yugo del esposo a la hora de poder decidir la interrupción voluntaria del embarazo. Las segundas pueden ejercer dicho derecho sin ningún obstáculo paterno. A las primeras el matrimonio las convierte en objeto. Las segundas son plenos sujetos derecho. El matrimonio somete, esa parece ser la regla a pagar, en la óptica de la Sala Tercera, por una mujer en pos de poder estar en la ley del matrimonio civil.

Otro aspecto del fallo difícil de digerir es que la sentencia no dispone la suspensión cautelar de ninguno de los artículos de la ley 27.610 respecto de la petición realizada por el señor F. A. S., sino que directamente le impone a una mujer la prohibición de realizar una conducta garantizada por una ley que no fue judicialmente suspendida. Un análisis psico-jurídico del fallido del fallo permite avizorar como el discurso jurídico opera en términos de género: aquello que el tribunal ordena es la confiscación de la subjetividad de una mujer, de su cuerpo, de su deseo, de su plan de vida, de su dignidad en pos de satisfacer la demanda de un hombre. La mujer sacrificada en el altar de la justicia de los hombres.

A diferencia de los que sostiene Basset **(3)**, en clave convencional la corresponsabilidad y la coparentalidad regulada por el Código Civil y Comercial no subsume el derecho de las mujeres y de las personas gestantes a interrumpir voluntariamente el embarazo. En general y en particular respecto del Estado argentino los órganos de aplicación e interpretación de los IIDH, en múltiples ocasiones, han sostenido que las mujeres titularizan el derecho de acceder al aborto **(4)**. Con lo cual el presupuesto

(2) HELLIN, Mariana, “San Juan y la creación jurisprudencial de una exigencia para el consentimiento informado”, LA LEY, 13/05/2021.

(3) BASSET, Ursula C., “El aborto, la corresponsabilidad y la coparentalidad”, LA LEY, 13/05/2021.

(4) HERRERA, Marisa — GIL DOMÍNGUEZ, Andrés — HOPP, Cecilia, “Acceso a la interrupción voluntaria del embarazo - ley 27.610/Atención y cuidado integral de

bajo el cual funcionan los IIDH con relación a la corresponsabilidad y la coparentalidad distingue dos momentos: a) antes del nacimiento existe la corresponsabilidad y la coparentalidad salvo que la mujer o la persona gestante ejerza el derecho de interrumpir voluntariamente el embarazo en los términos previstos por la ley vigente del Estado parte y b) después del nacimiento existe la corresponsabilidad y la coparentalidad en los términos previstos por la ley vigente del Estado parte interpretada de manera conforme a los parámetros convencionales elaborados por los órganos de aplicación e interpretación de los IIDH.

La ley 27.610 es muy clara y concreta con relación a este tema. El art. 7° expresa en torno al consentimiento de las personas gestantes que nadie puede sustituirlo en su ejercicio. En otras palabras, ninguna persona titulariza la facultad de imponerle a una persona gestante la decisión de interrumpir voluntariamente un embarazo, de la misma manera que, ninguna persona titulariza la facultad de impedir a una persona gestante el acceso a la IVE. Gramaticalmente “nadie” es un pronombre indefinido que significa “ninguna persona” que proyectado jurídicamente implica que el cónyuge no es nadie para impedir la interrupción voluntaria del embarazo decidida por una persona gestante en el campo de la autonomía y libertad para tomar sus propias decisiones conforme a su plan de existencia tal como lo afirmó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “I. V. c. Bolivia” (2016) en referencia al consentimiento informado **(5)**.

Los efectos de la oposición del cónyuge también fueron debatidos en la jurisprudencia extranjera. En los Estados Unidos de América, la Corte Suprema de Justicia en el caso “Casey” (1992) declaró inconstitucional un artículo de la ley de Pennsylvania que obligaba a la mujer a notificar previamente al cónyuge porque constituía una carga indebida o un obstáculo sustancial para la mujer de decidía abortar voluntariamente. En Canadá, la Corte Suprema en

la salud durante el embarazo y la primera infancia - ley 27.611”, Natalia de la Torre (coord.), Ed. Rubinzal-Culzoni, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2021, ps. 149 y ss.

(5) Ibidem, ps. 370 y ss.

el caso “Tremblay c. Daigle” (1989) sostuvo que no existían argumentos según los cuales los intereses de un padre sobre el embrión que contribuyó a crear pudieran sostener un derecho a vetar la decisión de abortar de mujer embarazada.

IV. A modo de conclusión

Un tribunal de hombres utilizando la supuesta asepsia ideológica del discurso jurídico y de las formas procesales se apropia del cuerpo de una mujer que desea abortar.

Un hombre cónyuge solicita a una obra social la práctica de la IVE para una mujer que desea

abortar, pero luego se arrepiente y mediante la promoción de una acción judicial intenta imponerle el proyecto de mujer madre.

En este universo de hombres la mujer es un objeto reproductor sin dignidad.

El fallo reproduce un estereotipo discriminatorio mediante la creación de un Código propio sumido en el patriarcado y fuera de toda lógica constitucional.

Una sentencia que no debe quedar firme, ni tampoco repetirse en otros casos en el marco del Estado constitucional y convencional de derecho argentino.

TRATAMIENTO MÉDICO PARA EL CORONAVIRUS

Paciente con diagnóstico de SARS COVID-19 grave con compromiso pulmonar severo. Tratamientos compasivos prescriptos por el médico tratante. Nebulizaciones de ibuprofeno de sodio y de dióxido de cloro. Derecho a la salud. Procedencia de medida cautelar.

Con nota de Fabio Fidel Cantafio

1. — La situación de salud que aqueja al paciente, con diagnóstico de SARS COVID-19 grave con compromiso pulmonar severo, y la normativa protectoria vigente suponen la necesidad de arbitrar las herramientas que aseguren una prestación médica eficaz y que hagan a la conservación y mejoramiento de su estado general de salud. Tales aspectos pues, lucen suficientes a fin de acceder a la petición cautelar esgrimida y ordenar al sanatorio demandado a proveer los tratamientos compasivos prescriptos por el médico tratante (nebulizaciones de ibuprofeno de sodio y de dióxido de cloro), pues, en principio, es preciso asegurar de quien deba recibir una prestación, acceda a ella en forma efectiva y eficaz, lo que permite también concluir que concurre el requisito del *periculum in mora* que torna procedente la petición cautelar.
2. — Dentro del marco hipotético que admiten los pronunciamientos cautelares, corresponde, en este caso particular en el que de las constancias médicas arrimadas no se advierte la posibilidad de dilación alguna, estar a lo prescripto por el médico a cargo del tratamiento de la paciente, que es en definitiva quien conoce pormenorizadamente la historia clínica de la amparista y resulta responsable del tratamiento médico que recibe.
3. — Es claro que, en el actual estado de la causa, la cobertura de los tratamientos indicados no ocasionaría un grave perjuicio para la demandada, pero evita, en cambio, el agravamiento de las condiciones de vida del paciente, circunstancia esta que torna procedente la petición cautelar. Así, de conformidad con las consideraciones hasta aquí efectuadas, la accionada deberán otorgar la cobertura de los tratamientos indicados por su médico tratante.
4. — Respecto de lo solicitado y en relación con que no se restrinja el acceso al sanatorio al actor y su hermana, cabe precisar que resulta adecuado el ingreso de cualquiera de ellos en razón del

parentesco por afinidad que ostentan (art. 536 del Cód. Civ. y Com.) y el pleno ejercicio de los derechos que la normativa de fondo les otorga y siempre bajo el estricto cumplimiento de las normas de salubridad vigentes requeridas por el sanatorio y autoridades competentes.

JNFed. Civ. y Com., sala de feria, 07/01/2021. - L., J. M. c. Sanatorio Otamendi y Miroli SA s/ amparo de salud.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/2/2021]

18/2021

1ª Instancia.- Buenos Aires, enero 7 de 2021.

Considerando:

I. Que, con fecha 07/01/2021, se presenta en autos el Sr. J. M. L. peticionando el dictado de una medida cautelar en favor de su padre por afinidad, el Sr. O. G. R., DNI N° ..., a fin de que el Sanatorio Otamendi y Miroli SA le provea a él, con carácter urgente, los tratamientos compasivos prescriptos, con fecha 07/01/2020, por su médico tratante Dr. D. C. (Neurocirujano) y, además, no restrinja el acceso al sanatorio del actor y de su hermana, la Sra. V. L.

En tal sentido, solicita el dictado de la medida cautelar *in audita parte* a fin de evitar el deceso del Sr. G. R. ya que, de lo contrario, el fin del resguardo cautelar podría verse inminentemente frustrado con motivo del fallecimiento.

Con la partida de matrimonio y la prescripción médica arrimadas, acredita el vínculo de la Sra. A. M. T. (madre del peticionario fallecida recientemente) y el Sr. O. J. G. R. (paciente y padre por afinidad del peticionario) y el actual estado de salud del paciente.

II. Dadas así las cosas, a los fines de considerar la procedencia de la medida cautelar solicitada previamente he de recordar que la nueva normativa constitucional incorporó con jerarquía constitucional una nómina de tratados internacionales de derechos humanos.

Estos pactos internacionales contienen cláusulas específicas que resguardan la vida y la salud, según surge del art. VII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; del art. 25, inc. 2, de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de los arts. 4º, inc. 1º y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —Pacto de San José de Costa Rica—, del art. 24, inc. 1º, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del art. 10, inc. 3º, del Pacto Internacional de Derechos Económicos,

Sociales y Culturales, vinculados con la asistencia y cuidados especiales que se les deben asegurar.

Cabe agregar, asimismo, que ese último tratado reconoce, asimismo, el derecho de todas las personas a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental, así como el deber de los estados partes de procurar su satisfacción.

III. En los términos expuestos, cabe indicar que las medidas cautelares, ante todo, más que hacer justicia están destinadas a dar tiempo a la justicia para cumplir eficazmente su obra (conf. Di Iorio J., “Nociones sobre la teoría general de las medidas cautelares”, LA LEY, 1978-B, 826; CNCCFed., Sala II, causa 9334 del 26/06/1992, entre otras).

De allí que para decretarlas no se requiera una prueba acabada de la verosimilitud del derecho debatido, extremo que solo puede ser alcanzado al tiempo de la sentencia (conf. CNCCFed., Sala II, causas 968 del 19/03/1982; 1408 del 15/07/1983; 4330 del 21/03/1986 y 9334 precit.; CNCiv., Sala E, LA LEY supl. diario del 18/12/1981, fallo 80.288), ni sea menester un examen exhaustivo de las relaciones que vinculan a las partes (conf. CNCiv. Com. Fed., Sala II, causa 521 del 10/07/1981) cuya índole y extensión han de ser dilucidadas con posterioridad.

Basta, pues, que a través de un estudio prudente, sea dado percibir un “*fumus bonis iuris*” al peticionario.

Ello, por cuanto —no está demás puntualizarlo— la verosimilitud del derecho equivale, sino a una incontestable realidad, al menos a la probabilidad de la existencia del derecho en cuestión (conf. CNCCFed., Sala II, causas 4442 del 07/06/1986 y sus citas; 5821 del 05/04/1988; 6180 del 20/09/1988, 4861/96 del 11/09/1996 y 7729 del 25/09/1990, entre otras), pues este recaudo es materia susceptible de grados y está influido por la índole del reclamo principal, del que no puede ser desvinculada la medida (conf. fallos citados; v. además causas 4108 del 20/12/1985; 5984 del 17/06/1988; 4330 y 9334 cit. y 19.392/95 del 30/05/1995).

IV. En el caso, la argumentación expuesta por el accionante y la actual condición de salud del paciente que da cuenta la constancia médica arribada, hacen que el derecho invocado luzca *prima facie* verosímil.

En efecto de las constancias agregadas a las presentes actuaciones, surge claramente el diagnóstico del paciente, que “presenta SARS Covid 19 grave” con “compromiso pulmonar severo” y con saturación de hemoglobina que “se encuentra en descenso. En este sentido, cabe precisar lo categórico y determinante

que resulta la prescripción médica acompañada a través de la cual el Dr. S. A. C. expresa que “El paciente se encuentra en muy grave estado de salud por lo que se solicita la autorización de manera muy urgente”.

A lo expuesto cabe agregar que, a modo preliminar dentro del marco hipotético que admiten los pronunciamientos cautelares, corresponde, en este caso particular en el que de las constancias médicas arribadas no se advierte la posibilidad de dilación alguna, estar a lo prescripto por el médico a cargo del tratamiento de la paciente, que es en definitiva quien conoce pormenorizadamente la historia clínica de la amparista y resulta responsable del tratamiento médico que recibe (CNCCFed., Sala I, causa N° 3100/2014, de fecha 09/12/2014).

Resulta entonces que, a la luz de la documentación acompañada, no se advierte una imposibilidad de orden médica para la implementación de los tratamientos prescritos y adecuado al caso de autos, que además, es de urgente realización ya que puede mejorar el diagnóstico y el tratamiento consecuente a adoptarse de manera inminente o, en su caso, salvar la vida del paciente.

La situación de salud que aqueja a la accionante y la normativa protectoria vigente suponen, en principio, la necesidad de arbitrar las herramientas que aseguren una prestación médica eficaz y que hagan a la conservación y mejoramiento de su estado general de salud.

Tales aspectos pues, lucen suficientes —en este estado liminar del proceso— a fin de acceder a la petición cautelar esgrimida, pues, en principio, es preciso asegurar de quien deba recibir una prestación, acceda a ella en forma efectiva y eficaz, lo que permite también concluir que concurre el requisito del “*periculum in mora*” que torna procedente la petición cautelar.

En consecuencia, es claro que en el actual estado de la causa, la cobertura de los tratamientos indicados no ocasionaría un grave perjuicio para la demandada, pero evita, en cambio, el agravamiento de las condiciones de vida de la actora, circunstancia esta que torna procedente la petición cautelar.

Así, de conformidad con las consideraciones hasta aquí efectuadas, la accionada deberán otorgar la cobertura de los tratamientos indicados por su médico tratante.

Por su parte, respecto de lo solicitado y en relación a que no se restrinja el acceso al sanatorio al actor (Sr. J. M. L.) y su hermana (Sra. V. L.), cabe precisar que resulta adecuado el ingreso de cualquiera de ellos en

razón del parentesco por afinidad que ostentan (confr. Art. 536 del Cód. Civ. y Com. de la Nación) y el pleno ejercicio de los derechos que la normativa de fondo les otorga y siempre bajo el estricto cumplimiento de las normas de salubridad vigentes requeridas por el sanatorio y autoridades competentes.

Por lo expuesto y sin perjuicio de lo que oportunamente pudiere decidirse al momento del dictado de la sentencia definitiva en función de los hechos, derecho y probanzas que invoquen y aporten las partes, de conformidad con lo dispuesto por el art. 232 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, entendiéndose prestada la caución juratoria por parte del representante legal de la accionante con la suscripción de la petición inicial, resuelvo: 1. Disponer que hasta tanto se resuelva la pretensión planteada en autos con carácter definitivo, la demandada Sanatorio Otamendi y Miroli SA deberán arbitrar los medios pertinentes para garantizar al Sr. O. J. G. R., la implementación de los tratamientos prescritos por su médico tratante y que da cuenta la constancia de fecha 07/01/2021 acompañada. 2. Permitir el acceso al sanatorio demandado de los Sres. J. M. L. y V. L. con el alcance establecido en el considerando IV, 9° párrafo. 3. Regístrese y notifíquese mediante oficio en soporte papel —con habilitación de días y horas inhábiles y al que deberá adjuntarse copia íntegra y legible de la pieza en despacho y documentación acompañada— y haciéndole saber a la accionada que deberá acreditarse el cumplimiento de la medida en el plazo de 24 (veinticuatro) horas. A tal fin, facultase al letrado interviniente a su suscripción en los términos de lo establecido por el art. 400 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación. — *Javier Pico Terrero*.

AMPARO DE SALUD

Tratamiento médico compasivo. Administración de dióxido de cloro. Falta de acreditación sobre los beneficios para la salud. Rechazo.

Con nota de Fabio Fidel Cantafio

1. — La acción de amparo tendiente a que se le administre dióxido de cloro —como tratamiento compasivo— al marido de la actora no puede prosperar, ya que no acompañó un solo certificado donde algún médico prescriba o señale que, en el caso particular del paciente, el tratamiento solicitado podría resultar beneficioso para su salud. No se advierte que la conducta desplegada por el hospital demandado resulte arbitraria ni violatorio de derecho constitucional alguno.

2. — Basado en la obligación médica de procurar el beneficio del paciente, se entiende por acto compasivo, la utilización de prácticas o productos que no están aprobados o no forman parte de la terapéutica oficialmente reconocida en situaciones extremas.

CCiv. y Com., Salta, sala II, 20/10/2020. - M., E. Y.; B., P. A.; B., R. A.; B., A. L.; B., S. M.; B., M. c. Hospital de Gestión Descentralizada San Bernardo s/ amparo.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/69816/2020]

COSTAS

Se imponen a la actora vencida.

Exp. 713073/20

2ª Instancia. - Salta, octubre 20 de 2020.

Resulta:

A fs. 45/54 se presenta la señora E. Y. M., la señora M. B. y los señores P. A. B., R. A. B., S. M. B. con el patrocinio letrado del Dr. E. J. I. L. V. e interponen Acción de Amparo en contra del Hospital San Bernardo a fin de garantizar el derecho del señor R. S. B. al tratamiento médico compasivo que señala.

En relación a los hechos, manifiestan ser esposa e hijos, respectivamente, del señor R. S. B. Refiere que el señor B. ingreso al hospital San Bernardo en fecha 11 de agosto de 2020 con un malestar general y fiebre. Que por protocolo y ante la posibilidad que se tratara de Covid-19, fue trasladado al hospital Papa Francisco dando resultado negativo. Sostienen que en fecha 15 de agosto de 2020 fue trasladado nuevamente al hospital San Bernardo con diagnóstico de neumonía pleural, alrededor del o los pulmones afectados. Que en fecha 20 de agosto de 2020 el médico tratante informó a la familia se había identificado a la bacteria que afectaba al señor B. y que se iniciaba el tratamiento farmacológico, con el que continúa hasta la actualidad. Manifiestan que la evolución del paciente es desfavorable, con profundo deterioro e instalación de una sepsis.

Asveran que, ante el profundo y progresivo deterioro de la salud del señor B., en fecha 1 de septiembre de 2020 se presentó nota de consentimiento informado ante las autoridades del hospital San Bernardo donde se propone la administración de la “sustancia CDS - dióxido de cloro” bajo el concepto de tratamiento compasivo, sin desmedro del tratamiento en curso. Señala que dicha gestión no prosperó.

Realiza diferentes consideraciones relativas a la procedencia sustancial de su pedido. Ofrece prueba y solicita medida cautelar innovativa.

A fojas 55 se provee la acción de amparo deducida, se le imprime el trámite establecido por el artículo 87 de la Constitución Provincial y se requiere informe circunstanciado al Hospital San Bernardo.

Mediante resolución de fojas 56/58 vta. se rechaza la medida cautelar solicitada.

A fojas 214/219 vta. se presenta el doctor Nicolás Salazar en representación del Hospital Público de Autogestión San Bernardo. En primer lugar, brindar el informe que le fuera requerido y posteriormente realiza distintas consideraciones vinculadas a la improcedencia sustancial de la acción deducida solicitando su rechazo, con costas.

A fojas 227/230, la actora contesta el traslado que le fuera corrido del informe presentado por la accionada.

Corrida vista al Ministerio Público Fiscal, a fojas 233/234 dictamina el doctor Eduardo Sylvester, Fiscal Ante la Corte N° 1, interinamente a cargo de la Fiscalía de Cámara Civil y Comercial.

A fs. 236 pasan autos para sentencia.

Considerando:

a) El art. 87 de la Constitución Provincial establece “La acción de amparo procede frente a cualquier decisión, acto u omisión arbitrarios o ilegales de la autoridad, excepto la judicial, o de particulares, restrictivos o negatorios de las garantías y derechos subjetivos explícitos o implícitos de esta Constitución, tanto en el caso de una amenaza inminente cuanto en el de una lesión consumada, a los fines del cese de la amenaza o del efecto consumado...”

El amparo es una medida excepción para cuya procedencia se requiere:

- la violación de un derecho indiscutible, cierto, preciso, de jerarquía constitucional,

- que esa violación cause un daño grave e irreparable,

- que el acto o la omisión lesiva estén viciados de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta,

- que No existan otros mecanismos legales para la protección del derecho constitucional supuestamente vulnerados.

b) Que el derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana, preexistente a toda legislación positiva, que está garantizado por la Constitución Nacional y su protección (en especial el derecho a la salud) constituye un bien en sí mismo, porque resulta imprescindible para el ejercicio de la autonomía personal (art. 19 CN), toda vez que un individuo gravemente enfermo no esta en condiciones de optar libremente por su propio plan de vida (CSJN, Fallos: 302:1284; 310:112; 312:1953; entre otros). La vida es el primer derecho de la persona humana reconocido y protegido por la Ley Fundamental (CSJN, Fallos: 310:112; 312:1953 y 320:1294) y que, en tanto eje y centro de todo sistema jurídico, es inviolable y constituye un valor fundamental (CSJN, Fallos: 316:479 y 324:3569).

La constitución de la Organización Mundial de la Salud establece que “La salud es un estrado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. El goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social...”

El derecho a la salud, que en el texto de la Constitución Nacional de 1853/60 formaba parte de los derechos implícitamente reconocidos (art. 33), fue incorporado expresamente con la reforma de 1994, tanto en la esfera de las relaciones de consumo (art. 42) como a través de su reconocimiento en los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 CN).

Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 25 dispone que “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”. La Declaración americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece que “toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad (art. XI). El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, refiere explícitamente a la protección de la salud en los artículos 12.3, 18.3, 19.3.b, 21 y 22.2. La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), luego de establecer que “toda persona tiene derecho a que se respete su vida”, refiere específicamente a la

protección de la salud en los artículos 12.3, 13.3, 15, 16.2 y 22.2.

Por último, el art. 41 de la Constitución de Salta establece “La salud es un derecho inherente a la vida y su preservación es un deber de cada persona. Es un bien social. Compete al Estado el cuidado de la salud física, mental y social de las personas, y asegurar a todos la igualdad de prestaciones ante idénticas necesidades” y el art. 42 dispone que “El Estado elabora el Plan de Salud Provincial, estableciendo las prioridades con un criterio de justicia social y utilización racional de los recursos...”

c) De las constancias de autos surge que el señor R. S. B. ingresó al Hospital San Bernardo en fecha 15 de agosto de 2020, derivado del Hospital Papa Francisco, cursando un cuadro de insuficiencia respiratoria por empiema pleural más artritis séptica de hombro derecho, permaneciendo hasta la fecha en terapia intensiva con pronóstico reservado.

Por medio de la presente acción la actora persigue que, ante la negativa de la institución demandada, se garantice el derecho de acceso a un tratamiento médico compasivo en la persona del señor R. S. B. y se le administre la sustancia “CDS - dióxido de cloro”.

Basado en la obligación médica de procurar el beneficio del paciente, se entiende por acto compasivo, la utilización de prácticas o productos que no están aprobados o no forman parte de la terapéutica oficialmente reconocida en situaciones extremas. La Declaración de Helsinki de la Asociación Médica Mundial (1964) ha sostenido que “En el tratamiento de una persona enferma, el médico debe tener la libertad de utilizar un nuevo procedimiento diagnóstico o terapéutico, si a juicio del mismo ofrece una (seria) esperanza de salvar la vida, restablecer la salud o aliviar el sufrimiento”. Por su parte, esa misma declaración (revisada en el año 2013), señala (párrafo 37) que “Cuando en la atención de un enfermo las intervenciones probadas no existen u otras intervenciones conocidas han resultado ineficaces, el médico, después de pedir consejo de experto, con el consentimiento informado del paciente o de un representante legal autorizado, puede permitirse usar intervenciones no comprobadas, si, a su juicio, ello da alguna esperanza de salvar la vida, restituir la salud o aliviar el sufrimiento...”

Analizando la prueba producida tenemos que, a fs. 115, el Comité Científico asesor del Colegio Médico de la Provincia de Salta, acompaña material científico y advertencias de importantes entidades, acerca de la utilización de dióxido de cloro o clorito de sodio en humanos y recomienda que se investigue y sancione, si existen profesionales que indiquen o vendan dióxido de cloro en esta provincia. Según informe agre-

gado a fs. 117/118 de fecha 16 de julio de 2020, la Organización Panamericana de la Salud “recomienda a la población no consumir productos que contengan dióxido de cloro o sustancias relacionadas (hipoclorito de sodio, lavandina, etc.) y denunciar cualquier promoción que se identifique sobre propiedades curativas de estos productos”.

En su informe de fs. 124 vta./125 el presidente del comité de Bioética Clínica señala que el tratamiento solicitado “se encuentra expresamente prohibido por las entidades científicas y administrativas de la salud nacional e internacional (OMS, OPS, FDA, ANMAT, Ministerio de Salud de la Nación, SAP, entre otras) para el uso en seres humanos, tanto para el tratamiento de Covid-19, como de otras dolencias”.

Al margen de lo antes dicho, y más allá de los profesionales propuestos como “peritos de parte” (fs. 47), a lo largo del proceso la actora no acompañó un solo certificado donde algún médico prescriba o señale que, en el caso particular del señor B., el tratamiento solicitado podría resultar beneficioso para su salud.

d) Que a tenor de lo dispuesto por el art. 87 de la Constitución de la Provincia, la acción de amparo procede ante actos u omisiones ilegales de la autoridad o de particulares, restrictivos o negatorios de las garantías y derechos subjetivos explícita o implícitamente allí consagrados. La viabilidad de este remedio requiere, en consecuencia, la invocación de un derecho indiscutible, cierto y preciso, de jerarquía constitucional, pero además que la conducta impugnada sea manifiestamente arbitraria o ilegítima, y que el daño no pueda evitarse o repararse adecuadamente por medio de otras vías (CJS, Tomo 91:603; 95:711; 119:495, entre otros).

En base a los parámetros antes señalados, en este caso, no se advierte que la conducta desplegada por el Hospital San Bernardo, resulte arbitraria ni violatorio de derecho constitucional alguno por lo que la acción deducida no puede prosperar. “La ilegalidad o arbitrariedad manifiesta, como presupuesto de admisibilidad de la acción de amparo, se debe observar en forma diáfana, a través de un proceder contrario al derecho, que contradiga las normas positivas, o bien, en hipótesis de arbitrariedad, como apostrofe subjetivo caracterizado por el mero voluntarismo enderezado a la violación del derecho. Su carácter manifiesto, implica que el juez debe advertirlo sin asomo de duda, que se encuentre frente a una situación palmariamente anómala o resulte de una voluntad irrazonable desplegada por el demandado, lo cual, por cierto no ocurre en la especie. Los temas opinables o aquellos que requieren mayor debate y aporte probatorio son ajenos a este remedio procesal de raigambre constitucional” (CJS Tomo 129:96).

e) En cuanto a las costas, las mismas estarán a cargo de la vencida de acuerdo a lo dispuesto por el art. 67 Cód. Proc. Civ. y Comercial.

Por lo expuesto fallo: I. Rechazando la acción de amparo deducida por la actora en contra del Hospital

San Bernardo, por las razones expuestas en los considerandos. II. Estableciendo que las costas del presente proceso estarán a cargo de la vencida. III. Mandando se copie, protocolice y notifique. — *Leonardo Aranibar.*

Teoría general sobre el uso compasivo de medicamentos

Fabio Fidel Cantafio

Sumario: I. Introducción.— II. Los hechos relevantes del caso.— III. La discusión de los hechos y el desenlace del caso.— IV. La discusión del derecho.— V. Un amparo análogo por el dióxido de cloro con decisión contraria.— VI. El dióxido de cloro.— VII. Diferencia entre el uso compasivo y los tratamientos empleados durante la emergencia creada por el COVID-19.— VIII. Los estándares de seguridad y eficacia del medicamento según la jurisprudencia.— IX. El criterio de la prueba de la eficacia.— X. El criterio de ponderación de riesgos y beneficios.— XI. La doctrina liminar de la Corte Suprema de Justicia en “Cisilotto de Baricalla”.— XII. El estándar de eficacia y seguridad en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los EE. UU.— XIII. El uso compasivo: concepto tradicional de acto médico compasivo.— XIV. Estado actual del encuadre regulatorio del uso compasivo (uso compasivo “regulado”).— XV. Legislación comparada del uso compasivo “regulado”.— XVI. El uso compasivo. Un encuadre de máxima generalidad.— XVII. Conclusión.— XVIII. Bibliografía.

I. Introducción

El propósito inicial de este trabajo fue comentar un fallo que ordenaba una medida cautelar que permitía la administración a un paciente de dióxido de cloro (sustancia peligrosa que no es un medicamento y fue presentado en algunos medios de comunicación como “un gran remedio”). La decisión del juez adquirió notoriedad y fuertes repercusiones sociales porque habilitaba la administración, a un paciente con COVID-19 internado, de una sustancia tóxica derivada del cloro (semejante a la lavandina o hipoclorito). Una decisión —posiblemente apresurada por el riesgo de vida— que desoye la opinión negativa de entidades médicas y de la autoridad sanitaria, que lo desaconsejaba. Otro fallo sobre la

misma materia —que se analizará— resolvía en sentido opuesto una solicitud semejante. ¿Qué aspecto fundamental había pasado desapercibido y podía explicar el resultado cuestionable en el primer caso?

Y entonces caí en la cuenta de que en estas acciones estaba involucrado un problema teórico relevante en cuestiones de salud del cual la doctrina especializada mayormente ha descrito su casuística, limitada a las características del medicamento o a la relación médico y paciente: me refiero al *uso compasivo de medicamentos*.

En mi opinión el tema no ha sido tratado sistemáticamente, en un intento de explicarlo teóricamente, no solo en el plano del acto médico,

sino superando ese enfoque a la luz de los avances de la medicina y de la moderna legislación de regulación de medicamentos. Al concepto moderno que se corresponde con esta teoría lo denominó “uso compasivo regulado” por los organismos sanitarios, vigente en buena parte de los países del mundo, en contraste con la noción histórica o clásica de esa práctica.

Este prisma de abordaje se muestra fértil en la construcción teórica de una doctrina coherente, capaz de arrojar luz sobre los límites legales, científicos y éticos al uso de “medicamentos” o productos no autorizados; en otro plano, la visión contribuye a delinear los estándares y criterios de valoración que tenga su norte orientado a la acreditación de la eficacia y seguridad (y legitimidad) de un producto medicinal.

Tal vez la propuesta de orientar este trabajo a sistematizar este concepto médico, jurídico y —en este enfoque— “regulatorio” (por organismos especializados), de conectarlo con la jurisprudencia y con la normativa local y comparada sea más provechoso para todos los profesionales, en especial los operadores en estas acciones judiciales y los vinculados al sistema de salud.

En lo metodológico, se abordará el campo del problema desde prismas en lo historiográfico, jurídico, centrado en el derecho comparado, y bioético. Los caminos son: de lo particular, representado por la jurisprudencia en comentario, a lo general, captado de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación; del concepto de uso compasivo histórico al “uso compasivo regulado” que nos conecta con lo universal, con el estado actual de la legislación de los medicamentos y con la legislación comparada.

Finalmente abordaré la revalorización del concepto de uso compasivo en su máxima generalidad al ubicarlo en el peldaño de la *autonomía constitucional*. En la senda de honestidad intelectual cabe explicitar que esta teoría no se ha construido en abstracto, de cero. Se reactualiza consecuentemente con la defensa de la libertad de las personas para procurarse por sí mismas la elaboración de productos de Cannabis de uso medicinal, obstaculizadas por la persecución penal; siguiendo de cerca los fundamentos y estándares de la jurisprudencia específica que les dio “juridicidad”, sin desatender

la adversa. También ha respondido a la crítica a las anteriores políticas estatales —de desjerarquización del Estado en salud— que quisieron truncar, con una interpretación inconstitucional de la ley, el uso compasivo (bajo el nombre de acceso de excepción y análogos) de estos mismos productos provenientes del exterior (1). Ambos planteamientos los he manifestado en su momento y fueron publicados (2).

II. Los hechos relevantes del caso

Comenzamos con el análisis del juicio de amparo en la causa “L., J. M. c. Sanatorio Otamendi y Miroli SA s/ amparo de salud” (3).

II.1. Los términos de la demanda

El actor (hijo de la esposa del paciente) inicia una acción de amparo de salud a favor de este, el Sr. O. G. R., quien padece COVID-19, y solicita que el Sanatorio Otamendi y Miroli SA “le provea a él, con carácter urgente, los tratamientos compasivos prescritos, con fecha 07/01/2020, por su médico tratante Dr. S. C. (neurocirujano) y, además, no restrinja el acceso al sanatorio del actor y de su hermana”.

(1) Situación de injusticia que fue corregida con el dictado del dec. 883/2020, que derogó el dec. 738/2017, y la emisión de la nueva res. 654/2021 Ministerio de Salud: cuyo art. 2º establece: “Apruébase el Régimen de Acceso de Excepción a productos que contengan cannabinoides o derivados de la planta de cannabis destinados exclusivamente para uso medicinal ya sea para el tratamiento de un paciente individual o bien dentro del contexto de una investigación científica de acuerdo a lo establecido por la presente norma. Art. 4º.— Los productos destinados al tratamiento de pacientes individuales cuya importación se autorice por la ADMINISTRACIÓN NACIONAL DE MEDICAMENTOS, ALIMENTOS Y TECNOLOGÍA MÉDICA (ANMAT) a través del presente Régimen, deberán ser prescritos por profesionales médicos matriculados ante autoridad sanitaria competente, bajo su exclusiva responsabilidad sobre la calidad, seguridad y eficacia del producto indicado, mediante receta ajustada a normativa vigente”.

(2) CORTESI, Cristina - CANTAFIO, Fabio F., “Medicamentos. Introducción al estudio de su regulación jurídica”, Visión Jurídica, Buenos Aires, 2019, 2ª ed. actualizada y aumentada.

(3) JFed. Civ. y Com., sala de Feria, causa 18/2021, 07/01/2021, autos: “L., J. M. c. Sanatorio Otamendi y Miroli SA s/ amparo de salud”, en línea: <https://fabiofcantafio.files.wordpress.com/2021/01/medida-cautelar-doc.pdf>.

Dicha orden es requerida “mediante el dictado de la medida cautelar *in audita parte*” en razón de la urgencia creada por el grave peligro de vida propio de su cuadro de salud.

II.2. El cuadro clínico del paciente

De las constancias mencionadas en la resolución judicial analizada, surge claramente el diagnóstico del paciente, que “presenta SARS COVID 19 GRAVE” con “compromiso pulmonar severo” y con saturación de hemoglobina que “se encuentra en descenso”. En este sentido, cabe precisar lo categórico y determinante que resulta la prescripción médica acompañada a través de la cual el Dr. S. C. expresa que “[e]l paciente se encuentra en muy grave estado de salud por lo que se solicita la autorización de manera muy urgente”.

No se puede menos que advertir que en ninguna parte de la resolución comentada se menciona cuáles son los “tratamientos” “prescritos” a los que se hace referencia reiteradamente, cuestión de hecho fundamental que se abordará más adelante. Leyendo las crónicas del momento puede conocerse —por la notoriedad que adquirió este caso— que uno de los productos prescritos consistía en una *solución de dióxido de cloro*, producto del que se hablará con propiedad más adelante.

II.3. La resolución cautelar

El magistrado dispuso que hasta tanto se resuelva la pretensión planteada en autos con carácter definitivo, la demandada Sanatorio Otamendi y Miroli SA deberán arbitrar los medios pertinentes para garantizar al (paciente), la implementación de los tratamientos prescritos por su médico tratante y que da cuenta la constancia de fecha 07/01/2021 acompañada.

III. La discusión de los hechos y el desenlace del caso

Muchas veces desconocemos las consecuencias de la decisión judicial o el desenlace de los hechos del caso. En esta oportunidad se conoció por los medios de comunicación que, lamentablemente, el paciente falleció (sin tener certeza si le administraron dióxido de cloro en el sanatorio en el que estaba internado). De todos mo-

dos, este hecho es irrelevante en el análisis que aquí se propone.

La información periodística nos brinda un panorama de las posibles alternativas de este desenlace. En tal sentido, “había sido por orden de un juez federal, en una decisión judicial que causó rechazo en la comunidad médica ya que se trata de un tratamiento no autorizado” (4).

“Según pudo confirmar *Clarín*, el paciente de 92 años murió después de habersele aplicado el tratamiento. ‘Luego de (la) aplicación, el paciente empeoró en lo respiratorio y murió a las 24 horas,’ informaron desde el sanatorio”.

En palabras del abogado del amparista: “El médico que lo trataba sugirió el dióxido de cloro y el ibuprofeno inhalado y el (sanatorio) se negó a hacer el tratamiento. Ante esto se presentó un recurso de amparo y la Justicia lo aplicó”.

Por su parte, el médico y bioeticista, Dr. Carlos Tealdi, formula precisiones y destaca uno de los hechos relevantes con estas palabras: “El paciente G. R. O., con un compromiso pulmonar severo por COVID, recibía tratamiento convencional y oxígeno, pese a lo cual su saturación de hemoglobina descendía. Por estas causas, C. D. un médico ajeno al establecimiento de salud en el que era tratado, le prescribió *tratamiento compasivo* con dióxido de cloro endovenoso y nebulizaciones con ibuprofenato de sodio” (5).

Más adelante opina: “Queda claro en este caso que, desde el punto de vista normativo, administrativo, ético y profesional, ni los profesionales ni el Sanatorio tienen la obligación de administrar un tratamiento que no tiene fundamento. Y aún más, tienen el deber de no administrarlo” (6).

Voy a añadir a este debate una hipótesis no analizada que tiene relevancia jurídica: ¿qué sucede si, por el grado de dilución del dióxido de cloro, la solución carece de todo efecto y, por

(4) “Murió el paciente que recibió dióxido de cloro por orden de un juez”, *Clarín.com*, 11/01/2021.

(5) TEALDI, Juan Carlos, “El dióxido de cloro e ibuprofeno inhalado no son alternativa terapéutica frente a la COVID-19”, *El Cohete a la Luna*, semanario web.

(6) TEALDI, Juan Carlos, “El dióxido...”, ob. cit.

esta opción ineficaz, *el paciente pierde la oportunidad de recibir tratamientos alternativos médicamente aconsejados*? La respuesta a esta hipótesis tiene consecuencias jurídicas y la ha abordado la Corte Suprema en otro tiempo. Esta jurisprudencia la analizaremos en su lugar.

III.1. La discusión de los hechos relevantes para encuadrar el caso

De la decisión se desprende con meridiana claridad que el paciente se halla en un estado de salud delicado, está internado en el sanatorio ya nombrado, atendido por su equipo médico, probablemente, con una evolución desfavorable (según diagnóstico: “compromiso pulmonar severo” y con saturación de hemoglobina que “se encuentra en descenso”).

De tal modo no se comprende bajo qué circunstancias de hecho puede considerarse que el médico invocado por el actor y —según todo indica y lo afirmado por el Dr. Tealdi más arriba— ajeno a la institución, puede ser colocado por el magistrado como “el médico a cargo del tratamiento de la paciente”.

En esta situación la alegación de *tratamientos compasivos prescriptos* por quien *no es el responsable de la asistencia médica del paciente deviene inaplicable*. Constituye un hecho definitorio en el análisis de estos casos.

IV. La discusión del derecho

IV.1. Los fundamentos jurídicos de la decisión

En primer término, la interpretación de las *cláusulas específicas que resguardan la vida y la salud*, contenidas en la Constitución Nacional y los tratados incorporados —que configuran medularmente la verosimilitud del derecho, a la par del peligro en la demora, teñido en estas circunstancias por la urgencia de medios para preservar la vida— constituye una doctrina general establecida para, en principio, otorgar las cautelares en salud.

Conforme lo he señalado más arriba la inexistencia de los requisitos que configuran el uso compasivo: base racional, incluido la falta de inmediatez y *responsabilidad personal del médico prescriptor* respecto del paciente, desvanecen,

hacen perder sustento fáctico preciso a la aplicación de la doctrina explicitada por el juez.

Esto último puede advertirse nítidamente en la jurisprudencia citada en el fallo [Causa 3100/14 (7), sala I, CCCF] donde se debatió la provisión de *la prótesis ofrecida por la obra social* (la prestación prometida por la empresa de salud, tenida por insatisfactoria) y la que, *de manera expresa y fundada, prescribió el médico tratante* (objeto de la medida cautelar solicitada y confirmada). En concreto en este precedente el otorgamiento de la cautelar por el magistrado no controvierte la opinión de los *médicos que asisten al paciente* (y son tratantes) sino la calidad de la prestación ofrecida por una obra social que no se ajusta al criterio del médico.

V. Un amparo análogo por el dióxido de cloro con decisión contraria

En otra causa se requirió el uso de dióxido de cloro mediante una acción de amparo dirigida contra el Hospital Público de Autogestión San Bernardo (8) (Provincia de Salta) *a fin de garantizar el derecho del señor R. S. B. al tratamiento médico compasivo que señala* (la administración de la “sustancia CDS - dióxido de cloro” “bajo el concepto de tratamiento compasivo, sin desmedro del tratamiento en curso”).

En este caso se acredita que el paciente permanece en terapia intensiva con insuficiencia respiratoria, artritis séptica y otras complicaciones con pronóstico reservado.

Mientras, en el caso “L., J. M. c. Sanatorio Otamendi y Miroli” el médico que prescribe el dióxido de cloro es externo, ajeno al nosocomio y a su equipo médico —quienes rechazan esa indicación altamente riesgosa— en el caso salteño los que piden el producto son familiares y ningún profesional se hace responsable

(7) CCCF, sala I, Causa 3100/14 “L., M. F. c. Accord Salud y otro s/ amparo de salud s/ incidente de apelación”.

(8) CCiv. y Com. Salta, sala II, octubre de 2020, “M., E. Y.; B., P. A.; B., R. A.; B., A. L.; B., S. M.; B., M. c. Hospital de Gestión Descentralizada San Bernardo por Amparo” (exp. 713073/20). Fallo registrado por el Poder Judicial de Salta, <http://web.justiciasalta.gov.ar/jurisprudencia-salta.php>.

de semejante indicación; en efecto se señaló en la decisión: “a lo largo del proceso la actora no acompañó un solo certificado donde algún médico prescriba o señale que, en el caso particular del señor B., el tratamiento solicitado podría resultar beneficioso para su salud”. Nuevamente falta el fundamento del beneficio y la prescripción del médico tratante.

Desde el derecho interpretado por el tribunal, a diferencia del caso anterior, además de la doctrina constitucional que tiene al derecho a la vida, en el sitio de primer derecho, se acerca a la concisión y las particularidades propias de los hechos del caso. En efecto, en el derecho se incluye a la prescripción del párr. 37 de la Declaración de Helsinki (en su versión de 1964 y 2013) que habilita éticamente el juicio médico para intentar el uso de un producto no probado en beneficio de su paciente cuando las intervenciones —en un sentido— “médicamente recomendadas” han fracasado.

Este mismo “juicio” se muestra irracional cuando, como en el caso, la prueba rendida por el Comité Científico asesor del Colegio de Médicos de la Provincia de Salta y el comité de bioética del centro desaconsejan enfáticamente el uso del producto de cloro.

Seguidamente se discutirá las características riesgosas de uno de los productos solicitados en los aparos, el dióxido de cloro.

VI. El dióxido de cloro

Merece un apartado propio el análisis de uno de los objetos de la pretensión cautelar, un producto a base de dióxido de cloro (de uso industrial, profesional) que, además, carece de la calidad exigida a un medicamento. Como se demostrará este producto representa un peligro para la salud y es clasificable como peligro *per se*.

Propiedades físico-químicas. La sustancia *dióxido de cloro* [cuya fórmula molecular es ClO₂ (cloro, oxígeno dos) y se muestra desarrollada O=Cl=O], es un gas amarillo verdoso, característico del cloro diatómico gaseoso (Cl₂), molécula covalente; es un fuerte oxidante y explosivo en contacto con la materia orgánica; al

solubilizarse en agua forma una solución (de concentración hasta 3 g/L, gramos/litro). Alguno de los productos industriales de estas soluciones acuosas son los que se han conocido en las noticias y ciertas publicidades.

Por su propiedad oxidante de la materia orgánica, diluido actúa como un germicida y se lo emplea en el tratamiento de aguas para uso humano, no estrictamente bebibles, entre otros usos (en mayor concentración, blanqueador de la pasta de celulosa, etc.).

La solución sanitizante de dióxido de cloro acuoso (aq) o *chlorine dioxide solution* a diferencia de lo que se ha dicho, posee actividad antimicrobiana y antiviral *in vitro* [ver artículos científicos (9)] y muy limitados usos medicinales marginales.

En definitiva, de la información presentada se advierte que esta sustancia es un agente fuertemente oxidante, agresivo para los tejidos humanos (y naturalmente de los microbios, *in vitro*), de acción tóxica y, en su conjunto, peligrosa para la salud humana. Carece de bases metodológicas extrapolar el uso *in vitro* de una sustancia y su acción germicida al empleo como medicamento antiviral (coronavirus SARS-CoV-2 causal de COVID-19) eficaz en el cuerpo humano (en su uso intravenoso u oral) sin conocer el mecanismo de acción y probar la toxicidad. El camino es el ensayo clínico, previos datos preclínicos que lo justifiquen.

Para concluir este tema, la Organización Panamericana de la Salud (OPS/OMS) muy tempranamente ha hecho advertencias contra el uso de estas sustancias de cloro (el dióxido, la lavandina o hipoclorito, etc.) tanto respecto a su eficacia como a los “graves efectos adversos” que puede producir su uso en personas (10).

(9) “Efficacy and Safety Evaluation of a Chlorine Dioxide Solution”, en línea: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5369164>.

(10) La Organización Panamericana de la Salud (OPS) ha emitido una advertencia contra el uso de productos de cloro como tratamientos para COVID-19 del 05/08/2020, <https://www.paho.org/es/noticias/5-8-2020-ops-advierte-contra-uso-productos-cloro-como-tratamientos-para-covid-19>.

VII. Diferencia entre el uso compasivo y los tratamientos empleados durante la emergencia creada por el COVID-19

Se ha dicho: “La pandemia ha promovido nuevos excepcionalismos. Es un fenómeno disruptivo, extraordinario, con la emergencia abrupta de una amenaza masiva de enfermedad y muerte”.

Es necesario ahondar en la identificación o la intercambiabilidad que se hace de las ideas de excepción (como apartamiento de la regla de la autorización previa, por otra parte, prevista en la misma ley), que se atribuye al medicamento o producto empleado en el uso compasivo, con la de “excepcionalidad” o “excepcionalismo” en el uso que le dan algunos autores y ciertas normas locales. No es una cuestión teórica meramente.

El término “uso compasivo” empleado clásicamente es un acto médico privativo y, como tal, ejercido para beneficio exclusivo (potencial, querido) de un paciente concreto (individual y en su situación propia), definición que, puede comprenderse hasta cierto punto por certeza, se le busque respaldo en una normativa, incluso derogada, como la disposición 840/1995. Hoy por hoy no existe una norma nacional que defina y delimite qué es uso compasivo imperante en todo el territorio.

Por otra parte, esta práctica presupone una situación límite, teñida por la urgencia médica y la falta de alternativas terapéuticas; eventualmente puede valerse legítimamente del uso de un producto medicinal haciéndose una excepción a la aprobación de este en el país, circunstancia puntualmente considerada. Según distintos autores esta eventualidad está contemplada en el texto de la Disposición 10.874/2017 ANMAT (también derogada) que se cita como apoyo.

En contraste, la “excepcionalidad” que plantea, crea, justifica la pandemia COVID-19 no puede asimilarse teóricamente al uso compasivo tradicional del que estábamos hablando: por existir una situación general dominada por la gravedad y la urgencia (elementos que lo caracteriza y son comunes), que, a diferencia del acto médico individual, requiere respuestas generales, estatales y excepcionales, destinadas a un número indeterminado (muy elevado) de pa-

cientes, para tratar y prevenir la multiplicación geométrica de los contagios y de las manifestaciones de la nueva enfermedad de la que —naturalmente— se carece de un tratamiento eficaz establecido científicamente (otro elemento común). Lo dicho con excepción de la aparición de las diversas vacunas autorizadas para su uso en emergencias para inducir la inmunización de los individuos de una población (acción preventiva).

Como se demostrará más adelante el término uso compasivo tiene definiciones en distintos documentos y en la legislación extranjera con distinto grado de precisión y efectos.

Conceptos como “uso compasivo ampliado” o “extendido” que se han empleado en los actos de algunas provincias pueden tener el significado que les quiera otorgar sus autores. Pero no obstante no tiene sentido preciso en el lenguaje regulatorio y dificulta conformar las prácticas médicas que llevan esa denominación al *régimen jurídico* que le es propio.

Otro término, “acceso extendido”, tiene una definición precisa en el lenguaje regulatorio y describe una situación semejante en esta pandemia tal como la referida al COVID-19 y a una “posibilidad terapéutica [destinada] a pacientes con enfermedad aguda (o pacientes con riesgo de enfermarse gravemente) en hospitales que no participen inicialmente en algún ensayo clínico” (11). Analogía hecha en la norma que está plenamente justificada cuando se administra a pacientes un producto medicinal experimental que, a su vez, está siendo sometido a un ensayo clínico controlado en “sujetos de la investigación”. En el caso, por razones de salud y médicas, el uso —como dice el término— se “expande” más allá de los miembros de la población, numéricamente limitada y rigurosamente seleccionada, participantes de la investigación.

En otro orden de cosas, y desde una perspectiva universal opera la regla que dice que en la pandemia el fin no justifica el uso de medios desproporcionados y que no satisfacen principios éticos y la debida protección de los de-

(11) Res. 783/2020 Ministerio de Salud: “Créase el Plan Estratégico para regular el uso de plasma de pacientes recuperados de COVID-19 con fines terapéuticos”.

rechos humanos (como la inviolabilidad de la persona, el consentimiento informado con información completa, por cierto, vigentes plenamente aún en las emergencias que no son producto de guerras o epidemias que no alcanzan a producir consecuencias catastróficas).

La delimitación entre tratamiento (aun de emergencia) y experimentación (aunque incluya asistencia médica) mantiene como nunca actualidad y demanda conciencia para resguardar los derechos humanos de todas las personas, comenzando por la dignidad.

VIII. Los estándares de seguridad y eficacia del medicamento según la jurisprudencia

Si se persigue una recreación de la teoría en esta materia, constituye un punto de partida y una referencia insoslayable —poco tratada— la jurisprudencia elaborada con motivo de los múltiples amparos que durante el año 1986 solicitaban alguna forma de acceso al tratamiento oncológico con la sustancia crotoxina (12), de carácter experimental una vez cancelado el protocolo correspondiente.

Bajo este acápite se analizarán distintos criterios (eficacia y seguridad, bajo la valoración del binomio riesgo y beneficio, de aplicación a estos tratamientos).

IX. El criterio de la prueba de la eficacia

En particular en los mencionados amparos se requería que se ordene vía judicial la entrega de la droga, o su producción o la inclusión de los pacientes al ensayo clínico farmacológico con dicho producto biológico (estudio suspendido por la autoridad sanitaria en razón de la inexistencia de pruebas de la eficacia). Para la resolución del caso es determinante considerar que la participación de los pacientes como sujetos en el ensayo clínico era el único medio de acceder

al producto experimental, hasta su finalización abrupta.

En este contexto, la doctrina de uno de los juzgados (13) contencioso administrativo, que entendieron en los amparos, reconoce el derecho de una persona que padece una enfermedad terminal, que no tiene un tratamiento eficaz “autorizado”, “a recurrir a cualquier medio de tratamiento y de suministrarse cualquier droga que le otorgue una esperanza”.

El fundamento de esa especificación del derecho del paciente está en el derecho a la vida y “a agotar toda posibilidad —aunque fuera irracional— para conservar su existencia”.

También se destacó que el ejercicio de este derecho específico no necesita de la intervención de un magistrado judicial, salvo cuando, en su faz negativa de abstención, sea interferido por un tercero de forma ilegítima.

En este caso que se comenta, el tratamiento con la droga experimental (crotoxina) fue indicado por el médico del amparista cuya administración al paciente dependía de las indicaciones precisas del equipo de investigación, concedores del protocolo del estudio.

Haciendo un resumen, la situación del caso descripta se puede asimilar en el encuadre del uso compasivo más tradicional, posibilitado exclusivamente en la relación médico-paciente. La característica particular del uso compasivo consistió en el pretendido empleo de una sustancia experimental sin contar con datos favorables de eficacia antineoplásica. Esta última circunstancia fue muy probablemente determinante —junto a la limitación de la cantidad disponible de la droga— en la denegación de estos amparos.

X. El criterio de ponderación de riesgos y beneficios

Con acierto se advierte en este enfoque que, en la hipótesis de aplicarse una dosis suble-

(12) Componente neurotóxico del veneno de las serpientes *Crotalus*, compuesto por una fosfolipasa A2 básica, tóxica per se llamada crotoxina B por ser el componente básico del complejo, y una proteína ácida, no enzimática, llamada crotoxina A por ser el componente ácido. Fuente: tesis_n1874_Canziani.pdf (uba.ar) https://bibliotecadigital.exactas.uba.ar/download/tesis/tesis_n1874_Canziani.pdf.

(13) Juzg. Cont. Adm. a cargo del juez Buján. CNFed. Cont. Adm., sala III, 06/08/1986, “AU, GS c. Min. Salud y AS” Fallos tomados de MILLER, Jonathan M., “Constitución y derechos humanos: jurisprudencia nacional e internacional y tónicas para su interpretación”, Astrea.

tal del producto experimental (que no cause la muerte), corresponde evaluar, colocando en el otro platillo de la balanza, “los eventuales beneficios” en atención a que, en particular, el médico la prescribe como “la única esperanza de vida” (14) finalidad que caracterizó al uso compasivo imperante entonces.

Se alude más adelante a la variabilidad de las respuestas interpersonales de los pacientes a los diferentes medicamentos y a los riesgos relativos (propios) de cada droga, más “lo importante es el balanceo con los beneficios probables”.

En este balance se sopesan los riesgos (y su contracara, la seguridad) y los beneficios (eficacia, etc.) de la terapéutica en concreto.

XI. La doctrina liminar de la Corte Suprema de Justicia en “Cisilotto de Baricalla”

En este acápite se propone desarrollar la doctrina de la Corte Suprema de Justicia en el precedente “Cisilotto de Baricalla” en materia de salud pública y medicamentos. Proseguiremos con su aplicación posterior en cuestión de terapias experimentales, si bien circunscripto a la cobertura prestacional, por el mismo tribunal en: “B., Valeria Elisabet c. Obra Social Unión Personal” del 19/05/2010 (15).

El precedente de la Corte Suprema en “Cisilotto de Baricalla” (16) (Fallos: 310:112) es liminar y como tal, funda toda la jurisprudencia constitucional posterior sobre la supremacía de la ley 16.463 de medicamentos, en virtud de la cual “las actividades de importación, exportación, producción, elaboración, fraccionamiento, comercialización o depósito en jurisdicción nacional o con destino al comercio interprovincial de las drogas, productos químicos, re-

(14) Párr. 13 de los considerandos del fallo.

(15) CS, 19/05/2010, “B., V. E. c. Obra Social Unión Personal y otro”, LA LEY del 10/11/2010, p. 8 con nota de CARDOSO, Patricia C. - CANTAFIO, Fabio F. Dictamen de la PGN en: http://www.mpf.gov.ar/dictámenes/2009/beiro/11/b_537_l_xliv_bunes.pdf.

(16) CS, 27/01/1987, “Cisilotto, María del Carmen Baricalla de c. Estado Nacional - Ministerio de Salud y Acción Social”, CS, Fallos: 310:112 (caso de provisión del complejo de crotovina durante una experimentación realizada en pacientes oncológicos).

activos, formas farmacéuticas, medicamentos, elementos de diagnóstico y todo otro producto de uso y aplicación en la medicina humana, están sometidas a la ley 16.463 —y a los reglamentos que en su consecuencia se dicten— y solo pueden realizarse previa autorización y bajo control del Ministerio de Asistencia Social y Salud Pública” “el que ejerce el poder de policía sanitaria” en materia de autorización y control de medicamentos (consid. 6º); la Corte destaca el principio cardinal de autorización previa de todas las actividades que involucren medicamentos (inteligencia de los arts. 1º y 2º de la ley 16.463).

Además “queda fuera de toda duda que la autoridad a la que ha sido otorgado el ejercicio del poder de policía sanitaria respecto de las actividades comprendidas en la norma de control de drogas y productos utilizados en medicina humana, y la facultad de dictar las disposiciones reglamentarias o complementarias que sean necesarias a tal fin” (17) recae en dicho ministerio.

También este precedente sienta la interpretación teleológica de la ley —desarrollando en particular las normas de los arts. 5º y 9º— que concibe la doble función del Estado: la de garantizar el derecho a la vida y salud de las personas cuando este ejerce el control sobre los medicamentos y, desde otro ángulo, la función de proteger a los pacientes de toda manipulación, aprovechamiento y cosificación del sujeto de investigación considerado como fin y no meramente un medio. En esta latitud la Corte dijo:

“Que corresponde, por tanto, señalar que está fuera de discusión que la actividad de la Administración en materia de drogas y productos medicinales, así como su experimentación y suministro a los pacientes, lejos de menoscabar los derechos a la vida y a la salud, garantiza las condiciones más adecuadas y seguras para que tales derechos cundan. Dicha actividad no solo tiende a la preservación de esos valores, ante los eventuales efectos nocivos de alguno de los aludidos productos, sino que también se halla enderezada a evitar que el hombre pueda tornarse en el sufriente receptor de múltiples manipuleos solo basados en la conjetura, la doxa o

(17) Considerando, párr. 9º.

la improvisación; esto es, impedir que el sujeto se ‘cosifique’ como objeto de una mera investigación” (18).

Y reafirmando las bases de apoyo de las dos funciones estatales analizadas, dijo también la Corte:

“14) Que, en tal sentido, la fiscalización estricta de la experimentación y subsiguiente comercialización de productos medicinales tiende a evitar que esa actividad científica y comercial derive en eventuales perjuicios para la salud.

“15) Que cabe inferir, además, que el indelegable control que debe ejercer el Estado en este campo reconoce no solo razones estrictamente científicas sino también el imperativo ético de no permitir la utilización del hombre como un simple medio para otros fines”.

Estas conclusiones plasmadas en los considerandos del fallo transcritos expresan los estándares que mantienen su vigencia y son aplicables al *uso de productos farmacéuticos no autorizados en las investigaciones médicas en sujetos humanos*.

Asimismo, a modo de corolario considero que no existe ninguna razón para excluir de esta prescripción *al uso de productos experimentales (o no autorizados) en la relación médico y paciente*.

Una vez expuesta la doctrina en términos de más largo alcance, se discutirán los estándares más específicos.

En “Cisilotto” —causa cuyo objeto procesal coincide con el de la causa AUGS— es la madre quien acciona en representación de su hijo menor enfermo gravemente.

Señalan los jueces del Alto Tribunal —en apoyo al corolario expuesto más arriba— que queda fuera del análisis los alcances de un principio general relativo a la *libertad de elección del tratamiento terapéutico* en la relación del médico con su paciente.

No obstante, de las condiciones (enumeradas en el párr. 4º del fallo, tales como “gravedad de

la situación; necesidad, insustituibilidad y eficacia del tratamiento; existencia de los medios necesarios para su prestación”) por las cuales el *derecho a la vida* se consustancia con, o deriva en, el *derecho a recibir un tratamiento aceptado*, la Corte señala que *la condición inexcusable* que está en juego es *que el tratamiento reclamado “tenga [eficacia] para el fin que lo motiva”* (19).

El justo análisis del caso debe contemplar el hecho trascendental, común a estos amparos: la imposibilidad del Estado nacional demandado de proveer la sustancia (crotoxina) cuya existencia estaba prevista exclusivamente para atender las necesidades de los participantes del estudio de farmacología. Por otra parte, la cancelación anticipada del estudio por el entonces Ministerio de Salud Pública por razones de falta de demostración de la eficacia de la sustancia, se comprenderá, tiñen las consideraciones del Alto Tribunal que fundan la decisión.

En resolución, la decisión de la Corte de confirmar el rechazo de la demanda, coincidente con las dos instancias anteriores, *alcanza a la exigibilidad del Estado —según la Constitución Nacional— de proveer un tratamiento escogido del que no se ha acreditado la “condición inexcusable” consistente en su “eficacia”*.

Más de veinte años después la Corte Suprema reitera en el mencionado caso “Buñes” en el que debe resolver el derecho del paciente a la cobertura de su obra social del tratamiento con vacuna T linfocitaria, con motivo de la esclerosis múltiple que padece. Muy probablemente ha seguido la doctrina de Fallos: 310:112 según la cual “el derecho a la vida (...) comprensivo de la salud. Con todo, si bien esta Corte ha declarado que el derecho a la vida es el primer derecho de la persona humana, que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional, es de mayor importancia advertir la especial perspectiva de ese derecho”.

En tal sentido, en “Buñes” el Máximo Tribunal señala que es “doctrina de esta Corte que ha reconocido el carácter fundamental del derecho a la salud, íntimamente relacionado con el derecho a la vida (Fallos: 329:2552, entre otros)”.

(18) Consid. 13.

(19) Consid. 5º.

A renglón seguido establece el estándar negativo de rechazo (de no aceptable) en la siguiente latitud:

“Que, en tales condiciones, esta Corte no advierte la presencia de norma alguna de jerarquía constitucional o infraconstitucional que, sea en su letra o en su espíritu, imponga a una obra social o al Estado la provisión o la cobertura de tratamientos del carácter indicado”.

Esas condiciones aludidas se enumeran a continuación:

i) Estado experimental: el tratamiento que *reclama la actora se encuentra, en la actualidad y respecto de su enfermedad, en etapa de experimentación.*

ii) Sin autorización de un protocolo de investigación.

iii) Falta de datos de la última fase de investigación: *no contándose, incluso, con resultados de ensayos clínicos fase III.*

XII. El estándar de eficacia y seguridad en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los EE. UU.

En “Cisilotto de Baricalla” la Corte funda también la generalidad de la condición eficacia del medicamento en una causa decidida por la Suprema Corte de los Estados Unidos que —a criterio de nuestra Corte— guarda una particular relación. En efecto se remite a los autos: “United States v. Rutherford” (20) (del 18/06/1979). En este precedente —en términos generales y políticos— estaba en disputa la facultad de la autoridad federal sanitaria [*Food and Drug Administration* (FDA)] para prohibir el tránsito federal (circulación) y uso de un producto medicinal no autorizado por esa Administración. Dicho pretendido medicamento, publicitado como tal, denominado “Laetrile” [químicamente en EE. UU., mandelonitrilo- β -glucuronido, que es un derivado semisintético de la amig-

dalina (21)] era utilizado como antineoplásico —del mismo modo que la sustancia crotoxina— en pacientes en estado terminal.

La doctrina de la corte extranjera establece que la interpretación de la ley federal de medicamentos (Federal Food, Drug and Cosmetic Act, Section 505), que prescribía la comprobación de los requisitos de seguridad y eficacia (*safe and effective*) de todos los nuevos medicamentos empleados en medicina, no admite la introducción de una excepción. La decisión de la medida cautelar dictada por la instancia inferior interpretaba que dichos recaudos previstos en la ley no eran “razonablemente” aplicables cuando el producto se empleaba en pacientes terminales “desde que esos pacientes, por definición, pueden morir de cáncer con indiferencia de lo que se les dé”.

Entre otras razones, para estos pacientes graves, con riesgo cierto de vida, —transcribe el tribunal supremo— la eventual ineficacia del medicamento no autorizado no es indiferente cuando en ciertas circunstancias, el paciente, aceptando el criterio médico, puede haber rechazado “alternativas convencionales de tratamiento” a favor del tratamiento no comprobado propuesto.

Es importante subrayar que la supuesta “pérdida de chance” del paciente por el uso en él de un producto no autorizado —como se dijo precedentemente— es de hecho posible con la intervención del fabricante del producto y su distribución a los centros de salud y, finalmente, su uso por los médicos. La medida de la FDA —en ejercicio de su competencia— se dirigía a impedir la circulación del producto no autorizado para la indicación de un estado a otro e, indirectamente, vedar el uso en pacientes, sin interferir en el ejercicio de la medicina en sí.

XIII. El uso compasivo: concepto tradicional de acto médico compasivo

Por razones expositivas se dividirá la evolución del acto médico compasivo en distintas etapas que dan cuenta de la complejidad cre-

(20) “United States v. Rutherford”, 442 U.S. 544 (1979). “United States et al., Petitioners, v. Glen L. RUTHERFORD et al.” Supreme Court | US Law | LII / Legal Information Institute (cornell.edu).

(21) Laetrilo (amigdalina) (PDQ), versión para profesionales de salud, Instituto Nacional del Cáncer (cancer.gov).

ciente del ejercicio de la medicina y su pasaje de profesión liberal al ejercicio en equipo e instituciones hospitalarias (22).

Si se relaciona primariamente el acto médico y, más acotado, el concepto en estudio, con la beneficencia, es decir, se lo refiere a las acciones positivas que el médico debe realizar para *fomentar el bienestar de sus pacientes*, entonces puede retrocederse hasta los tiempos de Hipócrates por ubicar un punto de consenso.

En efecto, algunas opiniones sugieren que el *principio de beneficencia* ya se desprende de las reglas expresadas en “El juramento de Hipócrates”:

“Cualquiera que sea la casa que visite, lo haré para el beneficio del enfermo, manteniéndome alejado de toda injusticia intencional y de toda mala acción (...)”.

“Usaré medidas dietéticas en beneficio de los enfermos, según mi capacidad y mi juicio, los protegeré de todo daño y de toda injusticia” (23).

En su definición más tradicional, inspirada en dicho juramento, el acto compasivo formaba parte de la actuación médica guiada por la obligación de procurar el bienestar al paciente, y su cuidado y alivio, muy especialmente en las situaciones extremas de su salud.

Esta síntesis de la visión histórica de la medicina ofrecida en esta parte sigue muy de cerca la concepción del gran maestro de la medicina científica experimental Claude Bernard (24). En

(22) Apartados basados en el trabajo de actualización a la obra: “Uso compasivo y nuevos regímenes legales de prescripción excepcional de medicamentos no autorizados. Modalidades de acceso a los tratamientos experimentales”, Visión Jurídica, Buenos Aires, 2017.

(23) PÉREZ TAMAYO, Ruy, “De la magia primitiva a la medicina moderna”, FCE, Apéndice, p. 211. “El juramento de Hipócrates”. Texto traducido por Ludwig Edelstein (1943). Fuente en línea, en: https://books.google.com.ar/books?id=ZXnCVsRalLoC&lpg=PT311&ots=s77L0t_U1&dq=usare%20medidas%20dieteticas&hl=es&pg=PT311#v=onepage&q=usare%20medidas%20dieteticas&f=false.

(24) BERNARD, Claude, “Introducción al estudio de la medicina experimental (1859)”, El Ateneo, Buenos Aires,

efecto —según Bernard— “(en) medicina siempre ha habido dos tendencias divergentes resultantes de la misma naturaleza de las cosas. La primera tendencia en medicina, surgida de los sentimientos piadosos del hombre, ha sido ayudar al prójimo doliente, aliviándole con remedios o recursos morales o religiosos” (25).

Partiendo de la beneficencia como una obligación moral de los médicos se puede hallar una justificación a la utilización de prácticas o productos que no formaban parte de la terapéutica “oficial” —por cierto, muy limitada— enseñadas en las cátedras por los maestros. Tal utilización era tenida, en ciertos casos, por el “último recurso” (medicina heroica), intentado para salvar la vida del paciente, curarlo o mitigar su sufrimiento.

Este obrar de “última esperanza” en la curación o mejora del paciente ha estado siempre a la par de los límites —siempre históricos— existentes en la medicina, en sus conocimientos teóricos y técnicas terapéuticas disponibles (26).

A mediados del siglo pasado estos conceptos fueron tomados —entre otros— por la doctrina católica que, en el aspecto moral y jurídico, se expresó en un discurso —citado por la jurisprudencia nacional— del Sumo pontífice en la VIII Asamblea de la Asociación Médica Mundial (AMM) celebrada en el año 1954. Allí se dijo:

“(...) [S]e comprende que la investigación y la práctica médica no pueden prescindir de toda experimentación en el hombre vivo. Pero se trata de saber cuáles son las condiciones necesarias de la experimentación, sus límites, sus obstáculos, sus decisivos principios básicos. En los casos desesperados, cuando el enfermo está perdido si no se interviene y cuando existe un medicamento, un medio, una operación que, sin excluir todo peligro, guardan todavía cierta

1959.

(25) BERNARD, Claude, “Introducción...”, ob. cit., cap. IV. Obstáculos filosóficos con que tropieza la medicina experimental, p. 248.

(26) CANTAFIO, Fabio F., “El uso compasivo de medicamentos”, Diccionario Enciclopédico de la Legislación Sanitaria Argentina (DELS), Ministerio de Salud de la Nación. En línea: “El uso compasivo de medicamentos DELS” (salud.gov.ar).

posibilidad de éxito, un espíritu recto y reflexivo admite sin más que el médico puede con el consentimiento explícito o tácito del paciente, proceder a la aplicación de este tratamiento” (27).

La prescripción ética citada ofició de impronta del texto del año 1964 de la Declaración de Helsinki de la Asociación Médica Mundial, en el párrafo que se transcribe:

“En el tratamiento de una persona enferma, el médico debe tener la libertad de utilizar un nuevo procedimiento diagnóstico o terapéutico, si a juicio del mismo ofrece una (seria) esperanza de salvar la vida, restablecer la salud o aliviar el sufrimiento” (28).

Este texto reflejaba fielmente la dicotomía presente en la investigación biomédica según involucra o no simultáneamente intervenciones consideradas “asistencia médica”.

A partir de estas doctrinas se puede efectuar otro corte analítico que vincula a la relación entre el estado del arte médico, con la utilización de recursos terapéuticos no aceptados por la comunidad científica o comprobados y, en otro polo, la actividad de experimentación sobre seres humanos propiamente dicha (que persigue la finalidad de comprobar científicamente en seres humanos estos nuevos recursos).

Llegamos así, por aproximaciones y definiciones relativas a un concepto determinado históricamente de uso compasivo que se acaballa entre un acto realizado como recurso de última

(27) Discurso del Papa Pío XII a los participantes en la VIII Asamblea de la Asociación Médica Mundial (AMM), 30 de septiembre de 1954. En línea: https://w2.vatican.va/content/pius-xii/es/speeches/1954/documents/hf_p-xii_spe_19540930_viii-assembly-medica.htm. Discurso mencionado en el Fallo CNCAF, sala III, 06/08/1986, “AU, GS c. Min. Salud y AS”, donde se discutió el suministro de la droga compuesta por el complejo crotoxina.

(28) Declaración de Helsinki de la Asociación Médica Mundial. Texto según la versión original de 1964 reproducida por el texto de la 41 Asamblea Médica Mundial, Hong Kong, septiembre de 1989 II. Investigación médica combinada con asistencia profesional (Investigación clínica) párr. 1º. En línea: http://www.bioetica.org.ec/helsinki_1964.pdf y <http://www.cnrha.msssi.gob.es/bioetica/pdf/Helsinki.pdf>.

instancia, sobre bases racionales, con el propósito de *salvar la vida, restablecer la salud o aliviar el sufrimiento* del paciente (finalidad terapéutica) y la experimentación médica en personas (propósito experimental para comprobar una hipótesis relacionada con la eficacia y los riesgos de un nuevo producto, encerrando la idea de un *potencial beneficio* para los participantes).

En esta perspectiva de la terapéutica individual, la versión última (29) del Código de Ética Médica de la Asociación Médica Argentina (AMA), prevé dos prescripciones, una que trata el contenido y condiciones de la libertad del ejercicio profesional (art. 48), y la segunda (art. 67) en su vinculación con la responsabilidad por el uso de medicamentos *que no estén avalados científicamente*. Los textos se reproducen a continuación:

Art. 48.— “El Equipo de Salud debe disponer de libertad en el ejercicio profesional y de las condiciones técnicas que le permitan actuar con independencia y garantía de calidad. Ninguna circunstancia que no se base en un estricto criterio científico podrá poner limitaciones al ejercicio de la libertad profesional”.

Art. 67.— “Los miembros del Equipo de Salud son responsables de los riesgos, reacciones o resultados desfavorables, inmediatos o tardíos, de imposible o difícil previsión dentro del campo de la práctica médica, al prescribir o efectuar procedimientos o tratamientos que no estén avalados científicamente”.

En mi opinión corresponde considerar en este contexto las prescripciones éticas señaladas con la pauta referida a las terapias en experimentación aplicable a pacientes terminales, formulada con las siguientes palabras:

Art. 557.— “En cualquiera de los casos enunciados podrá procederse a una terapia experimental, mediando acuerdo del asistido o, en su defecto, consentimiento de sus representantes, cuando la ponderación de ventajas y riesgos de-

(29) “Código de Ética Médica de la Asociación Médica Argentina”, 2016, AMA, 3ª ed.

rivados de la misma lo justificasen, en función exclusiva del interés afectado” (30).

Todos estos conceptos tomados de las declaraciones y códigos hilvanados han sido superados por los avances de la medicina, bioquímica, biología y otras ciencias, las que contribuyen a la consolidación de las teorías científicas médicas. Asimismo, todas ellas han aportado conocimientos para el desarrollo de nuevos productos medicinales en las universidades, hospitales y centros de salud y la industria farmacéutica y de la salud en particular. Una evolución que está ínsita en las nuevas legislaciones sobre uso compasivo o en situaciones especiales o excepcionales y, que debe reflejar fielmente la teoría, de acuerdo con el estado presente del encuadre regulatorio de dicha figura (tratado en el acápite siguiente).

XIV. Estado actual del encuadre regulatorio del uso compasivo (uso compasivo “regulado”)

Recordando lo explicado al comienzo, el acto o uso compasivo de medicamentos mantuvo durante un dilatado período su independencia en la esfera de la actividad médica. Dicho panorama fue cambiando en el mundo desde los años 1900, más marcadamente desde las décadas de los años 1960 a 1980.

Con el comienzo del siglo XX las nuevas políticas aumentaron las responsabilidades del Estado en la protección de la salud pública, en diversos campos: la experimentación médica en personas, la puesta en el mercado de “medicinas” y productos farmacéuticos, entre otras actividades.

En este contexto fueron apareciendo por primera vez funciones que comenzaron a alcanzar a una parte de las prácticas médicas compasivas, otrora de exclusiva competencia de los galenos en la relación con su paciente.

Este viraje descrito fue de la mano del desarrollo de la industria farmacéutica mediante la legislación reglamentaria del sector y la evolución de la teoría ética aplicada a la medicina y

experimentación (especialmente a través de documentos deontológicos internacionales de enorme consenso iniciado con el llamado Código de Núremberg).

Una forma de regulación del uso compasivo se verificó con la fijación de algunos requisitos legales y, con el control estatal previo a la realización de esta clase de prácticas médicas.

En tal sentido, se alcanzó un grado mayor de control a través del requisito de autorización o permiso antes de la realización de la intervención compasiva, especialmente cuando se hallaban involucrados medicamentos nuevos o importados que eran desarrollados y fabricados por laboratorios farmacéuticos.

En la misma dirección, a medida que la legislación de cada país impuso la autorización estatal previa al empleo de todo producto destinado a la salud humana (y salubridad alimentaria de modo paralelo), indirectamente *la regulación fue alcanzando también a la práctica médica innovadora (v.gr., uso compasivo, medicamentos “huérfanos”) con esos productos fabricados industrialmente o patrocinados por laboratorios farmacéuticos.*

Expresado en otras palabras, la nueva tendencia regulatoria cambia radicalmente la calificación del uso compasivo, practicado como un acto individual, aislado y, aun así, busca encauzarlo en los procesos regulatorios estatales dirigidos a comprobar la eficacia y seguridad de los nuevos medicamentos, si bien con modalidades propias.

Continuando con este corte histórico de análisis, en una etapa iniciada más recientemente se observa un crecimiento cuantitativo de estas solicitudes especiales que van diluyendo paulatinamente la nota de excepcionalidad que anteriormente se destacaba.

Estas circunstancias impactaron en el paradigma de los regímenes regulatorios rígidos, que incorporaban el criterio dual de comprobación científica de la eficacia y la seguridad del medicamento —antes de su uso extendido a todo posible paciente con el otorgamiento de la autorización de comercialización y venta— criterio que daba preeminencia al esquema de los

(30) Capítulo 34: de la Eutanasia y del Suicidio Asistido.

ensayos clínicos controlados con asignación al azar. Como resultado de esta metodología la eficacia resultaría: o bien comprobada o no comprobada (de modo definitivo). Resultante esto último de un procedimiento que insume años de ensayos, de producción de datos y su evaluación antes de llegar al momento de la autorización de comercialización y uso del nuevo medicamento.

De modo tal que, a la par del procedimiento regulatorio anterior, se desarrollaron una suerte de procesos dinámicos, más versátiles, adaptados para emplear información parcial y resultados preliminares. Ello es concebible con metodologías experimentales y estadísticas más refinadas y nuevos procedimientos definidos por conceptos innovadores, cuyo alcance es más maleable y que permiten introducir la relatividad en la valoración de la eficacia y seguridad del fármaco (balance riesgo/beneficio dinámico).

Como consecuencia natural, la innovación regulatoria descrita facilitó el acceso temprano de los pacientes cuando el medicamento candidato en desarrollo constituía la primera o la única opción de tratamiento disponible, *equilibrándolo con mecanismos de protección de los pacientes*.

Cabe aclarar que el concepto de *acceso temprano* posee un significado específico y por tal se entiende el suministro de un medicamento o de una terapia nueva a los pacientes en etapas iniciales, durante las primeras fases del estudio clínico (fase II). Entonces dicho acceso se caracteriza por disponerse contemporáneamente de los primeros datos de seguridad, efectos biológicos, límite de dosis, eficacia, cinética y metabolismo del producto medicinal, respuestas a las preguntas que forman parte de las primeras fases en cuyos diseños se ha probado, hasta entonces, en un número reducido de voluntarios.

Al mismo tiempo las fronteras antes nítidas entre tratamiento estándar e intervención experimental se han ido superponiendo —sin anularse— con la introducción de los “diseños adaptativos”, los procedimientos de acceso temprano y *la estrecha vinculación entre la práctica médica asistencial y la formación médica per-*

manente conjugadas con la investigación clínica (31).

Estos cambios tienen necesariamente su impacto en la ética médica, muy especialmente en la letra de la Declaración de Helsinki, “Principios éticos para las investigaciones médicas en seres humanos” de la AMM, revisada en el año 2013 (Brasil), dedicada a la actividad experimental. La Declaración mantiene en su seno (igual que la versión de 2008) al uso compasivo que denomina uso de “intervenciones no probadas en la práctica clínica” a las que prescribe atribuyéndole un carácter dual (32).

La dualidad se evidencia en que el párr. 37 de la DH a pesar de que encuadra la actuación del *médico* dirigida a la *atención de un enfermo* (práctica asistencial), para *salvar su vida, restituir la salud o aliviar el sufrimiento*, permite que esta se valga de *intervenciones no probadas en la práctica clínica* (forma de experimentación), en las condiciones que demarca (inexistencia de *intervenciones probadas* o cuando *otras intervenciones conocidas han resultado ineficaces, el consentimiento informado del paciente, consulta al especialista, etc.*).

El texto del párr. 37 es el siguiente:

“Intervenciones no probadas en la práctica clínica”. “37. Cuando en la atención de un enfermo las intervenciones probadas no existen u otras intervenciones conocidas han resultado ineficaces, el médico, después de pedir consejo de experto, con el consentimiento informado del paciente o de un representante legal autorizado, puede permitirse usar intervenciones no comprobadas, si, a su juicio, ello da alguna esperanza de salvar la vida, restituir la salud o aliviar el sufrimiento. Tales intervenciones deben ser investigadas posteriormente a fin de evaluar

(31) Ideas sostenidas por GRACIA, Diego, “Práctica clínica e investigación clínica. Del conflicto a la convergencia”, en DAL-RÉ, Rafael - CARNÉ, Xavier - GRACIA, Diego (dirs.), *Luces y sombras en la investigación clínica*, en línea: <https://www.fundaciogrifols.org/documents/4662337/4688901/cap2.pdf/be269d73-739f-45ac-a885-24d87938cbc9> (acceso 05/2021).

(32) CORTESI, M. Cristina, “Medicamentos, Introducción al estudio de su regulación jurídica”, *Visión Jurídica*, 2016, CANTAFIO, Fabio F., Cap. II, “Medicamentos Innovadores. Investigación Clínica”, p. 40.

su seguridad y eficacia. En todos los casos, esa información nueva debe ser registrada y, cuando sea oportuno, puesta a disposición del público”.

Al mismo tiempo, impone al médico tratante la obligación de someter a ensayos clínicos a la intervención prescrita de forma individual a los pacientes, a fin de poner a prueba su seguridad y eficacia. Además, es categórico en el deber de registrar el estudio en una base de datos pública y, a su tiempo, divulgar la información obtenida (favorable o que lo refuta).

En resolución este consenso médico y bioético alcanzado en la DH es totalmente consistente con el desarrollo teórico del uso compasivo tradicional hasta aquí expuesto —que se mantiene para ciertas situaciones— y su transformación —en gran medida cuando el producto proviene del extranjero y carece de autorización local— *en una práctica regulada y encauzada en los procesos de autorización de medicamentos centralizados por ley en los organismos sanitarios*.

Dicho en otras palabras, la aplicación de la figura del uso compasivo con nuevos medicamentos estricta quedó reducida, parcialmente absorbida, por las normas y procedimientos dictados por las autoridades sanitarias federales de los distintos países, por la complejidad de los productos y las prácticas, sus costos elevados crecientes y otros factores.

No obstante, desde más de una década hemos enfatizado que estas prácticas deben realizarse preferentemente revestidas de las siguientes condiciones:

- En hospitales públicos u otros centros reconocidos y de nivel universitario.

- Formalizarse en un protocolo de tratamiento.

- Con la evaluación (y aprobación del protocolo, para la situación concreta del paciente) de un comité de docencia o ética, normalmente constituido en la misma institución hospitalaria de conformidad con la legislación local o nacional.

Además, el *control estatal directo* (previo) se justifica en el hecho de que las agencias de medicamentos nacionales tienen la capacidad (y el deber) de reunir toda la información de cada producto [nueva molécula (33) o entidad activa] desde el momento en que se somete a ensayos clínicos internacionales —y con más razón— si ha otorgado una autorización nacional para realizarlos, entre otras realidades propias de los diferentes procesos de solicitud de aprobación de comercialización de medicamentos.

Resta decir en este apartado que en la órbita nacional *la autorización de importación de medicamentos no autorizados* se rige por disposición 4616/2019 ANMAT del 31/5, que —tal vez por prudencia— ni define ni menciona el término uso compasivo, dada su especificidad.

La norma establece un “Régimen de Accesibilidad de Excepción a Medicamentos” en los siguientes términos:

“Art. 1º.— Objeto. Apruébase el Régimen de Accesibilidad de Excepción a Medicamentos, que establece el procedimiento de autorización de importación para los productos enumerados en el art. 2º de la presente disposición”.

Esta disposición regula exclusivamente la autorización de importación y uso de un medicamento autorizado en el extranjero. En principio y en una primera lectura de la norma las condiciones en las que puede encuadrarse el producto medicinal sujeto a la solicitud pueden ser dos: 1) medicamentos no autorizados por ANMAT (sin registro) aunque sí debe estarlo en ciertos países tomados como referencia por remisión al anexo I del dec. 150/1992; 2) compra de medicamentos en situaciones de emergencia o para tratar a una pluralidad indeterminada de pacientes; a las que se suman: 3) productos discontinuados o de alguna característica (forma farmacéutica, concentración) no comercializada en el país y 4) medicamentos o productos a base de Cannabis (34) y sus derivados (art. 2º).

(33) Identificado por un número de registro como el A CAS Registry Number del Chemical Abstracts Service (CAS) de la American Chemical Society, EE. UU. que corresponde a cada nueva molécula química o sustancia.

(34) Comentario. Los productos en el año 2019 fueron excluidos por la misma disposición y regulados exclu-

“Las situaciones indicadas en el párrafo anterior deberán estar debidamente justificadas, quedando a criterio de esta ANMAT su pertinencia” (art. 2º).

A efectos de su interpretación es muy importante destacar que la propia disposición, en dos de sus párrafos que la motivan, recepta en forma genérica las situaciones de urgencia que justifican evaluar y autorizar estos productos y la necesidad de canalizarlas en un trámite. En tal sentido la disposición 4616 dice:

“Que casos particulares y extraordinarios, tales como la falta de tratamiento específico en el país para situaciones clínicas con alto riesgo de muerte o severo deterioro de la salud o la inaccesibilidad a tal tratamiento, la intolerancia a los tratamientos apropiados existentes, la incompatibilidad o presunción fundamentada de perjuicio de un tratamiento con los medicamentos disponibles, requieren de una respuesta apropiada y pertinente.

“Que la evolución de las tecnologías sanitarias genera nuevas alternativas terapéuticas que apuntan a satisfacer la necesidad de salud de los pacientes, resultando necesario adecuar los procedimientos administrativos que aseguren la mayor celeridad y faciliten la accesibilidad en la adquisición de los referidos productos”.

XIV.1. Compatibilidad con el régimen de ejercicio de la medicina

Muy especialmente estas regulaciones del uso compasivo y los preceptos deontológicos analizados deben compatibilizarse con la normativa que reglamenta el ejercicio profesional de la medicina.

En principio la ley 17.132 regula el ejercicio de la medicina, odontología y actividades de colaboración en la Capital Federal y Territorio Nacional. Quedan comprendidas en el régimen de la ley las siguientes actividades: “anunciar, prescribir, indicar o aplicar cualquier procedimiento directo o indirecto de uso en el diagnóstico, pro-

sivamente por la res. 133/2019 MSyDS, norma que fue abrogada por el art. 1º res. 654/2021 Ministerio de Salud, en consonancia con el nuevo dec. 883/2020, reglamentario de la ley 27.350.

nóstico y/o tratamiento de las enfermedades de las personas o a la recuperación, conservación y preservación de la salud de las mismas (...)” (art. 2º).

De modo que *el diagnóstico, pronóstico y tratamiento de las enfermedades* forman parte de *las competencias exclusivas de los médicos* (o de la “práctica de la medicina”).

Es por ello por lo que en buena parte del mundo —sino en todo— las agencias de autorización de medicamentos (v.gr., la FDA de EE. UU.) ejercen su competencia sin avanzar sobre la propia que la ley establece para los médicos (v.gr., prescribir un tratamiento). Luego, las agencias aprueban y autorizan productos que cumplen requisitos como la eficacia, seguridad y calidad (medicamentos, con sus indicaciones o usos) en resguardo de la salud pública y los profesionales de la salud administran *tratamientos* a sus pacientes (haciendo uso del arsenal terapéutico del que disponen y el llamado “criterio médico”).

Tal como se ha resuelto en un juicio instado por la FDA en “United States vs. Regenerative Sciences, LLC, Corporation, et al.” el uso de un “preparado médico o mezcla” elaborada con un producto farmacéutico no seguro, con un prospecto falso o “ilegítimo” (sin identificación del fabricante) vuelve *unsafe* a la mezcla misma, independientemente de la práctica médica en sí.

Delimitadas las competencias, las regulaciones del uso compasivo y los preceptos deontológicos analizados en su racionalidad alejan toda posibilidad de que un acto médico pueda subsumirse en las prohibiciones contenidas en los incs. 6º, 7º y 8º de la ley 17.132. Las mencionadas normas establecen:

“Art. 20.— Queda prohibido a los profesionales que ejerzan la medicina:

“6º) anunciar o aplicar agentes terapéuticos inocuos atribuyéndoles acción efectiva;

“7º) aplicar en su práctica privada procedimientos que no hayan sido presentados o considerados o discutidos o aprobados en los centros universitarios o científicos reconocidos del país;

“8º) practicar tratamientos personales utilizando productos especiales de preparación exclusiva y/o secreta y/o no autorizados por la Secretaría de Estado de Salud Pública”.

Hay que destacar que la ley es del año 1967. El primero de los incisos habla de una conducta fraudulenta mediante el uso de “placebos” sin justificación ética. El segundo claramente —hoy— se refiere a los procedimientos y ámbitos para alcanzar consensos científicos, de la “comunidad científica”, de las nuevas propuestas terapéuticas, quirúrgicas, etc. Además, se da por supuesto que la investigación realizada en los centros académicos cuenta con la posibilidad de escrutinio que ofrecen las publicaciones en revistas sometidas a la revisión por pares y la exposición de los trabajos en congresos de la especialidad médica.

Finalmente, el inciso ocho se refiere a productos cuyas propiedades no son verificables, ni reproducibles, o que están basados en conceptos irracionales y sin base científica. Respecto de los no autorizados están cubiertos por el marco descrito siempre que cumplan sus requisitos.

A continuación, se tratará resumidamente el uso compasivo regulado en la legislación comparada.

XV. Legislación comparada del uso compasivo “regulado”

Comparativamente, en España se definió en el año 2004 el uso compasivo con una técnica más evolucionada en los siguientes términos:

“Se entiende por uso compasivo de medicamentos la utilización en pacientes aislados y al margen de un ensayo clínico de medicamentos en investigación, incluidas especialidades farmacéuticas para indicaciones o condiciones de uso distintas de las autorizadas, cuando el médico bajo su exclusiva responsabilidad considere indispensable su utilización” (35).

(35) Real decreto 223/2004, de 6 de febrero, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos (arts. 28 y 29). Abrogado por real decreto 1090/2015, de 4 de diciembre. Ref. BOE-A-2015-14082. Texto consolidado en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2004-2316>.

En ese tiempo la norma habilitaba el uso de productos en investigación ciertamente no autorizados para su empleo fuera del ensayo clínico aprobado. Eran sus requisitos el consentimiento informado del paciente, un informe clínico en el que el médico justificaba la necesidad de dicho tratamiento y la conformidad del director del centro donde se fuera a aplicar la terapia.

Finalmente, ya se imponía la tendencia regulatoria con la autorización de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (AEMPS).

Actualmente, dentro del espacio de la Unión Europea el uso compasivo está previsto en el art. 83 del Reglamento (CE) 726/2004 (36) del Parlamento Europeo y del Consejo del 31/03/2004 por el que se establecen procedimientos comunitarios para la autorización y el control de los medicamentos de uso humano y veterinario y por el que se crea la Agencia Europea de Medicamentos (EMA) El texto de la norma es:

“83. 2. A efectos de lo dispuesto en el presente artículo, se entenderá por ‘uso compasivo’ la dispensación, por motivos compasivos, de un medicamento perteneciente a las categorías mencionadas en los apartados 1 y 2 del art. 3º, a un grupo de pacientes que padecen una enfermedad crónica o gravemente debilitadora o que se considera pone en peligro su vida y que no pueden ser tratados satisfactoriamente con un medicamento autorizado. El medicamento de que se trate deberá estar sujeto a una solicitud de autorización de comercialización con arreglo al art. 6º, o bien deberá estar siendo sometido a ensayos clínicos”.

La EMA a través de su órgano, el Comité de Productos Medicinales de uso humano [*Committee for Medicinal Products for Human Use* (CHMP)], elabora informes/recomendaciones de aprobación sobre los productos candidatos a autorización de uso compasivo. Corresponde a los países miembros de la UE autorizar este uso de conformidad con sus legislaciones y procedimientos regulatorios.

(36) Reglamento (CE) 726/2004. Texto consolidado en ES, Eur-Lex, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:32004R0726>.

Por su parte, en las guías de la EMA se define a la figura del uso compasivo (denominado también *compassionate use*, en inglés) como una de las opciones de tratamiento que se vale de un medicamento no autorizado (37). Tomado como un procedimiento, se lo ha previsto para posibilitar este uso bajo estrictas condiciones que confluyen con imperativos de protección de la salud pública.

Antes de avanzar en la explicación de estas condiciones, es necesario poner en consideración que en este marco legal el concepto se desdobra en dos situaciones de hecho:

i) *El uso compasivo individual*: destinado a un paciente individualizado [denominado en inglés, *named-patient basis' treatments* (38)].

ii) *El uso compasivo regulado por las agencias sanitarias*, de carácter colectivo, para grupos de pacientes (en España, autorización temporal de uso, ATU).

Sobre el primer caso, UC individual (que presenta las notas de la figura clásica estudiada), cabe señalar que se desenvuelve en la relación médico-paciente, generalmente vinculado a un centro de salud por la situación de salud del segundo o por pertenecer al sistema de salud que lo liga al médico. La guía europea presupone que el profesional tratante puede acceder al producto del mismo fabricante o una empresa proveedora legítima.

En el segundo concepto, el “UC regulado”, se presupone un medicamento candidato sometido a investigación (actual), empero los pacientes que reúnen las condiciones clínicas de recibirlo, por diversas razones, no están incluidos en un ensayo clínico (es decir, se les administra por fuera de las estrictas condiciones de un protocolo de un ensayo clínico). Este supues-

(37) AGENCIA EUROPEA DE MEDICAMENTOS (U.E.) EMA, “Compassionate use”. En línea: <https://www.ema.europa.eu/en/human-regulatory/research-development/compassionate-use>.

(38) Presentación oficial de la AGENCIA ESPAÑOLA DE MEDICAMENTOS (AEMPS), “Spanish routes for making available medicines to patients before authorisation”, https://ec.europa.eu/health/sites/default/files/files/committee/stamp/stamp_stamp_agenda_point_4_es_aemps_en.pdf.

to es la nota definitoria de lo que se denomina en los EE. UU. *expanded access* (39) o *compassionate use* (acceso ampliado o extendido a pacientes no incluidos en un EC del producto en investigación). El significado de la palabra “acceso” es ambiguo y cabe entenderlo como una forma de “administración” controlada del medicamento experimental por los médicos tratantes de los pacientes.

Ciertamente la situación clínica que justifican —en parte— ambos procedimientos es la existencia de una enfermedad o condición en un paciente que no dispone de un tratamiento satisfactorio.

Más específicamente se habla de pacientes con riesgo de vida, o que requieren un tratamiento permanente (crónico) o con enfermedad gravemente debilitante, en todos los casos *con necesidades médicas insatisfechas*.

Respecto del medicamento candidato en sí mismo, el art. 83 mencionado prevé dos situaciones de uso:

i) que esté sujeto a una solicitud de autorización de comercialización por un laboratorio *sponsor* ante la agencia sanitaria nacional (candidato a medicamento);

ii) estar siendo sometido a ensayos clínicos (producto en investigación).

En consonancia con la normativa comunitaria, en España se dictó el real decreto 1015/2009, de 19 de junio, por el que se regula la disponibilidad de medicamentos en situaciones especiales. Allí el uso compasivo se entiende del siguiente modo:

“Uso compasivo de medicamentos en investigación: utilización de un medicamento antes de su autorización en España en pacientes que padecen una enfermedad crónica o gravemente debilitante o que se considera pone en peligro su vida y que no pueden ser tratados satisfactoriamente con un medicamento autorizado. El medicamento de que se trate deberá estar sujeto a una solicitud de autorización de comercia-

(39) Fuente FDA. En línea: <https://www.fda.gov/news-events/public-health-focus/expanded-access>.

lización, o bien deberá estar siendo sometido a ensayos clínicos” (40).

En general la solicitud de medicamentos no comercializados en España para “situaciones especiales” se realiza vía un sistema de trámite por internet.

En particular el sistema contiene una base de datos de medicamentos admitidos por la agencia, en principio taxativa. Esto se detalla en las instrucciones, donde puede leerse: “Los tipos de estado en que puede encontrarse un medicamento son: disponible o no disponible. Únicamente aquellos medicamentos que estén en estado disponible permitirán realizar los trámites para su obtención, en los casos que el medicamento no [esté] disponible, la aplicación no permitirá llevar a cabo ninguna gestión”.

XVI. El uso compasivo. Un encuadre de máxima generalidad

A modo de hipótesis propongo la categorización de las formas estudiadas de *acto médico compasivo con medicamentos en la resultante de la intersección, en términos jurídicos, del complejo de facultades y obligaciones propias del ejercicio de la medicina con la extensión y límites a la autonomía del paciente*.

Esta ubicación jurídica bosquejada en estas líneas, a desarrollar en un futuro, nos permitirían disponer de una doctrina más general que darán fundamento para definir con mayor precisión los límites legales al uso de “medicamentos” o productos no autorizados, despojado de toda arbitrariedad (41) y de los vaivenes de po-

(40) Real decreto 1015/2009, art. 2º. Definiciones. Texto oficial en: “Legislación sobre medicamentos de uso humano. Disponibilidad de medicamentos en situaciones especiales”, Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (aemps.gob.es).

(41) En la confirmación de este encuadre provisional dando solidez teórica a la calificación del uso compasivo propuesto está implicado un método que confronta los nuevos enfoques y desarrollos teóricos con la totalidad de la doctrina jurídica; lo somete al rigor lógico y a la prueba de los hechos (relevantes en lo jurídico). Representa además un compromiso personal de seguir el sendero de la honestidad científica e intelectual; admitir que hay teorías que, con el paso del tiempo, ya no responden a la realidad jurídica o se toman artificiosas, o conducen

líticas de ajuste y reducción de las funciones del Estado que terminan perjudicando el acceso a la salud.

Con mayor aliento en esta misma propuesta se podría armonizar las expectativas médicas, y las correlativas necesidades de los pacientes, con factores condicionantes como el costo desproporcionadamente alto de ciertos medicamentos, el necesario sustento científico de las decisiones, la medición científica y más precisa del beneficio de un tratamiento, la superación de cierta inercia administrativa (pública y privada) en dar respuestas fundamentadas y otros.

Para comenzar contamos con una jurisprudencia que ha delineado criterios de valoración y requisitos sustanciales tales como la comprobación de eficacia y seguridad de un producto medicinal, paso previo a la autorización, doctrina que se ha expuesto en los acápites correspondientes.

Abordado desde otro plano, la mención y salvedad hecha por la Corte Suprema sobre la *libertad de elección del tratamiento terapéutico por el paciente o por el médico* (en los términos del precedente “Cisilotto de Baricalla”) permite desplegar un hilo conductor con la evolución de la *doctrina constitucional de la autonomía personal*.

No hay que perder de vista que la cuestión de la autonomía relacionada con la salud de la persona se encadena con modalidades de su ejercicio que pueden implicar colisión de derechos y que no pretendo agotar, tales como:

i. Libertad de elegir un tratamiento o “intervención experimental” específico (planteada tangencialmente en el caso “Cisilotto de Baricalla”).

ii. La simetría axiológica entre el poder del derecho positivo descrito en i) con el propio para rechazar un tratamiento (independientemente de su eficacia) ejercido por persona competente [iniciado en el caso “Bahamondez, Marcelo s/

a resultados fútiles y por ende, requieren modificaciones —y hay que hacerlas explícitas—. Ser crítico, riguroso en la evaluación de los nuevos enfoques, mostrar la evolución de las ideas, señalar que se sigue otro camino.

medida cautelar” (42) (1993) y desarrollado en “Albarracini Nieves” (43) (2012)].

iii. El acceso físico (posesión, uso, etc.) al medicamento (compra, importación, etc.).

iv. El grado de prueba de la eficacia del producto para la patología o condición del paciente (en investigación; autorización provisional o excepcional; autorización genérica, etc.) (abordado en el caso “Buñes” y en el dictamen de la procuradora Marta Amelia Beiró de Gonçalvez en dicha causa).

v. La cobertura del costo del medicamento o terapia (abordado en el caso “Buñes”).

Debo destacar que en la interpretación de la modalidad enumerada en iii) interviene una norma reglamentaria que introduce las excepciones a la autorización previa de medicamentos en los siguientes términos:

“Las excepciones a la prohibición a las que se refiere el art. 2º del decreto mencionado [150/1992] son las especialidades medicinales que:

“c) importen los particulares para su uso personal sobre la base de una receta médica específica (...)” (44).

Resta decir que la jurisprudencia ha considerado alguno de estos condicionantes de forma desigual, lo cual plantea un problema que requiere ser abordado sistemáticamente.

XVI.1. El principio filosófico y moral de autonomía de la persona

Este principio reconoce su correlato en el art. 19 de la CN —originariamente interpretado para fundar la derivación del derecho a la privacidad e intimidad, el cual— “protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituida por los sentimientos, hábitos y cos-

tumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física y, en suma, las acciones, hechos o datos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad están reservadas al propio individuo (...)” (45) (caso “Ponzetti de Balbín”, 1984). La cita original prosigue: “En rigor, el derecho a la privacidad comprende no solo a la esfera doméstica, el círculo familiar de amistad, sino otros aspectos de la personalidad espiritual física de las personas tales como la integridad corporal o la imagen y nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas, sin su consentimiento o el de sus familiares autorizados para ello y solo por ley podrá justificarse la intromisión...” (46). Este es el estándar que se reitera —en esta línea histórica propuesta— hasta llegar a un caso de muerte digna (CS, 07/07/2015, “D. M. A. s/ declaración de incapacidad”) que lo continúa.

Con mayor especificidad la jurisprudencia aplicable a los problemas de salud e integridad corporal precisa los alcances de la autonomía, y lo especifica de esta forma: “es posible afirmar que la posibilidad de aceptar rechazar un tratamiento específico, de seleccionar una forma alternativa de tratamiento hace la autodeterminación y autonomía personal; que los pacientes tienen derecho hacer opciones de acuerdo con sus propios valores o puntos de vista, aun cuando parezcan irracionales o imprudentes, que esa libre elección debe ser respetada” (47).

Formulado como esfera reservada, según “los principios enunciados, cabe concluir que no resultaría constitucionalmente justificada una resolución judicial que autorizara someter una persona adulta un tratamiento sanitario en contra de su voluntad, cuando la decisión del individuo hubiera sido dada con pleno discernimiento y no afectara directamente derechos de terceros” (48).

(45) CS, 11/12/1984, “Indalia Ponzetti de Balbin c. Editorial Atlántida SA s/ daños y perjuicios”, Fallos: 306:1892. Voto Carrió y Fayt.

(46) CS, 11/12/1984, “Indalia Ponzetti de Balbin”. Voto Carrió y Fayt.

(47) CS, “Albarracini Nieves”, consid. 16.

(48) CS, “Albarracini Nieves”, consid. 19.

(42) Fallos: 316:479.

(43) Fallos: 335:799.

(44) Res. conj. 988/1992 y 748/1992. Apruébase el texto ordenado de la res. conj. 470/92-MEyOSP y 268/92-MSAS, reglamentaria del dec. 150/1992. Fuente oficial: Infoleg.gob.ar.

A esta altura de uniformidad en la aplicación de estos estándares lo más interesante en dilucidar son los límites de la autonomía o las posibilidades de expansión correlativa. El primer límite es un estándar difuso y genérico constituido por las “buenas costumbres” y la “moral pública”. El segundo es un “interés público relevante” (v.gr., salud pública presupuesta en la vacunación obligatoria, aunque no es el único interés en juego) condicionado a que “la restricción al derecho individual sea la única forma de tutelar dicho interés” (49). Finalmente, la restricción a la autonomía —aceptada más pacíficamente por pensadores como Carlos Nino (50)— puede provenir de la afectación directa de derechos de terceros [v.gr., daño probabilístico a otros por la negativa a la vacunación (51) de los hijos].

XVII. Conclusión

Como se propuso al inicio, el planteo teórico expuesto articula las distintas cuestiones que gravitan en la práctica del uso compasivo. El aporte más importante es que se cuestionan conceptos anquilosados con lo cual el planteo teórico se proyecta a las nuevas realidades de la regulación de los medicamentos y del ejercicio de la medicina de hoy, en su complejidad. La teoría es una herramienta útil, y más perma-

nente, para explicar fenómenos y procesos, para definir “institutos”, como un todo lógico, independientemente de aspectos secundarios o procedimentales de las legislaciones o regulaciones administrativas vigentes en cada momento.

Nada es absoluto ni definitivo porque está sujeto a la prueba de los hechos, a la compatibilidad de sus derivaciones con el sistema jurídico, a la evolución de la jurisprudencia y a la crítica de las distintas tendencias en doctrina.

XVIII. Bibliografía

CANTAFIO, Fabio F., “Uso compasivo y nuevos regímenes legales de prescripción excepcional de medicamentos no autorizados. Modalidades de acceso a los tratamientos experimentales”, *Visión Jurídica*, Buenos Aires, 2017.

— “El derecho a la salud desde un nuevo enfoque de los derechos humanos”, *DFyP*, año 3, nro. 4, *La Ley*, mayo de 2011, ps. 209-220.

— “El uso compasivo de productos medicinales”, *LA LEY* 2007-C, 1384, AR/DOC/1933/2007. Comentario al artículo de NÚÑEZ LOZANO, María del Carmen, “Régimen jurídico del uso compasivo de medicamentos”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nro. 130, Thomson-Civitas, abril-junio de 2006, ISSN 0210-8461, ps. 327-346.

CARDOSO, Patricia C. - CANTAFIO, Fabio F., “Terapias en etapa de experimentación y derecho a la salud”, *LA LEY* del 10/11/2010, p. 8. Fallo comentado: CS, 19/05/2010, “B., V. E. c. Obra Social Unión Personal y otro”.

(49) CS, “Albarracini Nieves”, consid. 18.

(50) NINO, Carlos S., “Ética y derechos humanos”, Astrea, Buenos Aires, 1984.

(51) CS, 12/06/2012, “N. N. o U., V. s/ protección y guarda de personas”, *LA LEY* del 26/06/2012, p. 7. Es un caso complejo donde la autonomía de los progenitores en un sentido entra en la zona de la salud pública y el interés superior del niño.

RESPECTO A LA DIVERSIDAD CULTURAL

Niño de la comunidad wichí con diagnóstico de hemorragia cerebral. Respeto a su voluntad y a la de sus progenitores de no someterse a la intervención quirúrgica. Consentimiento informado. Carta de la jueza dirigida al niño en lenguaje simple.

Con nota de Michel A. Giraud Billoud

1. — Habiendo analizado el consentimiento informado, la pertenencia a la comunidad wichí y habiendo valorado el precedente “Bahamodez” —AR/JUR/1624/1993—, corresponde respetar la voluntad del niño y sus progenitores, toda vez que el tratamiento que se prescribe como el no sometimiento a la intervención quirúrgica tiene posibles consecuencias similares de extrema gravedad [1].
2. — Se asegurará que, en forma bimestral, el niño sea trasladado a la ciudad de Salta Capital, para el control de la evolución de la patología y en ese control se renueve el consentimiento del niño y sus progenitores. Es esencial que cuenten con el diagnóstico actualizado para poder decidir, y que, si cambian de opinión, puedan acceder a los tratamientos disponibles
3. — Nos encontramos ante un caso donde el diagnóstico de hemorragias cerebrales es grave y el tratamiento también es grave; y con consecuencias muy severas de las que podría derivar incluso la muerte. No hay una práctica indicada que esté exenta de estos altísimos riesgos explicados por el médico tratante. Hoy el niño va a la escuela, habla perfectamente, juega con sus amigos. Conoce el diagnóstico, conoce las secuelas, pero prefiere, él y su familia, no operarse. No es una decisión fácil respetar dicha voluntad, pero es la que resulta más respetuosa de su dignidad, del derecho a decidir, frente a las graves consecuencias que podría aparejar la intervención quirúrgica.
4. — Es el respeto a la dignidad humana, a las distintas formas de vivir lo que debe prevalecer, en este caso se debe ponderar su identidad cultural en los términos interamericanos y forma de vida; junto al diagnóstico probable, que no ofrece ninguna seguridad, más bien, muchas posibles secuelas invalidantes. Se estima que una mirada respetuosa de los derechos de comunidades aborígenes en clave constitucional y convencional afirma el respeto por la decisión adoptada.
5. — En el presente el niño expresó su voluntad en coincidencia con la de sus progenitores, en audiencia con la suscripta. El grado de madurez del niño, evidencian la comprensión de la intervención quirúrgica y crearon en la proveyente la eficacia convictiva en el grado de entender que es propia del niño la decisión de la negativa a la operación.
6. — El primer objeto de la medida autosatisfactiva, que consistió en recabar el consentimiento informado del niño, ha sido debidamente cumplimentado en audiencia que se produjo con el equipo médico donde se informó a las partes de las consecuencias posibles de la operación, la no existencia de tratamientos alternativos, los riesgos de no someterse al tratamiento. Se ha mantenido contacto directo con el niño y los progenitores, teniendo especial consideración a su identidad cultural, se ha ordenado la presencia de intérprete wichí, aun cuando afirmaron comprender el idioma español.
7. — Se concluye que las partes han sido acabadamente informadas de todas las implicancias del estado de salud del niño, se ha logrado su completa comprensión y se ha dejado constancia de la expresa negativa de los progenitores y del niño.
8. — Los progenitores del niño afirmaron que ellos tienen su propia cosmovisión, su propia mirada sobre la patología del niño y que por eso se niegan a la operación. Resulta muy difícil en la sociedad actual, desde nuestra visión convalidar y respetar las creencias y formas de vida del otro, del distinto.
9. — El niño y sus progenitores pertenecen a la comunidad wichí y por dicha pertenencia resultan sujetos que requieren especial atención y ajustes razonables para la efectividad de sus derechos respetando su identidad cultural y el interés superior del niño.
10. — Las opiniones de los NNA deberán considerarse en todas las decisiones que los involucren, incluyendo las decisiones sobre su salud. Los NNA deberán ser escuchados e informados de sus problemas de salud de acuerdo con su nivel de comprensión, procurando que sean los protagonistas principales del proceso de atención fomentando su participación. La participación de los NNA en todos los aspectos de sus vidas, incluyendo la salud, debe ser promovida desde la primera infancia.

11. — El modelo actual es el de la activa participación del paciente en la toma de decisiones, como expresión de la autonomía de las personas en el ámbito de la salud. Así el paciente es libre de optar por alternativas que el médico podría considerar como contraria a su consejo, siendo por ello la expresión más clara del respeto de la autonomía en el ámbito de la medicina.

JCiv. de Personas y Familia 2da Nom., Orán, 29/04/2021. - V., E.; G., I.; V., B. P. S. s/ medida autosatisfactiva de acceso a la información y al consentimiento informado.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/11751/2021]

JURISPRUDENCIA VINCULADA

[1] El 06/04/1993 en "Bahamondez, Marcelo s/ medida cautelar", 316:479, JA 1993-IV-558, AR/JUR/1624/1993, sostuvo que cualquiera sea el carácter jurídico que se le asigne al derecho a la vida, al cuerpo, a la libertad, a la dignidad, al honor, al nombre, a la intimidad, a la identidad personal, a la preservación de la fe religiosa, debe reconocerse que en nuestro tiempo encierran cuestiones de magnitud relacionadas con la esencia de cada ser humano y su naturaleza individual y social. (Del voto de los doctores Barra y Fayt).

Expte. N° 17.058/21

1ª Instancia.- San Ramón de la Nueva Orán, abril 29 de 2021.

Resulta:

Que el Ministerio Público Pupilar interpone medida autosatisfactiva para garantizar el acceso a la información y al consentimiento informado en representación del niño L. V. de 8 años de edad, hijo de E. V. e I. G., ambos wichís, domiciliados en Rivadavia Banda Sur, a fin de que se ordenen y aseguren las medidas suficientes y adecuadas para garantizar el acceso a recibir la información médica adecuada para otorgar o no su consentimiento informado y para garantizar los derechos a la salud y a la vida del niño. Requiere el traslado del niño al Hospital Materno Infantil a efectos de que, previo al consentimiento informado, se continúe con el tratamiento médico sugerido.

Afirma que el niño posee diagnóstico de hemorragia intracerebral parieto-occipital izquierda. En fecha 19/02/2021, se efectúa angiografía cerebral, de la que se evidencia malformación arteriovenosa pequeña, parieto occipital izquierda que se impregna por arteria cerebral media izquierda mediante su rango angular con drenaje superficial hacia vena parietal inferior.

Ello produce un sangrado de grado II en la escala de Spetzler-Martin. El niño se encontraba orientado en tiempo, persona y espacio. En junta médica se valora el caso y se decidió realizar tratamiento endovascular mediante embolización selectiva de sus pedículos.

Señala que, mientras esperaban la llegada del material solicitado para el tratamiento y ante la mejoría del foco neurológico, el progenitor solicita alta voluntaria por cuatro días, con la premisa de volver al hospital con el paciente para completar el tratamiento. Destaca que fueron ubicados por personal de servicio social de dicha localidad, pero el progenitor del niño, manifiesta y firma el rechazo al tratamiento, debido a los riesgos del mismo, incluida la posibilidad de muerte y prefiere que la enfermedad siga su curso natural, incluyendo la posibilidad de nuevas hemorragias. Ante el dilema que presenta la causa se dio aviso a la Asesoría de Menores.

El Ministerio Pupilar estima que no surge de la historia clínica, los requisitos de claridad, precisión y adecuación con respecto al estado de salud de L. V., ni se indica procedimiento propuesto, se omite especificar objetivos, beneficios esperados, riesgos, molestias adversas, procedimientos alternativos y sus riesgos y consecuencias previsibles de la no realización.

Concluye que no se ha garantizado el derecho a la información y los derechos del paciente al niño L. V. y su grupo familiar. Solicita se garantice el derecho del niño L., a ser oído.

Recibidos estos autos, se ordenó al Hospital Público Materno Infantil, presente un informe detallado con respecto al estado de salud del niño L. V. y se solicitó al Comité de Ética de dicho nosocomio dictamine teniendo presente el interés superior del niño y el respeto a su identidad cultural.

El Hospital Público Materno Infantil remitió la historia clínica completa del niño L. como así también, los mismos informes que ya se encontraban en la presentación de la Asesoría interviniente.

Así, en este estado de situación y dada la urgencia de la causa, sin contar aún con la información completa por parte del Hospital ni de su Comité de Ética, se dispuso el traslado del niño L. V. al Hospital Público Materno Infantil, en compañía de sus progenitores o referentes afectivos, pudiendo ser acompañado de un referente de la comunidad (cacique), a fin de celebrar audiencia con el equipo médico tratante del niño y asegurar el acceso a la información del niño, para otorgar su consentimiento informado.

Producido el traslado, se celebró audiencia virtual en la que participó el niño L. V., sus progenitores, el

doctor Marcelo Sandoval, la señora jefa del Servicio Social, licenciada Lorena Melcher, el facilitador intercultural de lengua wichí, señor Osvaldo Villagra, el señor Asesor de Incapaces N° 2, Dr. Cristian Babicz.

En la audiencia, el doctor Sandoval explicó a los presentes el cuadro de salud del niño: presenta hemorragia intracerebral, ingresó a terapia con dificultad motora y trastorno del lenguaje.

A través de angiografía cerebral se detectó el origen de la patología y se propone como tratamiento la embolización de la malformación y posteriormente su cirugía. El tratamiento es de carácter endovascular para ocluir los vasos cerebrales. Es decir, se llevaría a cabo en dos etapas, primero curación vascular y luego cirugía.

Los profesionales remarcan que, como toda cirugía, no está exenta de riesgos, pero si se deja actuar la enfermedad, existe un riesgo en el 3% (tres por ciento) de sangrado posterior, que va aumentando año a año. No existen tratamientos alternativos con fármacos. Consultados sobre qué consecuencias traería la no realización del tratamiento, informa el doctor Sandoval que el riesgo de sangrado es de tres por ciento anual y puede quedar con daños en el lenguaje. El tratamiento propuesto tiene altas probabilidades de ser bueno.

Los progenitores del niño preguntados si comprenden el idioma español, afirman que sí comprenden y que entendieron todo lo que relató el médico. Dicen que no se les asegura un cien por ciento de la cura. El doctor Sandoval informa que nadie puede asegurarle un cien por ciento de solución. Con la operación puede perder la vista y producirle otras secuelas. Pero el tratamiento, tiene altas probabilidades de ser bueno.

Los progenitores afirman, finalmente que ellos comprenden todo lo explicado, pero que tienen otra cosmovisión, otros medicamentos, otras formas de curar con medicina natural, por lo que se oponen al tratamiento propuesto.

La Suscripta procede a tomar contacto directo con el niño, consultado sobre la realización de la cirugía y si comprende sus implicancias, L. dice que no quiere que lo operen. El niño es preguntado nuevamente y afirma categóricamente que no quiere operarse.

El señor Asesor de Incapaces N° 2, Dr. Cristian Babicz, considera que debe prevalecer la decisión y voluntad de los progenitores del niño, valorando especialmente la voluntad del niño L. en cuanto niegan sea sometido al tratamiento e intervención propuesta por el médico tratante. Ello por cuanto, pondera las posibilidades de éxito de la intervención que obra en

la prueba documental incorporada: pérdida de vida del niño, pérdida o disminución de órganos y/o funciones como la vista, pérdida de movilidad u otras secuelas no especificadas. L. lleva una vida normal, asiste a la escuela, juega con amigos. Según sus progenitores, su hijo recibirá tratamiento natural con "médicos" de la comunidad, que conforme su cultura y creencias podrían encontrar la cura para su enfermedad. Entiende que los progenitores no son negligentes en el ejercicio de la responsabilidad parental, analizado desde la cultura de su familia. Continúa afirmando que el pronóstico resulta totalmente incierto, comprendiendo en ello la pérdida de vista.

El Ministerio Público solicita se articulen políticas públicas con el objeto de que se materialicen controles sobre la evolución de la patología que padece el niño. Particularmente solicita el control mensual de la evolución de la enfermedad del niño, avances, riesgos, debiéndose realizar dichos controles en el Hospital Público Materno Infantil de la ciudad de Salta, debiéndose proveer la medicación, en caso de resultar necesario. Que se garanticen los traslados, con intervención de las Secretarías de Desarrollo Social, Municipalidad de Rivadavia Banda Sur, Secretaría de Primera Infancia Niñez y Familia, Secretaría de Asuntos Indígenas y Desarrollo Comunitario, para la provisión de materiales que pudiera requerir el niño L. para su desarrollo y garantizar la satisfacción de sus necesidades básicas.

La señora Fiscal Civil, Dra. Marcela de los Ángeles Fernández, dictamina que, habiéndose dado cumplimiento con el debido proceso, resulta ajustado a derecho lo señalado por el señor Asesor de Incapaces, toda vez que los progenitores han decidido no operar a su hijo y dicha decisión puede ser modificada.

Se dispone efectuar el llamado de autos para sentencia.

Considerando:

De las medidas autosatisfactivas: Que el profesor Peyrano define las medidas autosatisfactivas como "un requerimiento urgente formulado al órgano jurisdiccional por los justiciables, que se agota con su despacho favorable, no siendo, entonces, necesaria la iniciación de una ulterior acción principal para evitar su caducidad o decaimiento".

Los presupuestos son la existencia de una situación de urgencia o peligro de la demora, una fuerte probabilidad de que los planteos del peticionante sean atendibles, y el otorgamiento de contracautela cuando a criterio del tribunal esta sea procedente, se decretan inaudita parte. En determinados casos y de manera excepcional, podría ser provechoso arbi-

trar alguna suerte de mínima sustanciación de forma previa a su dictado. Podemos afirmar que la doctrina, la jurisprudencia y la legislación han receptado la llamada medida autosatisfactiva con distintos alcances, pero en todos los casos justificando su operatividad a partir de una urgencia o estado de necesidad que no admite dilaciones (1).

La Corte de Justicia de Salta ha señalado respecto a las medidas autosatisfactivas, que “ellas se inscriben dentro de las denominadas autónomas, carácter que se les atribuye por no resultar accesorias respecto de proceso principal alguno, y mediante las cuales se persigue lograr la efectividad de la tutela judicial” (T. 76:377; 87:49). A decir de Jorge Peyrano, “las medidas autosatisfactivas son soluciones jurisdiccionales urgentes, autónomas, despachables “inaudita et altera pars” y mediando una fuerte probabilidad de que los planteos formulados sean atendibles. Importan una satisfacción definitiva de los requerimientos de sus postulantes y constituyen una especie de tutela de urgencia” (“Reformulación de la Teoría de las Medidas cautelares: Tutela de Urgencia, Medidas Autosatisfactivas”, en JA, 1997-II, p. 925). El mayor beneficio del instituto radica en su maleabilidad para acordar una protección rápida y, por ende, eficaz, ante conductas o vías de hecho que afecten un interés tutelable, cierto y manifiesto. De esta manera, contribuye a que el proceso permita la efectiva operatividad de los derechos sustanciales (cfr. Revista de Derecho Procesal, “Medidas Cautelares”, Doctrina y Jurisprudencia, Rubinzal Culzoni, T. I, p. 55); esta Corte, T. 134:243; 147:315).

Del Consentimiento Informado: En el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño establece que “Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”.

Las opiniones de los NNA deberán considerarse en todas las decisiones que los involucren, incluyendo las decisiones sobre su salud. Los NNA deberán ser escuchados e informados de sus problemas de salud de acuerdo con su nivel de comprensión, procurando que sean los protagonistas principales del proceso de atención fomentando su participación. La participación de los NNA en todos los aspectos de sus vidas, incluyendo la salud, debe ser promovida desde la primera infancia. Se pueden reconocer grados evolutivos de participación que van desde la información sobre la enfermedad, tratamiento y procedimientos médicos, toma de decisiones de los referentes adultos con participación activa de NNA, hasta decisiones autónomas tomadas por los NNA. Se deberá procurar

que los NNA se vayan involucrando en la toma de decisiones en conjunto con sus referentes adultos, dado que se trata de un proceso que requiere ser aprendido y practicado con orientaciones que permitan entender las repercusiones de cada decisión. La idea de que una determinada edad cronológica por sí sola determine la autonomía de un NNA es incorrecta, sino que las variables para determinar la autonomía son individualizadas y progresivas (2).

El consentimiento informado consiste en un proceso en el cual el médico y el paciente capaz intercambian información suficiente y comprensible acerca de la decisión sanitaria a tomar, de tal manera que se produce una dinámica activa y cooperativa de generación de esta última. La promoción y el respeto de la autonomía de los NNA forma parte del modelo de atención basado en derechos y es responsabilidad de todo el equipo de salud garantizarlo. Se debe procurar la toma de decisiones desde la infancia logrando de forma gradual la autonomía.

En el precedente IV c. Bolivia, la Corte Interamericana condenó al estado demandado por realizar una práctica médica sin haber recabado el consentimiento informado y habiendo procedido a ligar las trompas a una mujer, sin que ella lo requiriese. La Corte IDH establece que el consentimiento informado constituye una obligación que ha sido establecida en el desarrollo de los derechos humanos de los pacientes, el cual resulta ser una obligación no solo ética sino jurídica del personal de salud, El consentimiento debe ser brindado de manera libre, voluntaria, autónoma, sin presiones de ningún tipo, sin coerciones, amenazas o desinformación (3).

El modelo actual es el de la activa participación del paciente en la toma de decisiones, como expresión de la autonomía de las personas en el ámbito de la salud. Así el paciente es libre de optar por alternativas que el médico podría considerar como contraria a su consejo, siendo por ello la expresión más clara del respeto de la autonomía en el ámbito de la medicina.

El primer objeto de la medida autosatisfactiva, que consistió en recabar el consentimiento informado del niño L. V. ha sido debidamente cumplimentado en audiencia que se produjo con el equipo médico donde se informó a las partes de las consecuencias posibles de la operación, la no existencia de tratamientos alternativos, los riesgos de no someterse al tratamiento.

Se ha mantenido contacto directo con el niño y los progenitores, teniendo especial consideración a su identidad cultural, se ha ordenado la presencia de intérprete wichí, aun cuando afirmaron comprender el idioma español.

Concluyo en este apartado que las partes han sido acabadamente informadas de todas las implicancias del estado de salud del niño, se ha logrado su completa comprensión y se ha dejado constancia de la expresa negativa de los progenitores y del niño.

De la pertenencia a comunidad wichí: No es ajeno a la Suscripta la circunstancia de que el niño L. V. y sus progenitores pertenecen a la comunidad wichí y que por dicha pertenencia, resultan sujetos que requieren especial atención y ajustes razonables para la efectividad de sus derechos respetando su identidad cultural y el interés superior del niño.

Es lamentable pero necesario recordar que el Estado Argentino, ya ha sido condenado en sede internacional en el caso *Lhaka Honhat* por la Corte IDH como consecuencia de las graves violaciones a los derechos humanos de comunidades aborígenes en la provincia de Salta. De ellos destaca la vulneración a su identidad cultural.

“El derecho a la identidad cultural es atinente a pueblos indígenas, pero no solo a ellos: presenta una estrecha relación con el derecho de toda persona a “participar en la vida cultural” y con el derecho de integrantes de grupos considerados “minorías” a “tener su propia vida cultural”.

Los mandatos de procurar un desarrollo “integral”, “incorporar” y acrecentar la “participación” de sectores poblacionales para su “plena integración”, estimular la cultura y “preservar y enriquecer” el patrimonio cultural, deben entenderse en el marco del respeto a la propia vida cultural de los diversos grupos, tales como comunidades indígenas. Por lo tanto, la “participación”, “integración” o “incorporación” en la “vida cultural” deben procurarse sin perjuicio de la diversidad cultural, y entenderse de modo respetuoso de la misma y de los derechos de los distintos grupos y las personas que los integran.

La Corte determina que Argentina violó, en perjuicio de las comunidades indígenas víctimas del presente caso, sus derechos, relacionados entre sí, a participar en la vida cultural, en lo atinente a la identidad cultural, a un medio ambiente sano, a la alimentación adecuada, y al agua, contenidos en el artículo 26 de la Convención Americana, en relación con la obligación de garantizar los derechos prevista en el artículo 1.1 del mismo instrumento.

Los progenitores del niño afirmaron que ellos tienen su propia cosmovisión, su propia mirada sobre la patología del niño y que por eso se niegan a la operación. Resulta muy difícil en la sociedad actual, desde nuestra visión convalidar y respetar las creencias y formas de vida del otro, del distinto.

Es el respeto a la dignidad humana, a las distintas formas de vivir lo que debe prevalecer, en este caso se debe ponderar su identidad cultural en los términos interamericanos y forma de vida; junto al diagnóstico probable, que no ofrece ninguna seguridad, más bien, muchas posibles secuelas invalidantes.

Se estima que una mirada respetuosa de los derechos de comunidades aborígenes en clave constitucional y convencional, afirma el respeto por la decisión adoptada.

Comparación con el precedente *Bahamondez*: Resulta imposible no recordar el voto de Fayt y Barra en el caso *Bahamondez* al resolver esta causa.

Marcelo Bahamondez fue internado en el Hospital Regional de la ciudad de Ushuaia en razón de estar afectado por una hemorragia digestiva. En esas circunstancias se negó a recibir transfusiones de sangre por considerar que ello hubiera sido contrario a las creencias del culto “Testigos de Jehová” que el nombrado profesa.

La Corte citó el Art. 19 de la ley 17.132: los profesionales que ejerzan la medicina deberán respetar la voluntad del paciente en cuanto sea negativa a tratarse o internarse. “Cualquiera sea el carácter jurídico que se le asigne al derecho a la vida, al cuerpo, a la libertad, a la dignidad, al honor, al nombre, a la intimidad, a la identidad personal, a la preservación de la fe religiosa, debe reconocerse que en nuestro tiempo encierran cuestiones de magnitud relacionadas con la esencia de cada ser humano y su naturaleza individual y social”.

“El hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo, más allá de su naturaleza trascendente, su persona es inviolable. El respeto por la persona humana es un valor fundamental, jurídicamente protegido, con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental. Los derechos de la personalidad son esenciales para ese respeto de la condición humana. Los derechos que amparan la dignidad y la libertad se yerguen para prevalecer sobre el avance de ciertas formas de vida impuestas por la tecnología y cosmovisiones dominadas por un sustancial materialismo práctico. Además del señorío sobre las cosas que deriva de la propiedad o del contrato, está el señorío del hombre a su vida, su cuerpo, su identidad, su honor, su intimidad, sus creencias trascendentes, entre otros, es decir, los que configuran su realidad integral y su personalidad, que se proyecta al plano jurídico como transferencia de la persona humana. Se trata, en definitiva, de los derechos esenciales de la persona humana, relacionados con la libertad y la dignidad del hombre.

En cuanto al marco constitucional de los derechos de la personalidad, puede decirse que la jurisprudencia y la doctrina lo relacionan con la intimidad, la conciencia, el derecho a estar a solas, el derecho a disponer de su propio cuerpo. En rigor, cuando el art. 19 de la CN concede a todos los hombres una prerrogativa según la cual pueden disponer de sus actos, de su obrar, de su propio cuerpo, de su propia vida de cuanto les es propio. Se trata del señorío a su propio cuerpo y en consecuencia, de un bien reconocido como de su pertenencia, garantizado por la declaración que contiene el art. 19 de la Constitución Nacional. La estructura sustancial de la norma constitucional está dada por el hombre, que despliega su vida en acciones a través de las cuales se expresa su obrar con libertad.

En el caso Bahamondez se encontraron implicadas las creencias religiosas, la salud, la personalidad espiritual y física y la integridad corporal, la posibilidad de que los individuos puedan aceptar o rechazar libremente toda interferencia en el ámbito de su intimidad corporal es un requisito indispensable para la existencia del mencionado derecho de la autonomía individual, fundamento este sobre el que reposa la democracia constitucional.

El precedente cita el fallo del Tribunal Supremo de la República Federal Alemana que resolvió que era antijurídica una operación quirúrgica sin consentimiento del paciente por los siguientes argumentos: "Nadie puede asumir el papel de juez para decidir bajo cuáles circunstancias otra persona estaría razonablemente dispuesta a renunciar a su inviolabilidad corporal con el objeto de curarse. Este principio también es vinculante para el médico. Por cierto que el derecho más trascendente de este, y su obligación más esencial, es la de curar a los individuos enfermos dentro de sus posibilidades. Sin embargo, este derecho y esta obligación encuentran sus límites en el derecho del individuo a determinar, en principio por sí mismo, acerca de su cuerpo.

Constituiría una intromisión antijurídica en la libertad y la dignidad de la persona humana si un médico, aun cuando estuviese fundado en razones justificadas desde el punto de vista médico, realizase, por sí, una operación de consecuencias serias en un enfermo sin su autorización, en el caso que previamente hubiese sido posible conocer en forma oportuna la opinión de aquel. Pues, aun un enfermo en peligro de muerte, puede tener razones adecuadas y valederas, tanto desde un punto de vista humano como ético, para rechazar una operación, aun cuando solo por medio de ella sea posible liberarse de su dolencia" (BGHst 11, 111, sent. del 28 de noviembre de 1957, transcripta en la obra de Albin Eser, *Strafrecht*, T. III, ps. 87/96, 2ª ed., parte especial, Munich, 1981).

Este precedente del Tribunal resulta perfectamente aplicable al caso, en efecto tanto el niño L. V. como sus progenitores, ante la incertidumbre respecto a las secuelas que podría ocasionarle al niño, deciden no someterse a la operación.

Una diferencia es que Bahamondez se trataba de un adulto y en este caso se trata de un niño, por ello, debe analizarse la voluntad de los progenitores, el derecho del niño a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta y de la representación que ejerce el Ministerio Pupilar.

Sin dudas, el Código Civil y Comercial, la capacidad debe ser analizada desde la óptica de la edad y grado de madurez, analizando cada caso en particular. En el presente el niño expresó su voluntad en coincidencia con la de sus progenitores, en audiencia con la Suscripta. El grado de madurez del niño, evidencian la comprensión de la intervención quirúrgica y crearon en la Proveyente la eficacia convictiva en el grado de entender que es propia del niño la decisión de la negativa a la operación.

La diferencia esencial con el caso Bahamondez es que no se trata de una transfusión de sangre. Si así lo fuera, ya se hubiera ordenado la realización de la misma. Nos encontramos ante un caso donde el diagnóstico de hemorragias cerebrales es grave y el tratamiento también es grave; y con consecuencias muy severas de las que podría derivar incluso la muerte. Es decir, no hay una práctica indicada que esté exenta de estos altísimos riesgos explicados por el médico tratante.

Hoy L. V. va a la escuela, habla perfectamente, juega con sus amigos. Conoce el diagnóstico, conoce las secuelas, pero prefiere, él y su familia, no operarse. No es una decisión fácil respetar dicha voluntad, pero es la que resulta más respetuosa de su dignidad, del derecho a decidir, frente a las graves consecuencias que podría aparejar la intervención quirúrgica.

Del decisorio: Habiendo analizado el consentimiento informado, la pertenencia a la comunidad wichí y habiendo valorado el precedente Bahamondez, corresponde respetar la voluntad del niño y sus progenitores, toda vez que el tratamiento que se prescribió como el no sometimiento a la intervención tienen posibles consecuencias similares de extrema gravedad.

Del pedido del Ministerio Pupilar: Compartiendo el serio y fundado pedido del señor Asesor de Incapaces N° 2, doctor Cristian Babicz, se estima oportuno flexibilizar el principio de congruencia, atento a las especiales características que rodean la presente cau-

sa y hacer lugar a los pedidos efectuados por el Ministerio Pupilar.

Que resulta necesario ponderar el interés superior del niño, en la decisión tomada los progenitores y el niño L. V., frente al deber estatal de proteger su salud y velar por su integral.

La solución que se impone debe ser superadora, por un lado respetar la decisión del niño y por otro, fortalecer a la familia, brindándole la contención y el apoyo necesario para poder transitar este momento.

Se asegurará que, en forma bimestral, el niño L. V. sea trasladado a la ciudad de Salta Capital, para el control de la evolución de la patología y en ese control se renueve el consentimiento del niño y sus progenitores. Es esencial que cuenten con el diagnóstico actualizado para poder decidir, y que si cambian de opinión, puedan acceder a los tratamientos disponibles.

Es esencial que el equipo médico recabe en debida forma el consentimiento informado del niño, en presencia de un intérprete asegurando el derecho a la toma de decisiones sobre la salud y el propio cuerpo.

Los organismos del Poder Ejecutivo provincial y municipal en el ámbito de sus competencias acompañarán a la familia de L. V. asegurando el traslado del niño y sus progenitores en forma bimestral a la ciudad de Salta Capital, para el control en el Hospital Público Materno Infantil, el acceso a tratamiento psicológico del grupo familiar y a la provisión de los medios necesarios para satisfacer sus necesidades básicas.

Solo a través de la actuación conjunta de los diferentes órganos del Estado podrá evitarse la vulneración de derechos de L. V.

Acceso a la justicia y traducción de la sentencia: La Sección 2° de las 100 Reglas de Brasilia establece que se adoptarán las medidas necesarias para reducir las dificultades de comunicación que afecten a la comprensión del acto judicial en el que participe una persona en condición de vulnerabilidad, garantizando que esta pueda comprender su alcance y significado”.

Teniendo presente que las partes pertenecen a la comunidad wichí de Rivadavia Banda Sur, se debe asegurar la efectiva la comprensión de la sentencia.

Es que, aunque los intervinientes manifestaron comprender el idioma español, muchos tecnicismos utilizados en la sentencia podrían no llegar a ser entendidos y por ello, corresponde ordenar su traducción al wichí, como modo de asegurar el acceso a la justicia de las personas pertenecientes a la comunidad. Se requerirá al perito intérprete de la Corte de Justicia de Salta, la traducción del presente decisorio,

a fin de asegurar el mandato convencional de tutela judicial efectiva.

A su vez, el contar con una sentencia en su propia lengua, tendrá sin dudas, un valor simbólico para ellos y su comunidad. Hoy las regulaciones internacionales en materia de personas vulnerables imponen un nuevo mandato en la justicia: efectuar los ajustes razonables que sean necesarios para asegurar el efectivo acceso a la justicia. La barrera idiomática debe ser superada a través de la pertinente traducción.

Sentencia en lenguaje accesible para el niño B. V.: Siguiendo el trabajo de Daniela David titulado: “Sentencia en lenguaje sencillo en el marco de la Constitución de la Provincia de Salta” (4): se evidencia que la falta de comprensión de las resoluciones judiciales implica para el ciudadano una situación de incertidumbre. La persona ha de sentir el desconcierto de lo desconocido, que lo pone en una situación de indefensión.

Una sentencia tradicional, coloca el protagonismo en su emisor, el juez; la sentencia en lenguaje simple coloca el eje en el verdadero protagonista: el receptor del acto, el justiciable. Lo que debe primar es el respeto hacia el otro, donde la empatía y el reconocimiento de los derechos humanos, marque el rumbo de quien se siente a redactar una sentencia.

Los operadores judiciales deben ser capaces de situarse en el terreno sencillo de la persona a cuyo servicio se encuentra, colocarse en sus zapatos, en su cultura, y dirigirse a ella, en última instancia, con la simplicidad propia de las circunstancias que la rodean.

Por ello, se acompaña al presente decisorio una carta dirigida al niño L. V. en la que se trata de explicar, en lenguaje simple, la decisión adoptada.

Por todo lo anteriormente expuesto, la legislación vigente y el dictamen del Ministerio Público Fiscal; resuelvo: I. Hacer lugar a lo solicitado por el señor Asesor de Incapaces N° 2, en consecuencia respetar la voluntad del niño L. V., DNI N° ..., y sus progenitores señores E. V., DNI N° ..., e I. G., DNI N° ..., en cuanto al no sometimiento a la intervención quirúrgica propuesta por el equipo médico del Hospital Público Materno Infantil. II. Ordenar al Ministerio de Salud Pública de la provincia de Salta, el control mensual de la evolución de la enfermedad del niño L. V., avances y riesgos de la misma, por parte del equipo médico del Hospital Público Materno Infantil; debiendo garantizarse el traslado y retorno del niño y sus progenitores. III. Ordenar al equipo médico del Hospital Público Materno Infantil en cada oportunidad que se atienda al niño L. V., sea recabado el consentimiento informa-

do de los progenitores y del niño, o su negativa a someterse a las prácticas propuestas, debiendo encontrarse presente un intérprete de lengua wichí. Deberá remitirse copia de cada acta que se confeccione para el debido control judicial. IV. Ordenar al Ministerio de Desarrollo Social de la provincia de Salta, Municipalidad de Rivadavia Banda Sur, junto a las Secretarías de Primera Infancia, Niñez y Familia, Secretaría de Asuntos Indígenas y Desarrollo Comunitario provean elementos materiales que pudiera requerir L. V. para su desarrollo y garantizar la satisfacción de sus necesidades básicas y aseguren la atención y acompañamiento psicológico del niño y sus progenitores. V. Ordenar al Ministerio de Desarrollo Social y a la Municipalidad de Rivadavia Banda Sur arbitren los medios para que garantizar el traslado y la estadía en la ciudad de Salta del niño y sus progenitores, con motivo de los controles bimestrales ordenados. VI. Ordenar la traducción del presente decisorio al wichí. Oficiarse por Secretaría a la Secretaría de Corte de Justicia de Salta. VII. Acompañar al presente decisorio un Anexo de sentencia con una carta explicativa dirigida al niño L. V. VIII. Mandar se copie, se registre, se protocolice y se notifique. — *Ana M. Carriquiry*.

pañar al presente decisorio un Anexo de sentencia con una carta explicativa dirigida al niño L. V. VIII. Mandar se copie, se registre, se protocolice y se notifique. — *Ana M. Carriquiry*.

(1) Mosmann, M. V. (2013) “Tutela jurisdiccional de urgencia” Civil Procedure Review v.4, Special Edition: 234-262, ISSN 2191-1339 - www.civilprocedurereview.co.

(2) <http://www.scielo.edu.uy/pdf/rmu/v35n2/1688-0390-rmu-35-02-163.pdf>.

(3) Herrera. M. (2018) Derecho Filial, CABA, LA LEY.

(4) David, Daniela (2020) “Sentencia en lenguaje sencillo en el marco de la Constitución de la Provincia de Salta”. LA LEY NOA 2020 (mayo). Cita Online: AR/DOC/784/2020.

El derecho a ser escuchado de un/a niño/a desde una mirada multicultural

Michel A. Giraud Billoud (*)

Sumario: I. Introducción.— II. El consentimiento informado en lenguaje claro.— III. Los derechos del paciente.— IV. El diálogo multicultural en un Estado de derecho.— V. El derecho a participar y ser escuchado de niños/as y adolescentes.— VI. Reflexiones finales.

I. Introducción

El fallo que comentaremos a continuación y del cual haré un sintético análisis proviene del Juzgado de 1ª Instancia en lo Civil de Personas y Familia de Orán de la provincia de Salta. Esta sentencia nos interpela produciendo una revisión de nuestras construcciones culturales al momento de asesorar, resolver o patrocinar como operadores/as jurídicos situaciones que

incluyen a personas de pueblos originarios de nuestro estado argentino.

En efecto, en el proceso judicial *in analysis* se presenta cuando el Ministerio Público Pupilar interpone medida autosatisfactiva para garantizar el acceso a la información y al consentimiento informado en representación del niño L. V. de 8 años de edad, hijo de E. V. e I. G., ambos wichís, domiciliados en Rivadavia Banda Sur, a fin de que se ordenen y aseguren las medidas suficientes y adecuadas para garantizar el acceso a recibir la información médica adecuada

(*) Profesor adscripto de Derecho Constitucional, turno mañana, Universidad Nacional de Cuyo.

para otorgar o no su consentimiento informado y para garantizar los derechos a la salud y a la vida del niño. Afirma que el niño posee diagnóstico de hemorragia intracerebral parieto-occipital izquierda. En fecha el 19 de febrero de este año, se efectúa angiografía cerebral, de la que se evidencia malformación arteriovenosa pequeña, parieto occipital izquierda que se impregna por arteria cerebral media izquierda mediante su rango angular con drenaje superficial hacia vena parietal inferior. Ello produce un sangrado de grado II en la escala de Spetzler-Martin. El niño se encontraba orientado en tiempo, persona y espacio. Pero en la junta médica se valora el caso y se decidió realizar tratamiento endovascular mediante embolización selectiva de sus pedículos.

Mientras esperaban la llegada del material solicitado para el tratamiento y ante la mejoría del foco neurológico, el progenitor solicita alta voluntaria por cuatro días, con la premisa de volver al hospital con el paciente para completar el tratamiento. Pasado el tiempo, el servicio social de dicha localidad los ubica. Entonces, el progenitor del niño manifestó y firmó el rechazo al tratamiento, debido a los riesgos de este, que incluía la posibilidad de muerte y prefirió que la enfermedad siguiera su curso natural, incluyendo la posibilidad de nuevas hemorragias. Ante el dilema que presenta la causa se dio aviso a la Asesoría de Menores.

Posteriormente, el Ministerio Pupilar estimó que no surgen de la historia clínica los requisitos de claridad, precisión y adecuación con respecto al estado de salud del niño, ni se indicaba procedimiento propuesto, se omitía especificar objetivos, beneficios esperados, riesgos, molestias adversas, procedimientos alternativos y sus riesgos y consecuencias previsibles de la no realización. Concluyó que no se ha garantizado el derecho a la información y los derechos del paciente al niño y su grupo familiar. Por ello, solicitó que se garantizara el derecho del niño a ser oído. Recibidos los autos, el juzgado ordenó al Hospital Público Materno Infantil para que presentara un informe detallado con respecto al estado de salud del niño y requirió al Comité de Ética de dicho nosocomio para que dictamine teniendo presente el interés superior del niño y el respeto a su identidad cultural.

En este estado de situación y dada la urgencia de la causa, sin contar aún con la información completa por parte del Hospital ni de su Comité de Ética, se dispuso el traslado del niño al Hospital Público Materno Infantil en compañía de sus progenitores o referentes afectivos, pudiendo ser acompañado de un referente de la comunidad (cacique), a fin de celebrar audiencia con el equipo médico tratante del niño y asegurar el acceso a la información del niño, para otorgar su consentimiento informado. Producido el traslado, se celebró audiencia virtual en la que participó el niño, sus progenitores, el doctor interviniente, la señora jefa del Servicio Social, el facilitador intercultural de lengua wichí, el señor Asesor de Incapaces nro. 2 y la magistrada.

En la audiencia, el doctor explicó a los presentes el cuadro de salud del niño. Este reflejaba una hemorragia intracerebral, que había producido el ingreso del niño a terapia con dificultad motora y trastorno del lenguaje. A través de angiografía cerebral se detectó el origen de la patología y se propuso como tratamiento la embolización de la malformación y posteriormente su cirugía. El tratamiento es de carácter endovascular para ocluir los vasos cerebrales. Es decir, se llevaría a cabo en dos etapas, primero curación vascular y luego cirugía. Los profesionales remarcaron que, como toda cirugía, no está exenta de riesgos, pero si se deja actuar la enfermedad, existe un riesgo en el 3% (tres por ciento) de sangrado posterior, que va aumentando año a año. A ello se suma que no existen tratamientos alternativos con fármacos. Consultados sobre qué consecuencias traería la no realización del tratamiento, informa el médico que el riesgo de sangrado es de tres por ciento anual y puede quedar con daños en el lenguaje. Por tanto, el tratamiento propuesto tiene altas probabilidades de ser bueno.

Los progenitores del niño, Lucas (1), preguntados si comprenden el idioma español, afirmaron que sí comprenden y que entendieron todo lo que relató el médico. Pero agregan por su parte que no se les asegura un cien por ciento de la cura. El doctor, frente a esa manifestación, informa que nadie puede asegurarle un cien por ciento de solución. Con la operación puede per-

(1) Lucas es el nombre imaginario que se le ha dado a fin de resguardar su derecho a la intimidad.

der la vista y producirle otras secuelas. Pero que, a pesar de esos riesgos, el tratamiento tiene altas probabilidades de ser bueno. Los progenitores afirman, finalmente, que ellos comprenden todo lo explicado, pero que tienen otra cosmovisión, otros medicamentos, otras formas de curar con medicina natural, por lo que se oponen al tratamiento propuesto.

La magistrada procedió a tomar contacto directo con el niño, consultado sobre la realización de la cirugía y si comprende sus implicancias. El niño enunció que no quiere que lo operen. Nuevamente fue preguntado y allí afirmó categóricamente que no quiere operarse.

El señor Asesor de Incapaces nro. 2 consideró que debe prevalecer la decisión y voluntad de los progenitores del niño, valorando especialmente la voluntad del niño en cuanto niegan sea sometido al tratamiento e intervención propuesta por el médico tratante. Ello por cuanto pondera las posibilidades de éxito de la intervención que obra en la prueba documental incorporada: pérdida de vida del niño, pérdida o disminución de órganos y/o funciones como la vista, pérdida de movilidad u otras secuelas no especificadas. Por el momento, el niño lleva una vida normal, asiste a la escuela, juega con amigos. A lo que destacó que, según sus progenitores, su hijo recibirá tratamiento natural con “médicos” de la comunidad, que conforme su cultura y creencias podrían encontrar la cura para su enfermedad. Entiende que los progenitores no son negligentes en el ejercicio de la responsabilidad parental, analizado desde la cultura de su familia. Entonces, el Ministerio Público solicitó que se articulen políticas públicas con el objeto de que se materialicen controles sobre la evolución de la patología que padece el niño. Particularmente requirió el control mensual de la evolución de la enfermedad del niño, avances, riesgos, debiéndose realizar dichos controles en el Hospital Público Materno Infantil de la ciudad de Salta, debiéndose proveer la medicación, en caso de resultar necesario. Al resolver, la jueza decidió hacer lugar a lo solicitado por el señor Asesor de Incapaces nro. 2 y en consecuencia se respetó la voluntad del niño y sus progenitores señores en cuanto a la no intervención quirúrgica propuesta por el equipo de profesionales de la salud. También ordenó establecer controles

mensuales para observar la evolución de la enfermedad del niño.

II. El consentimiento informado en lenguaje claro

Como se desprende del análisis de los hechos, se aprecia que la interposición de la medida autosatisfactiva por parte del Ministerio Público para lograr que se preste el consentimiento informado requiere como primera medida, que se explique en términos claros y conforme a la cultura del paciente el tratamiento que se pretende realizar. Pues es harto dificultoso pensar que alguna persona paciente pueda dar su conformidad o rechazo de manera clarividente a un tratamiento que se le expone efectuar, cuando la información que se la ha suministrado no reviste de las necesarias aclaraciones y precisiones para que se dimensionen las posibles consecuencias que la asistencia médica podría provocar.

En ese sentido, es pertinente recordar lo que establece el art. 3º de la ley 26.529 al decir que “a los efectos de la presente ley, entiéndase por información sanitaria aquella que, de manera clara, suficiente y adecuada a la capacidad de comprensión del paciente, informe sobre su estado de salud, los estudios y tratamientos que fueren menester realizarle y la previsible evolución, riesgos, complicaciones o secuelas de los mismos”. Se aprecia de la transcripción del artículo citado que se vuelve necesario generar espacios de buena comunicación entre pacientes y médicos a fin de que la información médica elemental no se pierda en el rigor de los tecnicismos propios del arte de curar. De lo contrario, difícilmente se podría estimar una información sanitaria en los términos del artículo mencionado.

A esto se adiciona la importancia que reviste la historia clínica del paciente como algo inherente a su persona (art. 4º de la ley 26.529) y que supone entenderla como el documento obligatorio cronológico, foliado y completo en el que conste toda actuación realizada al paciente por profesionales y auxiliares de la salud (art. 12 de la ley 26.529).

Ahora bien, teniendo presente estos dos elementos especificados, información sanitaria e historia clínica, se puede abordar el tercer ele-

mento que compone algunos de los derechos del paciente en Argentina. Este es el consentimiento informado. Es definido bajo la normativa en análisis como la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a: a) *su estado de salud*; b) *el procedimiento propuesto*, con especificación de los objetivos perseguidos; c) *los beneficios esperados del procedimiento*; d) *los riesgos, molestias y efectos adversos previsible*s; e) *la especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios* en relación con el procedimiento propuesto; f) *las consecuencias previsible*s de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados; g) *el derecho que le asiste en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos*, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación con las perspectivas de mejoría, o que produzcan sufrimiento desmesurado, también del derecho de rechazar procedimientos de hidratación y alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable; h) *el derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento* (art. 5º, ley 26.529 y su modificatoria 26.742).

El consentimiento informado según Carrasco es el procedimiento médico formal, una exigencia ética, y un derecho reconocido por las legislaciones de todos los países, cuyo objetivo es aplicar el principio de autonomía del paciente, es decir, la obligación de respetar a los pacientes como individuos y hacer honor a sus preferencias en cuidados médicos. En palabras más simples, es un proceso mediante el cual se respeta el principio de autonomía del paciente. Es la autorización que hace una persona con plenas facultades físicas y mentales para que las o los profesionales de la salud puedan realizar un procedimiento diagnóstico o terapéutico luego

de haber comprendido la información proporcionada sobre ellos (2).

Frente a esto, es pertinente destacar que un verdadero consentimiento informado, no puede producirse sin el suministro de una información clara y accesible sobre la intervención médica a realizar en el tratamiento médico. En efecto, el deber de informar es *ratio essendi* de un auténtico consentimiento informado, que respete los derechos de los/as pacientes.

Por su parte, Mosset Iturraspe y Lorenzetti han afirmado que el deber de informar desde una definición descriptiva, podríamos decir que el deber de informar alude a una conducta impuesta a alguien a fin de aclarar a otra persona relacionada o que se pueda relacionar con él, aspectos que conoce y que disminuyen o pueden disminuir la capacidad de discernimiento o de previsión del otro, si dicho datos no se suministran (3). Lo cual asevera que la información aportada al paciente respecto al tratamiento médico que se pretende permite al padeciente la posibilidad de decidir sobre lo que desea/aspira a realizar para custodiar su vida.

En consecuencia, la revelación persigue un fin meramente explicativo del procedimiento, sus posibilidades de éxito y fracaso, los riesgos eventuales y la presentación de alternativas, que no tienen como objetivo persuadir verdaderamente al paciente sobre las bondades de uno sobre el otro, sino que la aceptación tenga una base sólida para la toma de una decisión fundamentada (4). Revestir el deber de informar de las características mencionadas permite ponderar el respeto de la dignidad del ser humano del paciente que puede tener acceso a la información necesaria para que tome su decisión en el marco de la libertad. Se trata de entrever la

(2) CARRASCO, O. V., "El consentimiento informado del paciente en la actividad asistencial médica", Rev. Méd. La Paz, vol. 22, nro. 1, La Paz, 2016. Versión online ISSN 1726-8958. Disponible en http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1726-89582016000100010.

(3) MOSSET ITURRASPE, J. - LORENZETTI, R. L., "Contratos médicos", La Roca, Buenos Aires, 1991, p. 148.

(4) WIKINSKI, J. A., "El consentimiento informado", Revista Argentina de Anestesiología (2005) 63, 4: 213-231, p. 221.

importancia que impera en respetar esta dignidad devenida en *factum* del ser humano y que lo hace responsable de sus decisiones. Involucra, de tal modo, que el estado genere los espacios necesarios para que se lleve a cabo este proceso de recolección de información para la toma de decisiones, rompiendo de tal manera, con cualquier construcción cultural que tenga el estado en cuestión.

Conviene recordar lo que afirma John Finnis al hablar respecto a los bienes humanos básicos. Este filósofo del derecho menciona varios bienes que planifican la vida del ser humano. Sin embargo, enuncia primeramente a la “vida”, como bien humano básico. Frente a lo cual enfatiza que el término “vida” significa cada uno de los aspectos de la vitalidad (*vita*, vida) que hacen que el ser humano esté en buenas condiciones para la autodeterminación. Por lo tanto, la vida incluye aquí la salud corporal (incluyendo la cerebral), y la ausencia del dolor que presagia daño o mal funcionamiento en el organismo (5). Por tanto, la vida como bien básico humano tiene que implicar necesariamente la posibilidad del ser humano a autodeterminarse y poder decidir sobre si frente a cómo desea vivir la compleja situación que atraviesa en su salud personal.

Lo manifestado es palmario de la importancia que revistió la presentación del Ministerio Público por medio de una medida autosatisfactiva para que se permitiera consolidar el derecho del paciente, Lucas y su familia, a tener acceso a una información adecuada y así poder tomar una decisión al respecto. Por lo que el consentimiento informado supone de suyo, el deber de información del profesional de la salud frente a la situación que atraviesa su paciente.

III. Los derechos del paciente

Los derechos del paciente son las prerrogativas que tiene toda persona humana para poder defender su integridad física, psicológica y existencial frente a la sociedad en momentos donde está en juego su salud. Por ello, es imperioso mencionarlos escuetamente en este comentario y con esto, relacionarlo con el caso de marros

para que se visualice cómo estos se fueron evidenciando en el desarrollo del proceso.

El art. 2º de la ley 26.529 modificado por la 26.742, enuncia los derechos que tienen los pacientes y que son: “[...]: a) *Asistencia*. El paciente, prioritariamente los niños, niñas y adolescentes, tiene derecho a ser asistido por los profesionales de la salud, sin menoscabo y distinción alguna, producto de sus ideas, creencias religiosas, políticas, condición socioeconómica, raza, sexo, orientación sexual o cualquier otra condición. El profesional actuante solo podrá eximirse del deber de asistencia, cuando se hubiere hecho cargo efectivamente del paciente otro profesional competente; b) *Trato digno y respetuoso*. El paciente tiene el derecho a que los agentes del sistema de salud intervinientes le otorguen un trato digno, con respeto a sus convicciones personales y morales, principalmente las relacionadas con sus condiciones socioculturales, de género, de pudor y a su intimidad, cualquiera sea el padecimiento que presente, y se haga extensivo a los familiares o acompañantes; c) *Intimididad*. Toda actividad médico-asistencial tendiente a obtener, clasificar, utilizar, administrar, custodiar y transmitir información y documentación clínica del paciente debe observar el estricto respeto por la dignidad humana y la autonomía de la voluntad, así como el debido resguardo de la intimidad del mismo y la confidencialidad de sus datos sensibles, sin perjuicio de las previsiones contenidas en la ley 25.326; d) *Confidencialidad*. El paciente tiene derecho a que toda persona que participe en la elaboración o manipulación de la documentación clínica, o bien tenga acceso al contenido de la misma, guarde la debida reserva, salvo expresa disposición en contrario emanada de autoridad judicial competente o autorización del propio paciente; e) *Autonomía de la voluntad*. El paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad. *Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la ley 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud*. En el marco de esta potestad, el paciente que presente una enfermedad irreversible, incurable o se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido

(5) FINNIS, John, “Ley natural y derechos naturales”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, ps. 117-118.

lesiones que lo coloquen en igual situación, informado en forma fehaciente, tiene el derecho a manifestar su voluntad en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital cuando sean extraordinarias o desproporcionadas en relación con la perspectiva de mejoría, o produzcan un sufrimiento desmesurado. También podrá rechazar procedimientos de hidratación o alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible o incurable. En todos los casos la negativa o el rechazo de los procedimientos mencionados no significará la interrupción de aquellas medidas y acciones para el adecuado control y alivio del sufrimiento del paciente; f) *Información sanitaria*. El paciente tiene derecho a recibir la información sanitaria necesaria, vinculada a su salud. El derecho a la información sanitaria incluye el de no recibir la mencionada información. g) *Interconsulta médica*. El paciente tiene derecho a recibir la información sanitaria por escrito, a fin de obtener una segunda opinión sobre el diagnóstico, pronóstico o tratamiento relacionados con su estado de salud” (el destacado me pertenece).

En autos, se constata que, desde la presentación del caso en el hospital, como hasta el momento en que la magistrada resolvió se fueron adquiriendo progresivamente los derechos que tenía Lucas y su familia como paciente. Lo cual deja al descubierto el desgate jurisdiccional que implicó judicializar esta situación que probablemente si hubiera sido tratado desde los mismos efectores públicos y el comité de ética del hospital con vistas en el resguardo de los derechos del paciente y con una mirada en clave de derechos humanos, se hubiera evitado recurrir a la justicia con lo que todo ello implica. Por ello, es que, si bien pueda reflexionarse sobre la judicialización del caso planteado, es loable destacar la labor del asesor de niños/as como de la sentenciante, que buscaron poder efectivizar estos derechos que estaban en juego.

Principalmente, estimo que entraron en crisis derechos como el trato digno y respetuoso del paciente (Lucas y su familia), debido a que no se consideró que dentro de la cosmovisión que tenían los tratamientos médicos —propios

de la medicina occidental hegemónica— significaban un cercenamiento a sus prácticas ancestrales. A ello, se agrega la poca valorización que se otorgó a la familia de Lucas —como responsables legales del niño— e inclusive al niño a priorizar la autonomía de este y que rescata su dignidad como tal, visualizándolo como un verdadero sujeto de derechos. Por último, la información sanitaria fue prácticamente nula ya que, si bien formalmente se podría afirmar que existía, no revestía el carácter de clara y comprensible para esta familia de la comunidad wichí.

Por su parte, Beloff y Deymonnaz han enfatizado que el derecho a la salud comprende derechos y libertades que, en el caso de los niños, adquieren un matiz especial (entre otros, el derecho a controlar el cuerpo y la salud, a la libertad sexual y reproductiva, a la intimidad, a no padecer injerencias, a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consensuales, a recibir información adecuada y a recibir educación sexual acorde con su edad, género y capacidades) (6).

Quizás este accionar de los efectores sanitarios estuvo marcado por el paradigma hipocrático-paternalista que describe Garay al decir que durante veinticinco siglos la mirada de la medicina, de la ética médica, estuvo centrada en el médico; el paciente era considerado un incompetente moral para decidir sobre su salud y enfermedad. En los albores del siglo XX, Occidente reconocía los derechos humanos y adoptaba la democracia como sistema de gobierno. En cambio, la medicina, la ética médica, seguían aferradas a su concepción hipocrático-paternalista. La sociedad argentina se expresaba culturalmente bajo los patrones simbólicos del paternalismo, el patriarcado y el autoritarismo. En efecto, señala el letrado, el galeno poseía el saber médico y decidía en consecuencia, sin tener en cuenta la opinión del enfermo. *Ergo*, el marco cultural y

(6) BELOFF, M. - DAYMONNAZ, V., “El derecho a la salud de niñas y niños en la jurisprudencia de la Corte Interamericana”, en AA.VV., Interamericanización de los DESCAs. El caso Cuscul Pivaral de la Corte IDH, Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2020, pp. 673-674.

de derecho hacia impensable que se reconociesen los derechos de los pacientes (7).

En ese sentido, conviene rescatar lo que se ha manifestado en la Declaración de Lisboa sobre los derechos del paciente en el año 1981 en la 34ª Asamblea Médica Mundial al enfatizar en su principio número 10 “Derecho a la Dignidad” refiere a que la dignidad del paciente y el derecho a su vida privada deben ser respetadas en todo momento durante la atención médica y la enseñanza de la medicina, al igual que su cultura y sus valores.

IV. El diálogo multicultural en un Estado de derecho

Pues bien, el fallo en cuestión se posiciona como una muestra de la apertura al diálogo multicultural que debe existir en cualquier estado de derecho actualmente. Es decir, la concreción de escenarios donde la construcción dialógica se haga a partir de la escucha de los diferentes posicionamientos que componen una comunidad. En efecto, se vislumbra en autos que, si la sentenciante hubiera hecho caso omiso al posicionamiento de la familia de Lucas, como inclusive al mismo niño, y hubiera obrado conforme los criterios de la medicina occidental hegemónica, la resolución hubiera sido otra. De tal manera, la resolución de marras se orienta en un sentido de priorizar lo heterogéneo construyendo discursos de lo diverso que también sean considerados.

Por tanto, se entiende como multiculturalidad a la existencia de diversas culturas en un mismo espacio geográfico. Abarcando de tal manera las diferencias étnicas, religiosas, raciales o de género que conviven. Frente a esto, conviene resaltar que en las sociedades posmodernas como en las de hoy, se hace explícito que dentro de los límites de una misma jurisdicción se pueden alzar disímiles colectividades o tradiciones culturales que interactúan mutuamente. Frente a este escenario, el fallo en crisis pone de relieve esa articulación existente entre efectores de la salud pública de raigambre occidentalista y las interrelaciones que se producen con los miem-

bros de una comunidad originaria de la provincia de Salta. Situación que se puede replicar con frecuencias en varias provincias de nuestro país. De cara a ello, cómo hace el derecho para conjugar tales diversidades culturales en un mismo sistema jurídico.

La respuesta por antonomasia surge de nuestra propia Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional. En efecto, el art. 75 inc. 17: “[...] Corresponde al Congreso: Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural. Reconocer la personería jurídica de sus comunidades y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan. Regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano. Ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. [...]”. En ese sentido, Gelli explica que en el estado liberal democrático el principio igualitario constituye un punto de partida en virtud del cual todos los ciudadanos reciben similar tratamiento legal, en situaciones equivalentes. Bajo una misma norma de rango superior, las diferencias personales y legales no impiden que una misma Constitución garantice a todos iguales derechos en igualdad de circunstancia. Agregando seguidamente que la fórmula quiso ser una síntesis de inclusión nacional, resguardo de la propia identidad originaria, consagración de la pluralidad cultural y mantenimiento de un único Estado (8).

A lo preceptuado por el art. 75, inc. 17, es valioso destacar el precedente jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina” que recientemente condeno al Estado argentino por haber violado los derechos a la identidad cultural, a un medio ambiente sano, a la alimentación y al agua de 132 comunidades indígenas de la provincia de Salta. En el fallo la Corte señala que la diversidad cultural según la UNESCO debe ser protegidas por los Estados ya que, es tan necesaria para el género humano

(7) GARAY, Oscar E., “Derechos de los pacientes” Descargado de <https://salud.gob.ar/dels/printpdf/73> el día 20/06/2021 a las 21.32 hs, ps. 1-2.

(8) GELLI, M. A., “Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada”, Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2018, t. II, ps. 225-226.

como la diversidad biológica para los organismos vivos, constituye el patrimonio común de la humanidad y debe ser reconocida y consolidada en beneficio de las generaciones presentes y futuras. En este sentido, los Estados están en la obligación de proteger y promover la diversidad cultural y adoptar “políticas que favorezcan la inclusión y la participación de todos los ciudadanos para que así se garantice la cohesión social, la vitalidad de la sociedad civil y la paz”. Por ello, “el pluralismo cultural constituye la respuesta política al hecho de la diversidad cultural” (9).

De tal manera, es conveniente resaltar lo que explica el profesor italiano Monateri respecto a dos categorías teóricas de la bioética que permiten entender la relación que subyace entre la vida de cada persona y el cómo se entiende la vida en una determinada comunidad. El doctrinario remarca que la *zoe* siendo la misma vida, la desnuda vida, el hecho simple de vivir el cuerpo; mientras *bios* se presenta como la vida socialmente construida, modos de vivir, al interior a una determinada comunidad política. Por tanto, *bios* presupone necesariamente un *nomos*, es decir, el estatuto de una comunidad en un espacio de su existencia histórica. La vida como *bios* está basada sobre una localización, por la cual se recibe un estatuto particular y distinto, un *morphé*, con respecto del espacio amorfo en que es dejada la desnuda vida (10).

Esto denota la relación intrínseca que existe entre la cosmovisión existente entre la forma en que una determinada comunidad entiende la vida (*bios*) y el cómo decide vivir su vida cada una de las personas que componen esa comunidad (*zoe*). Esto queda demostrado en el fallo en análisis dónde la comprensión de la vida de la comunidad tiene su impacto en la decisión sobre cómo iba a continuar viviendo el niño frente a la enfermedad que padece.

(9) “Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina” del 6 de febrero del 2020. Párr. 238. Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_400_esp.pdf.

(10) MONATERI, P. G., “El derecho en la posmodernidad”, Ara, Perú, 2015, p. 17.

Vale a consideración lo que argumenta Appel en torno a ética discursiva en las democracias actuales. Este filósofo alemán explica que a nivel de la democracia liberal y a nivel internacional o intercultural, no es el relativismo normativo sino solo la norma básica universalmente válida de la fundamentación consensual-normativa de las normas, la que puede posibilitar la convivencia de las personas o de pueblos y culturas con diferentes intereses y tradiciones valorativas de mundos vitales. Por tanto, agrega Appel que el reconocimiento intersubjetivo del principio de la racionalidad discursiva como metanorma es la condición de posibilidad de tantas veces invocado pluralismo valorativo del mundo moderno (11). Tal metanorma, se ha clarificado en autos en el momento en que se abrió el espacio del diálogo a lo diverso, y se construyó la decisión judicial a partir del juego argumentativo de cada parte involucrada, respetando de tal manera, su ínsita dignidad como sujetos/as de derechos.

V. El derecho a participar y ser escuchado de niños/as y adolescentes

El abrir el espacio del diálogo en las decisiones judiciales, el escuchar a los afectados, el entender sus posicionamientos y cosmovisión es una construcción en progreso. Deconstruir el discurso del más fuerte que decide por sobre los afectados, sin ni siquiera escucharlos o darles una participación activa, debería ser una práctica que de a poco sea erradicada de los tribunales de nuestro estado.

En consecuencia, en los procesos de familia y en la existencia de niños/as y adolescentes como protagonistas, se hace imperioso poder construir la decisión judicial a partir de la escucha y consideración de los/as niños/as en cuestión. El mandato de escucha atenta a niños/as deviene en regla y principio del bloque de constitucionalidad federal y las normas inferiores de la nación que han regulado esta materia.

La Convención de Derechos del Niño, en su art. 12, dispone: “1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar

(11) APPEL, K., “Estudios éticos”, Alfa, Barcelona, 1986, p. 95.

su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

En efecto, se puede constatar que la normativa internacional considera de vital importancia la escucha activa al/a la niño/a o adolescente que se ve inmerso en el desarrollo de un proceso administrativo o judicial. De modo que, cualquier sentencia de un proceso de familia —por ejemplo— que llegará a una resolución donde se vean involucrados los intereses de los más jóvenes, debiera ser tachada de arbitraria en el caso de que no se realice una escucha activa del niño/a involucrado debido a que se ha producido una conculcación del derecho de defensa de estos.

Por otro lado, el comité de esta convención internacional ha manifestado que el art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, es una disposición sin precedentes en un tratado de derechos humanos; apunta a la condición jurídica y social del niño, que, por un lado, carece de la plena autonomía del adulto, pero, por el otro, es sujeto de derechos. En el párr. 1 se garantiza a todo niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. El párr. 2º afirma, en particular, que debe otorgarse al niño el derecho a ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte. Por ende, el derecho de todos los niños a ser escuchados y tomados en serio constituye uno de los valores fundamentales de la Convención (12).

De tal manera que esta normativa internacional al ser recepcionada en el ordenamiento jurídico argentino por la ley 26.061 de Protección Integral de Niños/as y Adolescentes, en dos ar-

tículos refiere a la elemental importancia de que el niño o niña pueda expresarse y de generar los espacios efectivos para que puedan emitir su opinión sobre el asunto que los involucra. Ellos son el art. 24 que establece el derecho del/de la niño/a a ser escuchado en su enunciación general. Mientras que el art. 27 dispone las garantías mínimas que se deben tener en los procesos judiciales y administrativos donde se encuentren niños/as, dentro del cual se tiende a asegurar el derecho del niño/a a ser escuchado/a.

Como se puede avizorar, y siguiendo una interpretación sistemática de los diferentes dispositivos normativos de la ley 26.061, el derecho de un niño/a a ser escuchado/a en cualquier procedimiento o proceso que lo involucre, así como en el desarrollo de su cotidianidad, es un deber que nos corresponde a todas las personas que formamos parte de la sociedad, cada uno desde su rol: madre, padre, docente, responsables en un club o espacio artístico, abogados/as, jueces/as, etc. No se podría pensar en que el/la niño/a o adolescente se lo escucha cuando por medio de su madre o padre, se llega a “conocer la opinión” del involucrado/a. Pero la normativa, va más allá y establece para aquellos que tienen a cargo la toma de decisiones en los estrados, a considerar “primordialmente” —lo cual el uso de este adverbio denota el rasgo de importancia que quiso enfatizar el legislador— la opinión del chico o chica. No es superfluo arribar a una sentencia cuando se han hecho las acciones tendientes para que sea escuchado o escuchada.

VI. Reflexiones finales

Luego de este breve análisis de este fallo interpretativo de las interpretaciones de la diversidad en el derecho de las familias, se puede esgrimir algunas someras conclusiones. Las cuales seguramente serán vagas, frente a la cantidad de tópicos que plantea un análisis exhaustivo de esta resolución judicial. Sin embargo, espero poder concretizar las principales líneas que han de quedar presentes luego de un antecedente de esta envergadura.

Para ello, conviene recordar un antecedente de la Corte Suprema de la Nación que el fallo en estudio se ha considerado. Tal es el caso Bahamondez en donde el voto de Fayt y Barra señalaron que el centro del sistema jurídico es la

(12) Observación general 12: El derecho del niño a ser escuchado, CRC/C/GC/12, 20/07/2009.

persona en cuanto tal **(13)**. Este pensamiento, a luz de lo explicado puede permitir inferir que se debe poner en el centro de la decisión judicial al ser humano y con ello su dignidad. Dignidad que se revela en el momento en que la persona humana en cuestión decide autodeterminarse y pretende con ello ser escuchada. En consecuencia, sea un/a adulto/a o un/a niño/a, —y en particular estos últimos— a la decisión que se arribe, no puede soslayar su participación, su consideración y priorización de intereses.

Junto a esto, es valioso recalcar que, cuando el/la niño/a no se adecua a los estándares de

(13) “Bahamondez, Marcelo s/ medida cautelar”, 316:479, JA 1993-IV-558, AR/JUR/1624/1993.

la cosmovisión de nuestro estado (tradiciones, culturas, formación y demás), se deben extremar los recaudos para que a la decisión que se arribe, no claudique sus derechos y su diversidad cultural. Porque deviene en injusto y arbitrario una resolución judicial que no visualice lo heterogéneo, lo diferente. Es que es sumamente costoso pensar en la construcción de una democracia más amplia y donde todos sus habitantes se encuentran incluidos/as, cuando al momento de que puedan manifestar sus opciones y elecciones de vida, se los desoiga imponiéndoles una solución construida de arriba para abajo. En la medida en que se pueda dar paso a una democracia que sea respetuosa de las diversidades, podremos construir legítimas soluciones para los conflictos que se susciten.

JURISPRUDENCIA

NIÑO CON DISCAPACIDAD

Rechazo de la cobertura de un tratamiento biomédico. Límites de la cobertura fijados por ley. Disidencia.

1. — Habida cuenta del indudable carácter experimental del tratamiento biomédico reclamado en favor de un niño con discapacidad —autismo—; y toda vez que el juez ha soslayado que, conforme las constancias de la causa, la autoridad sanitaria no ha otorgado suficiente autorización para que los agentes de salud prescriban y apliquen las nuevas prácticas y tratamientos, corresponde descalificar el pronunciamiento recurrido en cuanto ha ordenado su cobertura.
2. — No aparece demostrado que las limitaciones y topes fijados en la res. 428/1999 del Ministerio de Salud y Acción Social y en la 1126/2004 de la obra social recurrente importen el menoscabo o la desnaturalización del derecho a la salud del actor. No ha sido acreditado que los valores de los servicios asistenciales fijados en las normas y en las resoluciones que los actualizan periódicamente resulten insuficientes para afrontar las necesidades de aquel (de la doctrina de la Corte sentada en “D. G., C. E.”, Fallos: 340:1995, AR/JUR/105629/2017, a la cual remite).
3. — No corresponde atender los agravios relacionados con el reconocimiento de las prestaciones biomédicas por parte de la Alzada, pues constituyen una mera discrepancia con el criterio del juzgador, ineficaz para sustentar la arbitrariedad alegada. La Alzada no ha omitido examinar las pruebas a que alude la recurrente, sino que las ha interpretado de manera diversa a las postuladas por la empresa de medicina prepaga (del voto en disidencia del Dr. Rosatti).
4. — Los planteos que objetan la obligación de solventar prestaciones domiciliarias que exceden las autorizadas en el citado nomenclador de la res. 428/1999 tampoco pueden prosperar. La demandada no demuestra el perjuicio concreto que la decisión le ha causado, pues no pretende que se eliminen dichas sesiones a domicilio, sino que se incorporen a otra modalidad de prestación (módulo de rehabilitación) sin justificar la concreta significación patrimonial que subyace en su petición (del voto en disidencia del Dr. Rosatti).
5. — Si al presentar el informe del art. 8° de la ley 16.986 la demandada señaló que, en materia de reintegros de gastos de salud, no estaba obligada a respetar los aranceles de la res. 428/1999,

sino que solo debía abonar aquello que figurara en el plan de los actores —en este caso el plan 310 y en la actualidad, el 410—, el agravio que introduce entonces ante esta instancia resulta inadmisibles, por ser contrario a la posición mantenida durante todo el juicio y por ser el fruto de una reflexión tardía, que intenta reabrir un debate que quedó clausurado en etapas anteriores del proceso (del voto en disidencia del Dr. Rosatti).

CS, 08/04/2021. - B., M. A. y otros c. (OSDE) Organización de Servicios Directos Empresarios s/ amparo ley 16.986.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/6754/2021]

FLP 051530/2014/2/RH001

Buenos Aires, 8 de abril de 2021

Considerando:

1°) Que la Sala III de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata confirmó la sentencia de la instancia anterior en cuanto había hecho lugar a la acción de amparo entablada por M. A. B. y H. B. O., en representación de su hijo menor de edad V. J. O. B. —quien padece una discapacidad diagnosticada como trastorno generalizado del desarrollo con espectro autista— a fin de que OSDE (Organización de Servicios Directos Empresarios) le otorgara cobertura completa e integral sin limitaciones de: a) tratamiento interdisciplinario intensivo en domicilio de 72 horas mensuales (psicología, terapia ocupacional y psicopedagogía); b) integración escolar; c) tratamiento biomédico consistente en una dieta libre de gluten caseínas, oxalatos, conservantes y colorantes y en el suministro de probióticos, suplementos y productos de limpieza e higiene personal específicos provenientes de Estados Unidos; d) estudios de laboratorio a realizarse en el laboratorio “Great Plains” de Estados Unidos; e) terapia ocupacional por prestador directo de OSDE a realizarse en el Centro de Terapias de Desarrollo; y f) tratamiento intensivo del método fonoaudiológico PROMPT que realizó en la Provincia de La Rioja.

2°) Que para así decidir el tribunal de alzada tuvo en cuenta la severidad del cuadro de salud diagnosticado al menor, el certificado de discapacidad emitido por el Ministerio de Salud de la Nación y que la médica que lo atiende había recomendado el tratamiento interdisciplinario a domicilio, la integración escolar y la realización del módulo intensivo fonoaudiológico PROMPT. Asimismo, valoró que especialistas en psiquiatría y fitomedicina le habían prescripto el tratamiento biomédico ya indicado y que, si bien este tenía carácter experimental, el Departamento de Eva-

luación Técnica del Servicio de Alimentos Especiales de la ANMAT había informado que dicha práctica se usaba en casos de autismo y que las sustancias que ella requería se podrían importar como para uso compasivo con su correspondiente receta médica (v. fs. 557/565 de los autos principales a cuya foliatura se aludirá en lo sucesivo).

3°) Que contra dicho pronunciamiento la demandada dedujo el recurso extraordinario (fs. 568/587) cuya denegación origina la queja bajo examen. Sobre la base de la doctrina de la arbitrariedad la apelante sostiene que los jueces de la causa se apartaron de lo dispuesto en la ley 24.901 y de la resolución 428/1999 del Ministerio de Salud de la Nación al ordenar la cobertura de terapias más allá de la carga horaria y los valores establecidos por las citadas normas. Asimismo, impugna la admisión del tratamiento biomédico respecto del cual sostiene que no debe hacerse cargo pues es experimental y no se encuentra en el P.M.O. Expresa que el a quo no valoró debidamente que el Cuerpo Médico Forense y la Academia Nacional de Medicina fueron contestes en afirmar que no existía evidencia de que el tratamiento prescripto al menor, basado en una dieta libre de gluten y caseína, resultara beneficioso para mitigar los efectos del trastorno de espectro autista que padece.

4°) Que las causales de arbitrariedad invocadas, en su mayoría, guardan vinculación inescindible con la alegada prescindencia o errónea aplicación de las disposiciones federales que rigen la materia involucrada en el caso por la que corresponde su examen en forma conjunta (Fallos: 323:2519; 327:5640; 330:2206; 341:1130; entre otros).

5°) Que es bien conocida la doctrina de esta Corte que ha reconocido el carácter fundamental del derecho a la salud y la especial atención que merecen las personas con discapacidad, empero, también es criterio del Tribunal que en nuestro ordenamiento jurídico tales derechos de raigambre constitucional, así como los principios y garantías consagrados en la Carta Magna, no son absolutos sino que deben ser ejercidos con arreglo a las leyes que reglamentan su ejercicio, con la única condición de no ser alterados en su substancia (Fallos: 130:360; 172:21; 249:252; 257:275; 262:205; 283:98; 300:700; 303:1185; 305:831; 308:1631; 310:1045; 311:1132 y 1565; 314:225 y 1376; 315:952 y 1190; 316:188; 319:1165; 320:196; 321:3542; 322:215; 325:11, entre muchos otros).

6°) Que en ese marco es pertinente observar que el decreto 1193/98, al reglamentar la ley 24.901 (Sistema de Prestaciones Básicas de Atención Integral a favor de las Personas con Discapacidad), facultó al Ministerio de Salud y Acción Social y a la Comisión Nacional Asesora para la Integración de Personas con Discapa-

cidad a dictar las normas aclaratorias y complementarias que fueran necesarias (art. 1°).

En su virtud, el citado ministerio dictó la resolución 428/1999 que estableció el Nomenclador de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad, Normativa General y Niveles de Atención y Tratamiento, cuya constitucionalidad no ha sido objetada en autos.

7°) Que, en tales condiciones, los señalamientos de la apelante referidos a las limitaciones dispuestas por el decreto 1193/98 y la citada resolución 428/1999 encuentran adecuada respuesta en la doctrina emergente de los precedentes "V. L., R. c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación" (Fallos: 340:1269) y "D. G., C. E. c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación" (Fallos: 340:1995), a cuyos fundamentos corresponde remitir en razón de brevedad. La decisión apelada, pues, en este aspecto, ha de ser descalificada.

8°) Que, a su vez, en lo que hace al tratamiento biomédico prescripto al menor, dentro del limitado marco de conocimiento que ofrece la acción de amparo, cabe advertir que si bien es cierto que la ANMAT admitió que las personas con autismo pueden recibir tratamientos dietarios y biomédicos y que ciertos nutrientes y suplementos que en su consecuencia se prescriben podrían ser importados como para uso compasivo (v. fs. 326/328), no lo es menos que, la Superintendencia de Servicios de Salud del ministerio ya citado informó que el tratamiento requerido no se encuentra previsto en la ley 24.901 ni está incorporado al P.M.O. Además, sobre el particular, dicho organismo señaló que no había evidencia suficiente para respaldar el uso de: a) dietas específicas como las libres de gluten o caseína; b) secretina, vitaminas, ácidos grasos, omega-3 y suplementos dietéticos; y c) inmunoterapia, quelantes y antimicótico; sin perjuicio de que algunos de los fármacos recetados pudieran estar incluidos en el Formulario Terapéutico del P.M.O.

La mencionada superintendencia indicó, también, que a partir de la evidencia disponible no era posible realizar recomendaciones al respecto y que los procedimientos diagnósticos o terapéuticos (incluyendo las terapias alternativas), que se encuentran en etapa experimental, no están contemplados en la normativa que rige para los agentes del seguro de salud y las entidades de medicina prepaga (v. fs. 296/304).

9°) Que, por su parte, la Academia Nacional de Medicina informó que el tratamiento biomédico consistente en suplementación dietaria, vitamínica, medicamentos prebióticos y minerales, se encuentra en etapa experimental y que las terapias que lo involucran, al momento actual, no tienen suficiente soporte científico para ser aplicados al espectro autista, los re-

sultados son controversiales y no son recomendados por centros internacionales dedicados al autismo (v. fs. 340/341).

10°) Que, a su vez, el Cuerpo Médico Forense, al dictaminar en autos, también ha sido elocuente con relación a la ausencia de demostración científica respecto de los supuestos beneficios de aquel tipo de tratamientos y que la revisión bibliográfica del tema aportaba más evidencia en contra que a favor de su utilidad. Aclaró que los niños con o sin trastornos del espectro autista tienden a manifestar cambios positivos a ciertas edades, sin que tengan necesaria relación con las dietas u otras terapias alternativas sino más bien con saltos madurativos (v. fs. 351/378).

En suma, habida cuenta del indudable carácter experimental del tratamiento biomédico reclamado y toda vez que el a quo ha soslayado que, conforme las constancias de la causa, la autoridad sanitaria no ha otorgado suficiente autorización para que los agentes de salud prescriban y apliquen las nuevas prácticas y tratamientos, corresponde descalificar el pronunciamiento recurrido en cuanto ha ordenado su cobertura (Fallos: 332:627).

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario, y se deja sin efecto la sentencia apelada con el alcance indicado. Con costas por su orden en atención a la naturaleza de la cuestión debatida. Agréguese la queja al principal, reintégrese el depósito efectuado y devuélvase a fin de que, por quien corresponda, se dicte nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Notifíquese y, oportunamente, remítase. — *Carlos F. Rosenkrantz*. — *Elena I. Highton de Nolasco*. — *Juan Carlos Maqueda*. — *Ricardo L. Lorenzetti*. — *Horacio Rosatti* (en disidencia).

Disidencia del doctor *Rosatti*

Considerando:

1°) Que la Sala III de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata confirmó la sentencia de la instancia anterior en cuanto había hecho lugar a la acción de amparo entablada por M. A. B. y H. B. O., en representación de su hijo menor de edad V. J. O. B. —quien padece una discapacidad diagnosticada como trastorno generalizado del desarrollo con espectro autista—, y había condenado a OSDE (Organización de Servicios Directos Empresarios) a cubrir el 100% del tratamiento intensivo interdisciplinario que el menor necesita por su discapacidad, la integración escolar, la terapia ocupacional, fonoaudiología según el método PROMPT y estudios de laboratorio a realizarse en el exterior. Asimismo, reconoció el derecho del niño a recibir de su prepa el tratamiento biomédico consistente en una dieta libre de gluten, caseínas, oxala-

tos, conservantes y colorantes, y en el suministro de probióticos, suplementos y productos de limpieza e higiene personal específicos, provenientes de Estados Unidos.

Para decidir de ese modo, hizo mérito de los tratados internacionales que protegen el derecho a la vida y a la salud, y realizó un profundo análisis de las disposiciones de la ley 24.901. Tuvo en cuenta la severidad del cuadro diagnosticado al menor, que lo encuadraba en las previsiones de la ley citada. Ponderó que su médica pediatra había recomendado la realización de un tratamiento interdisciplinario intensivo a domicilio —que tuvo que ser realizado por profesionales ajenos a OSDE— junto con terapia ocupacional e integración escolar. Recordó que para superar su trastorno de comunicación le ordenaron hacer un módulo intensivo de fonoaudiología método PROMPT que fue realizado en La Rioja, y fue abonado íntegramente por sus progenitores en el año 2014. Destacó que fueron derivados a un especialista en bioabordaje del autismo que les indicó un tratamiento basado en una dieta libre de gluten, caseína y azúcar, que requería ser importada de los Estados Unidos, con resultado altamente positivo para la rehabilitación del menor. Evocó que la actora presentó reiteradas notas en la obra social para obtener la cobertura de los tratamientos requeridos sin obtener una respuesta favorable, lo cual, en definitiva, dio lugar al amparo.

Basada en dichos antecedentes fácticos y normativos, la Cámara consideró que la decisión del juez de primera instancia era ajustada a derecho. A tal efecto, hizo mérito de que el magistrado se había fundado tanto en el singular estado de salud del menor como en las conclusiones del Cuerpo Médico Forense que había dictaminado que el tratamiento del niño debía seguir el derrotero fijado por los profesionales que lo atendían, por ser quienes mejor conocían sus respuestas terapéuticas conforme su patología de base.

Juzgó que los médicos que tratan al niño poseen una amplia libertad para escoger el método, técnica o medicamento que debe utilizarse para afrontar las dolencias y que tal prerrogativa queda limitada tan solo a una razonable discrecionalidad y consentimiento informado del paciente.

Rechazó los agravios de OSDE relacionados con el tratamiento biomédico que había sido aceptado por el juez de primera instancia. Entendió que, aunque estuviera en etapa experimental, debía ser cubierto por la demandada. Hizo mérito del informe 200/2010 del Departamento de Evaluación Técnica del Servicio Alimentos Especiales del ANMAT, que daba cuenta de que los tratamientos recomendados e indiscutidos para el autismo y que habían demostrado ser eficaces en todo el mundo, eran —entre otros— los dietarios

(alimentos libres de gluten, caseína, azúcares, conservantes, colorantes, oxalatos) y los biomédicos (detoxificación de organismo mercurio), anexando un detalle de los nutrientes necesarios y de las sustancias que ellos no deben contener, dejándose expresado que todos esos productos podrían importarse como para uso compasivo con su correspondiente receta médica.

Añadió que el dato general de que no se hayan encontrado —a criterio de la Academia Nacional de Medicina— evidencias concretas de cambios significativos en los niños que siguieron estas dietas, contrastaba con el caso en particular, en el que este tratamiento había redundado en una mejora significativa en la salud del menor.

Explicó que dicha circunstancia coincidía con las conclusiones del Cuerpo Médico Forense, que había referido que, a pesar de la falta de evidencia científica, existían reportes de familias y asociaciones de padres de niños con trastornos de desarrollo, que daban cuenta de que una gran cantidad de menores se habían beneficiado con tales intervenciones.

Señaló que no era un dato menor que la ANMAT autorizara el uso compasivo de los productos aludidos. Ello porque esta excepción opera cuando no existe un tratamiento específico o cuando existe una terapia convencional pero el paciente no responde favorablemente a su aplicación, excepción en la que encuadra el menor, que se encontraba incluido en el ámbito de aplicación de la resolución 840/1995 de ese organismo por padecer una enfermedad que lo incapacitaba en forma permanente y deterioraba su calidad de vida.

Hizo hincapié en que no obstaba a lo expresado que el tratamiento biomédico no estuviera previsto en el “Programa Médico Obligatorio”, toda vez que este supone un conjunto de servicios de prestación forzosa que constituyen un piso prestacional por debajo del cual ninguna persona debería ubicarse en ningún contexto.

Por último, desestimó el planteo de la demandada atinente a la elección de los prestadores por parte de los padres del niño y al encuadramiento de ciertas prestaciones en el sistema de módulos de la resolución 428/1999. Ello por considerar, en primer lugar, que corresponde dar prevalencia a la situación de salud del niño, sin que pueda soslayarse la afectación física y emocional que puede provocar —tanto en él como en sus progenitores— el cambio del servicio de los profesionales y prestadores que han ganado su confianza, aspecto que es singularmente relevante para el éxito de la estrategia que habrá de emprenderse, y, en segundo lugar, porque la cuestión relativa al

modo de hacer efectivos los reintegros remite a vicisitudes administrativas y presupuestarias que no pueden prevalecer ni desnaturalizar el bloque normativo que protege los derechos de las personas con discapacidad, máxime cuando en la interpretación de las cláusulas de un contrato privado de prestación médica debe darse preeminencia a aquella que favorezca la protección del derecho a obtener una adecuada y oportuna asistencia sanitaria.

2°) Que, contra dicho pronunciamiento, la demandada dedujo el recurso extraordinario cuya denegación origina la queja bajo examen. Sobre la base de la doctrina de la arbitrariedad, la apelante objeta que la cámara haya avalado la elección de profesionales médicos que se encuentran fuera de la cartilla médica y que le haya ordenado reintegrar el 100% de los honorarios de dichos especialistas. Cuestiona que se hayan autorizado prestaciones de apoyo al niño en exceso de las 10 horas semanales previstas en la resolución 428/1999 del Ministerio de Salud de la Nación. Asimismo, impugna la admisión del tratamiento biomédico pues sostiene que es experimental y no se encuentra en el Programa Médico Obligatorio.

3°) Que los agravios del apelante remiten al examen de cuestiones de hecho, prueba y derecho procesal, propias de los jueces de la causa y ajenas -como regla y por su naturaleza- a la vía del art. 14 de la ley 48, máxime cuando la decisión se basa en fundamentos suficientes de igual carácter que bastan para sustentarla (Fallos: 305:72, 167 y 414, entre muchos otros).

En efecto, la demandada reconoce que el art. 39, inciso a, de la ley 24.901 prevé que los entes de salud deben cubrir la atención a cargo de especialistas que no pertenezcan a su cuerpo de profesionales y deban intervenir imprescindiblemente por las características específicas de la patología, empero señala —sin ahondar en demasiadas consideraciones— que en autos no se encuentra probado que el niño debía ser atendido en forma imprescindible por profesionales ajenos a su sistema de salud (fs. 30 vta. de la queja). De tal modo, la cuestión planteada queda reducida a la plataforma fáctica del caso, que ha sido apreciada por el a quo de un modo verosímil.

Por otro lado, aduce que los actores limitaron su reclamo de cobertura a los valores de la resolución 428/1999, y los jueces le han otorgado un derecho más extenso que el pretendido en el amparo, apartándose de dicha norma, que resulta aplicable al caso. Tal aseveración no guarda relación con el modo en que quedó trabada la contienda, en la que se demandó el pago del 100% de las prestaciones requeridas por el menor (fs. 81, 82 vta. y 90 de los autos principales) y la accionada se opuso a que fuera aplicado otro valor a los servicios fuera de cartilla requeridos por el

niño, que no sea el pactado en el plan al que voluntariamente adhirieron sus padres (ver fs. 200 vta. de los autos principales), posición que fue mantenida al expresar agravios ante la alzada.

En efecto, al presentar el informe del art. 8° de la ley 16.986, la demandada señaló que, en materia de reintegros de gastos de salud, OSDE no estaba obligada a respetar los aranceles de la resolución 428/1999, sino que solo debía abonar aquello que figurara en el plan de los actores, en este caso el plan 310 y —en la actualidad— el 410. De ahí que el agravio que introduce recién ante esta instancia resulta inadmisibles por ser contrario a la posición mantenida durante todo el juicio y por ser el fruto de una reflexión tardía, que intenta reabrir un debate que quedó clausurado en etapas anteriores del proceso.

Los planteos que objetan la obligación de solventar prestaciones domiciliarias que exceden las autorizadas en el citado nomenclador de la resolución 428/1999, tampoco pueden prosperar. OSDE no demuestra el perjuicio concreto que dicha decisión le ha causado, pues no pretende que se eliminen dichas sesiones a domicilio, sino que se incorporen a otra modalidad de prestación (módulo de rehabilitación) sin justificar la concreta significación patrimonial que subyace en su petición.

Por último, no corresponde atender los agravios relacionados con el reconocimiento de las prestaciones biomédicas por parte de la alzada, pues constituyen una mera discrepancia con el criterio del juzgador, ineficaz para sustentar la arbitrariedad alegada (Fallos: 340:1542 y 341:883, disidencia del juez Rosatti). En efecto, la alzada no ha omitido examinar las pruebas a que alude la recurrente, sino que las ha interpretado de manera diversa a las postuladas por la empresa de medicina prepaga.

Por ello, se desestima la queja. Se da por perdido el depósito de fs. 2, notifíquese y previa devolución de los autos principales, archívese. — *Horacio Rosatti*.

PROTECCIÓN DE PERSONAS EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD

Pensión no contributiva solicitada por una mujer trans trabajadora sexual que padece HIV. Realidad desesperanzada. Ponderación de la incapacidad social para acceder al mercado laboral formal. Necesidad de juzgar con perspectiva de género. Procedencia.

1. — Corresponde hacer lugar a la demanda interpuesta por una mujer trans trabajadora sexual

que padece HIV y ordenar a la demandada que proceda a la concesión de la pensión no contributiva, pues aquella se encuentra en situación de vulnerabilidad social, excluida del mercado laboral formal, situación que se ha visto agravada debido al aislamiento preventivo social y obligatorio consecuencia de la pandemia por el virus COVID-19. No es posible ignorar que, sin la intervención estatal se pone en riesgo la vida y salud de la accionante por la carencia absoluta de medios para sustentarse.

2. — Más allá de los deseos y la voluntad de la actora de conseguir un empleo en el mercado laboral formal, su situación de marcada vulnerabilidad minimiza las posibilidades de acceso al mercado laboral al punto tal de resultar las mismas inexistentes en la realidad. Se encuentra acreditado en la causa que la actora debió ejercer la prostitución como modo de subsistencia siendo que esto la expuso a complejas situaciones de riesgo y violencia física y psicológica. Surge de manera palmaria la realidad desesperanzada en la cual se encuentra inmersa, producto de la precarización laboral y de la discriminación y el sesgo que sufre como consecuencia de su identidad sexual y de las patologías médicas que padece.

3. — El objeto del presente proceso —en el caso, destinado a obtener una pensión para una persona en situación de vulnerabilidad— excede los estándares establecidos por la normativa vigente, que condicionan el acceso a la tuición estatal, a un porcentaje de incapacidad biológica específico, ya que esto luce insuficiente para dar efectividad a la protección de la vida, la salud y la dignidad de grupos como los que integra la actora, claramente vulnerable y objeto de tutela por parte de todos los poderes del estado.

4. — La incapacidad laboral debe analizarse desde una óptica integral considerando la realidad de la persona que solicita la tutela del Estado como un todo, y dirimir si, frente a esta realidad, existe una posibilidad cierta de acceder al mercado laboral formal a los fines de obtener el propio sustento económico. Debe ponderarse no solo la incapacidad física de la persona sino también la incapacidad social, ya que, encontrándose inmersa en una sociedad que la excluye por su identidad de género y las condiciones médicas que la aquejan, difícilmente podrá acceder al mercado laboral que tanto ansía con independencia de su voluntad de hacerlo.

5. — El argumento expuesto tanto por la demandada como por el a quo referido a que la amparista

no ha probado verse impedida de trabajar por no acreditar el porcentaje mínimo de incapacidad física del 76% exigido por la normativa vigente no resulta suficiente a los fines de dirimir acerca del rechazo de pedido destinado a obtener una pensión no contributiva por una mujer trans en situación de vulnerabilidad.

6. — Resulta inadmisibles en el presente caso correr la mirada ante la probada dificultad de ingreso al mercado de trabajo, con la consecuente ausencia de medios para subsistir, y la precariedad habitacional y sanitaria en la que se encuentra la amparista —en el caso, una mujer trans en situación de vulnerabilidad que solicita una pensión no contributiva—, lo cual la coloca en una crítica situación de necesidad de asistencia que no debe ser desoída, ya que ello conllevaría juzgar de manera ciega y basada en estrictos rigores formales, situaciones que demandan de los sentenciantes una sensibilidad social de mayor envergadura.
7. — Juzgar con perspectiva de género no resulta una “opción” y mucho menos una “cuestión” que debe ser introducida o solicitada en la demanda. Juzgar con perspectiva de género es un imperativo moral y ético que ha sido instituido y reglamentado internacionalmente y al cual nuestro país ha adherido por resultar indispensable a los fines de alcanzar un parámetro de justicia que no se quede solo en la letra de la ley, sino que trascienda hacia los justiciables en concreto.
8. — La existencia de un derecho social como derecho pleno no depende únicamente de la conducta cumplida por el Estado, sino también de la existencia de un Poder Judicial al cual pueda acudir el titular del derecho en caso de incumplimiento de la obligación debida.
9. — La necesidad de abordar los casos con perspectiva de género que aparece en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se deriva de los compromisos internacionales asumidos por el Estado argentino relativos a las declaraciones sobre derechos humanos, a los estándares internacionales fijados por los respectivos órganos de aplicación y control, y a la normativa nacional existente, que les otorga carácter constitucional. No resulta la imposición de una ideología o una “cuestión” disponible sino de la consideración de un abordaje que permita aportar soluciones adecuadas a la conflictividad propia de cada caso. No es más que un criterio de justicia para el caso en concreto.

10. — El argumento sostenido por la demandada consistente en que la “cuestión de género” no fue introducida en la demanda —en el caso, ante un pedido de pensión por una mujer trans en situación de vulnerabilidad—, no puede tener asidero alguno en el presente caso.
11. — No debe soslayarse que la vulnerabilidad de la amparista y la necesidad de que el Estado procure la efectividad en la realización de los derechos humanos se ve exacerbada por la situación que se vive en el país y en el mundo como consecuencia de la pandemia causada por el virus COVID-19. En este caso puntual se encuentra plasmado con meridiana claridad la afectación concreta de la pandemia sobre las condiciones, de por sí ya desesperantes, de los grupos vulnerables.
12. — Atento las particularidades del caso, si bien no se ha acreditado el porcentaje de incapacidad física del 76% requerida por la norma para acceder al beneficio de la seguridad social solicitado, el análisis respecto de la imposibilidad de acceder al mercado laboral debe efectuarse integralmente, es decir, ponderando la situación social, económica, familiar, de salud, entre otras, expuestas por la amparista (del voto del Dr. Sánchez Torres).

CFed. Córdoba, sala B, 12/04/2021. - O., B. N. c. Estado Nacional - Agencia Nac. de Discapac. s/ amparo ley 16.986.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/7444/2021]

Expte. N° FCB 38979/2019/CA2

1ª Instancia. - Córdoba, abril 12 de 2021.

La doctora *Navarro* dijo:

I. De una breve reseña de la causa, tenemos que, la señora B. N. O., con el patrocinio letrado de la Defensoría Oficial, inicia formal acción de amparo en contra del Estado Nacional - Agencia Nacional de Discapacidad, con el fin de que el tribunal ordene a dicha entidad y/o la repartición, razón social, agencia o persona jurídica estatal que la sustituya o resulte responsable, liquide y efectivice la pensión no contributiva que por derecho le corresponde, de forma retroactiva al inicio del trámite administrativo en dicha repartición (ver fs. 8 /16 vta.).

Refiere que es una persona trans que padece HIV y que es trabajadora sexual porque no ha tenido posibilidad de acceder al mercado laboral formal. Entiende que, como consecuencia de lo expuesto, resulta ser una persona objetivamente vulnerable en los térmi-

nos de la Reglas de Brasilia y con desventaja considerable para integrarse social y laboralmente a la comunidad.

Relata que solicitó en la repartición correspondiente, se le asignara una pensión no contributiva que fue rechazada por no reunir los requisitos del Decreto 432/1997. Expone acerca de los derechos constitucionales que considera vulnerados con esta denegatoria citando, a tal fin, normativa y jurisprudencia atinente al caso. Ofrece pruebas y hace reserva del caso federal.

Asimismo, solicita medida cautelar a fin de que se ordene la inclusión en las nóminas y/o programas correspondientes para poder percibir de inmediato alguna clase de beneficio social.

Presentado por la parte demandada el informe previsto por el art. 4 de la ley 26.854, se rechaza la medida cautelar peticionada por falta de verosimilitud del derecho invocado (fs. 36). Dicho rechazo es confirmado por esta Alzada con fecha 03/06/2020.

Luego de tramitada la causa, con fecha 14/12/2020, se emite sentencia de fondo rechazando el amparo iniciado, lo cual es apelado por la amparista con fecha 16/12/2020. Contestados los agravios por la parte demandada con fecha 21/12/2020, se eleva la causa por ante esta Alzada y contestada la vista corrida al Ministerio Público Fiscal, se dicta, con fecha 30/12/2020, el decreto de autos que deja la causa en condiciones de ser resuelta.

II. Los agravios de la recurrente pueden ser sintetizados de la siguiente manera: en primer lugar, se agravia por cuanto considera que la decisión apelada constituye una clara denegación de justicia, que afecta un conjunto extenso de derechos constitucionales, convencionales y legales que la asisten, tildando al decisorio de esencialmente injusto y carente de argumentación y fundamentación lógica y legal. Alude a la vulneración de los principios de igualdad y no discriminación, apartamiento de los principios de legalidad y razonabilidad y afectación del debido proceso adjetivo y sustantivo por cuanto considera que en la sentencia se efectuó un análisis de estricto rigor formal sobre la normativa aplicable sin tener en cuenta las particulares circunstancias en las que se encuentra. Asimismo, denuncia violación a la tutela judicial efectiva, al derecho de defensa y el debido proceso motivados en la falta de valoración adecuada de las probanzas aportadas que daban cuenta de los condicionantes sociales de su salud a más de la mera apreciación biológica de la incapacidad laborativa. Por último, se agravia por entender que no se juzgó el presente caso con perspectiva de género y que, por el contrario, se utilizaron expresiones y argumentos en

el sentido opuesto y teñidos de un sesgo discriminatorio y contrario a la más reciente jurisprudencia aplicable en la materia. Cita normativa nacional e internacional que considera relevante como así también la jurisprudencia que entiende aplicable. Hace reserva del caso federal.

Por su parte, la demandada solicita el rechazo de los agravios manifestados por entender que no logran conmovir lo expresado en la sentencia de grado. Reitera que la actora no ha cumplido ni acreditado el último requisito del art. 9 de la ley 13.478: la imposibilidad de trabajar. Agrega que el hecho de encontrarse infectada con HIV no necesariamente acarrea una incapacidad total y permanente. Por último plantea que la cuestión de género no fue invocada en la demanda y que es introducida en esta instancia con el fin de refutar la sentencia desviando la cuestión tratada en el expediente administrativo que es el grado de imposibilidad para trabajar.

III. Que, efectuada la reseña de los agravios y su contestación cabe ingresar al tratamiento de la cuestión debatida que se circunscribe a analizar la procedencia o improcedencia de otorgamiento a la accionante de la pensión no contributiva solicitada.

A los fines de dirimir su rechazo, el Juez *a quo* tomó basamento en la circunstancia de no encontrarse probado en autos el porcentaje de incapacidad laboral del 76% que prevé la normativa aplicable a los fines de acceder a este tipo de beneficios de la seguridad social.

La Ley 13.478 establece, en su artículo 9°, lo siguiente: “Facultase al Poder Ejecutivo a otorgar en las condiciones que fije la reglamentación una pensión inembargable a toda persona sin suficientes recursos propios, no amparada por un régimen de previsión, de setenta (70) o más años de edad o imposibilitada para trabajar”.

Luego, el Decreto 432/1997, reglamentario del art. 9 de la ley citada, impone, en su artículo 1° y en lo que aquí interesa, lo siguiente: “Podrán acceder a las prestaciones instituidas por el Artículo 9° de la Ley 13.478 modificado por las Leyes Nros. 15.705, 16.472, 18.910, 20.267 y 24.241, las personas que cumplan los siguientes requisitos: (...) b) Encontrarse incapacitado en forma total y permanente, en el caso de pensión por invalidez. Se presume que la incapacidad es total cuando la Invalidez produzca en la capacidad laborativa una disminución del setenta y seis (76 %) o más. Este requisito se probará mediante certificación expedida por servicio médico de establecimiento sanitario oficial, en el que deberá indicarse la clase y grado de incapacidad. Dicha certificación podrá ser revisada

y/o actualizada toda vez que la autoridad de aplicación lo crea conveniente...?”

De esta manera, nos encontramos ante la situación de una persona que no posee el certificado de incapacidad que requiere la reglamentación pertinente.

Ahora bien, existen diversas cuestiones a considerar en virtud de las particularidades que rodean el presente caso.

IV. Que, en primer lugar, no debe soslayarse que existen, además, diversas normas de rango constitucional y supraconstitucional que amparan, o deberían amparar si fueran aplicadas en el caso concreto, la situación por la que atraviesa la aquí accionante.

Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos establece en su artículo 25.1 que: “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”.

Por su parte, el artículo XI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre expresa que: “Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad”.

A su vez, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales prevé en su artículo 9 que: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social”.

Así, al fijar los contenidos mínimos del referido artículo 9, en la Observación General N° 4, de fecha 13 de diciembre de 1991, se señaló que “El derecho a la seguridad social es de importancia fundamental para garantizar a todas las personas su dignidad humana cuando hacen frente a circunstancias que les privan de su capacidad para ejercer plenamente los derechos reconocidos en el Pacto. El derecho a la seguridad social incluye el derecho a obtener y mantener prestaciones sociales, ya sea en efectivo o en especie, sin discriminación (...). La seguridad social, debido a su carácter redistributivo, desempeña un papel importante para reducir y mitigar la pobreza, prevenir la exclusión social y promover la inclusión social. De conformidad con el párrafo 1 del artículo 2 del Pacto, los Estados Partes deben tomar medidas efectivas, y

revisarlas periódicamente en caso necesario, hasta el máximo de los recursos de que dispongan, para realizar plenamente el derecho de todas las personas, sin ningún tipo de discriminación, a la seguridad social, incluido el seguro social. La formulación del artículo 9 del Pacto indica que las medidas que se utilicen para proporcionar las prestaciones de seguridad social no pueden definirse de manera restrictiva y, en todo caso, deben garantizar a toda persona un disfrute mínimo de este derecho humano”. Luego, dentro del elenco de medidas que enumera de manera ejemplificativa, describe la siguiente: “Los planes no contributivos, como los planes universales (que en principio ofrecen la prestación correspondiente a toda persona expuesta a un riesgo o situación imprevista particular) o los planes de asistencia social destinados a determinados beneficiarios (en que reciben las prestaciones las personas necesitadas). En casi todos los Estados habrá necesidad de planes no contributivos, ya que es poco probable que pueda proporcionarse la protección necesaria a todas las personas mediante un sistema basado en un seguro” (Observación General 19, párrafos 1° a 4°).

Por su parte, el párrafo 16 de la Observación prevé que: “...los Estados Partes deben tratar de ofrecer prestaciones para sufragar la pérdida o falta de ingresos debida a la incapacidad de obtener o mantener un empleo adecuado”.

Y el párrafo 31 agrega que: “Aunque toda persona tiene derecho a la seguridad social, los Estados Partes deben prestar especial atención a las personas y los grupos que tradicionalmente han tenido dificultades para ejercer este derecho...?”

Por último, el párrafo 50 impone a los Estados Partes la obligación de hacer efectivo el derecho a la seguridad social en los casos de personas o grupos que no estén en condiciones, por motivos que se consideren razonablemente ajenos a su voluntad, de ejercerlo por sí mismos dentro del sistema de seguridad social existente con los medios a su disposición. Expone que se deberán adoptar planes no contributivos u otras medidas de asistencia social para prestar apoyo a las personas y los grupos que no puedan hacer suficientes cotizaciones para su propia protección y que se debe velar especialmente porque el sistema de seguridad social pueda responder en las situaciones de emergencia.

A más de ello, el párrafo segundo del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece que: “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra in-

dole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

Y la Observación General N° 20 especifica, en su párrafo 8° lo siguiente: “Para eliminar la discriminación en la práctica se debe prestar suficiente atención a los grupos o individuos que sufren injusticias históricas o son víctimas de prejuicios persistentes en lugar de limitarse a comparar el trato formal que reciben las personas en situaciones similares”.

El párrafo 27° explicita que: “El carácter de la discriminación varía según el contexto y evoluciona con el tiempo. Por lo tanto, la discriminación basada en “otra condición social” exige un planteamiento flexible que incluya otras formas de trato diferencial que no puedan justificarse de forma razonable y objetiva y tengan un carácter comparable a los motivos expresos reconocidos en el artículo 2.2. Estos motivos adicionales se reconocen generalmente cuando reflejan la experiencia de grupos sociales vulnerables que han sido marginados en el pasado o que lo son en la actualidad”.

Por último, el párrafo 32° se expresa de la siguiente manera: “En “cualquier otra condición social”, tal y como se recoge en el artículo 2.2 del Pacto, se incluye la orientación sexual. Los Estados partes deben cerciorarse de que las preferencias sexuales de una persona no constituyan un obstáculo para hacer realidad los derechos que reconoce el Pacto, por ejemplo, a los efectos de acceder a la pensión de viudedad. La identidad de género también se reconoce como motivo prohibido de discriminación. Por ejemplo, los transgénero, los transexuales o los intersexo son víctimas frecuentes de graves violaciones de los derechos humanos, como el acoso en las escuelas o en el lugar de trabajo”.

Esta normativa constituye, a mi entender, el marco básico en el cual corresponde encuadrar la petición concreta de la amparista por resultar plenamente aplicable y pertinente a los fines de resolver la cuestión traída a estudio.

V. Que, establecido el marco normativo y efectuando el estudio concreto de la causa, es dable afirmar, en primer lugar, que no se encuentra controvertido en la presente causa que B.N.O. es una persona trans, que es portadora de HIV desde el año 2015, y que, además, ha sido diagnosticada por hepatitis A, sífilis y toxoplasmosis, a más de las infecciones de partes blandas que posee en su cuerpo asociadas a la sílicona. Todo ello surge del certificado emitido con fecha 16/10/2019 por el Dr. Luis R. Allende, Médico Infectólogo, que se encuentra glosado en la causa, como así también, la historia clínica aportada por Medicina Preventiva de la Municipalidad de Córdoba.

Luego, en el Informe del Servicio de Infectología del Hospital de Clínicas se describe que: “En referencia a la paciente y en función de los datos que se me suministraron puedo inferir que la paciente tiene diagnóstico de infección por VIH desde el mes de mayo de 2015, siendo en ese momento su recuento de CD4 de 1144/mm³-25%. Ha recibido TARV desde el año 2017 y aparentemente lo reinicia en julio de 2019. La fecha de los análisis presentados es hasta abril de 2019.

En ese período (2015-2019) se objetiva que, si bien sus niveles absolutos y porcentaje de CD4 han disminuido, no se encuentran por debajo de los 200 cel/mm³. También se evidencia en los resultados otra infección de transmisión sexual, sífilis; como así también infección por Toxoplasmosis (anticuerpos IgG positivos), haber padecido hepatitis A en algún momento de su vida y estar inmunizada para hepatitis B”.

Por otro lado surge, del informe del Equipo Interdisciplinario del Ministerio de la Defensa efectuado con fecha 28 /04/2020 por el Dr. Sandro Rodríguez, la Lic. en Trabajo Social Silvina Fajreldines y la Lic. en Psicología Sara Malek, que B.N.O. es una mujer trans de 30 años de edad que, desde su infancia atravesó situaciones de carencia económica y contención emocional en su ámbito familiar. Que ejerce, desde su adolescencia, trabajo sexual en la vía pública producto de las situaciones de exclusión social a las cuales ha estado expuesta desde temprana edad, y que resulta su único medio de subsistencia posible. Que este tipo de actividad laboral ha sido el causante de las patologías físicas que la aquejan. Que en la actualidad convive con una amiga en una vivienda precaria compuesta de un ambiente multifuncional sin puertas divisorias ni instalaciones sanitarias y que los escasos ingresos económicos que obtenía con anterioridad a la pandemia, luego de decretado el aislamiento obligatorio, han cesado por completo por la imposibilidad de ejercer su actividad, lo cual la ha llevado a vender objetos personales y solicitar “fiado” en el mercado del barrio a los fines de alimentarse, refiriendo, por último: “ya no tenemos ni para vivir”. Asimismo, da cuenta de la situación económica de su familia, constituida por su madre enferma y cinco hermanos, la cual es idéntica a la de ella. Declara que, si bien tiene afecto por ellos, no los frecuenta debido a su trabajo y a los sentimientos de culpa por no poder ayudarlos económicamente y por ocultarles que padece HIV. Concluyen los profesionales que, a más de las patologías físicas diagnosticadas, posee sintomatología compatible con estados depresivos y de distrés crónico por sus necesidades básicas insatisfechas, que se combinan y agudizan en la actualidad por la presencia de agitación psicomotriz y mayor angustia.

De esta manera se observa a las claras que el objeto del presente proceso excede los estándares estableci-

dos por la normativa citada, que condicionan el acceso a la tuición estatal, a un porcentaje de incapacidad biológica específico, ya que esto luce insuficiente para dar efectividad a la protección de la vida, la salud y la dignidad de grupos como los que integra la actora, claramente vulnerable y objeto de tutela por parte de todos los poderes del estado.

En concordancia con esto, se señaló que: “las personas transgénero afrontan diversos obstáculos para ejercer derechos: en el ámbito laboral, de la vivienda, al momento de adquirir obligaciones, gozar de prestaciones estatales, o cuando viajan al extranjero como consecuencia de la falta de reconocimiento legal de su género auto - percibido” (Cfr. Naciones Unidas, Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género, 17 de noviembre de 2011, A/HRc./19/41, párr. 71).

Y es que no es posible sustraerse de considerar que, más allá de los deseos y la voluntad de la actora de conseguir un empleo en el mercado laboral formal, su situación de marcada vulnerabilidad minimiza las posibilidades de acceso a dicho mercado laboral al punto tal de resultar las mismas inexistentes en la realidad. En concordancia con lo expuesto, se encuentra acreditado en la causa que la actora debió ejercer la prostitución como modo de subsistencia siendo que, como ella misma relata, esto la expuso a complejas situaciones de riesgo y violencia física y psicológica. Del contexto descripto, surge de manera palmaria la realidad desesperanzada en la cual se encuentra inmersa la actora producto de la precarización laboral y de la discriminación y el sesgo que sufre como consecuencia de su identidad sexual y de las patologías médicas que padece.

Esta constituye una realidad generalizada para el grupo al cual pertenece la actora. Así, pueden citarse los resultados obtenidos en la “Primera Encuesta sobre Población Trans 2012” que reveló que el 72,2% del colectivo involucrado se encontraba en la búsqueda de fuentes de trabajo y el 82,1% había tropezado con dificultades en dicha búsqueda a raíz de su identidad trans (Instituto Nacional de Estadística y Censos, Primera Encuesta sobre Población Trans 2012, http://www.trabajo.gov.ar/downloads/diversidadsexual/Argentina_Primer_Encuesta_sobre_Poblacion_Trans_2012.pdf).

Al respecto también se ha expedido nuestro Tribunal Supremo en el siguiente sentido: “Como resultado de los prejuicios y la discriminación que les priva de fuentes de trabajo, tales personas se encuentran prácticamente condenadas a condiciones de marginación, que se agravan en los numerosos casos de pertenencia

a los sectores más desfavorecidos de la población, con consecuencias nefastas para su calidad de vida y su salud, registrando altas tasas de mortalidad, todo lo cual se encuentra verificado en investigaciones de campo” (CSJN, Fallos: 329:5266; “Asociación Lucha por la Identidad Travesti - Transexual c. Inspección General de Justicia”, Sent. del 21/11/2006).

De todo lo expuesto y las probanzas aportadas a la causa se colige, como ya se expuso, que los obstáculos a los que se enfrenta la actora a los fines de conseguir un puesto de trabajo en el mercado laboral formal resultan difíciles de esquivar al menos en el corto plazo.

VI. Que, de lo antedicho se extrae que la incapacidad laboral debe, en ciertos casos, analizarse desde una óptica integral considerando la realidad de la persona que solicita la tutela del Estado como un todo, y dirimir si, frente a esta realidad existe una posibilidad cierta de acceder al mercado laboral formal a los fines de obtener el propio sustento económico. En este marco, debe ponderarse no solo la incapacidad física de la persona sino también la incapacidad social ya que, encontrándose inmersa en una sociedad que la excluye por su identidad de género y las condiciones médicas que la aquejan, difícilmente podrá acceder al mercado laboral que tanto ansía con independencia de su voluntad de hacerlo.

Dicho esto, considero que el argumento expuesto, tanto por la demandada como por el A quo, referido a que la amparista no ha probado verse impedida de trabajar por no acreditar el porcentaje mínimo de incapacidad física, no resulta suficiente a los fines de dirimir acerca del rechazo de su pedido.

En idéntico sentido se ha expedido en su informe de fecha 05/06/2020, la Cátedra de Medicina Antropológica de la UNC suscripto por la Dra. Maira C. Ávila Médica, Especialista en Medicina Familiar y la Dra. Silvina M. Trucchia, Especialista en Ciencias de Salud y Lic. en Psicología, en el que explican que: “Se define la salud integral como un completo estado de bienestar físico, mental y social y no meramente la ausencia de enfermedad. La salud individual y colectiva se define, entonces, a través de complejas interacciones entre procesos biológicos, ecológicos, culturales, económicos, políticos y sociales, por lo que el acceso a la educación, al trabajo y a la inclusión social y ciudadana aparece como un aspecto básico de una vida saludable. Los determinantes sociales de la salud son las condiciones en las que las personas nacen, crecen, viven, trabajan, envejecen y las influencias de la sociedad en estas condiciones. Los determinantes sociales de la salud son las principales influencias en la calidad de vida, incluida la buena salud, y la extensión de la esperanza de vida sin discapacidad. El enfoque de los determinantes sociales aborda las causas de las

causas y, en particular, como contribuyen a las desigualdades sociales en salud”.

En lo que atañe a las patologías físicas que padece la accionante, indicaron que: “Las infecciones de Transmisión sexual (ITS) son un conjunto de enfermedades infecciosas agrupadas por tener en común la misma vía de transmisión: de persona a persona a través de un contacto sexual. Son un serio problema de salud pública en todo el mundo, representando una causa importante de enfermedad aguda, infertilidad, discapacidad a largo plazo y muerte. Muchas veces estas infecciones se asocian y coexisten en una misma persona (...) El VIH debilita el sistema inmunitario a tal grado que al cuerpo se le dificulta combatir las infecciones oportunistas, llamadas así debido a que se aprovechan de dicho debilitamiento para manifestarse. Se considera que alguien tiene SIDA cuando presenta una o más infecciones y un número de células CD4 menor a 200”.

Asimismo, señalaron que “Otro concepto a considerar es lo que Meyer (2019) define como “estrés de las minorías sexuales y de género”, es un estrés crónico que sufren personas de la población LGBTQ+ basándose en la premisa de que en una sociedad heterosexista, las minorías sexuales están sujetas a un estrés crónico debido a su estigmatización. El estigma percibido supone vivir con el miedo de que otras personas te puedan hacer daño por tu condición, cosa que puede ser cierta. Provoca inseguridad y una hipervigilancia agotadora, un aprendizaje sobre cómo y cuándo “escondarse” y un escrutinio constante sobre lo que se dice, lo que se viste o lo que se hace. Las experiencias de prejuicio, discriminación y violencia, propias o ajenas, son las que sustentan este estrés. Estos eventos repercuten en la salud física y mental de las personas...”.

Analizaron que: “...se entiende que la Srta. (...) pertenece a la población de más alto riesgo de padecer estigmatización y discriminación social según la OMS, por ser una mujer trans, trabajadora sexual portadora de VIH e ITS. Su salud no solo está afectada por su patología de base sino por la cantidad de determinantes sociales de la salud ausentes que causan la insatisfacción de sus necesidades básicas vitales”.

Finalmente concluyeron que: “El estrés crónico y prolongado que generan todas estas situaciones de estigma y discriminación debido a su infección por VIH y Sífilis, a ser trabajadora sexual, a ser una mujer trans, sumado a las condiciones socioeconómicas deficientes que impiden llegar a cubrir las necesidades básicas como el alimento, imprescindible para soportar el tratamiento farmacológico y hacer frente a su enfermedad, hacen que la Srta. (...) se encuentre en una situación de altísima vulnerabilidad bio-psico-

social en la cual se encuentra comprometida su supervivencia, su salud psicofísica y su derecho a una vida digna, por lo requiere protección”.

Por su parte, el Informe del Servicio de Infectología del Hospital de Clínicas describe lo siguiente: “La infección VIH/SIDA es un problema de salud que no se puede separar de los comportamientos individuales y colectivos, influenciados por diferentes componentes sociales y culturales, lo que aumenta la vulnerabilidad de las personas. Este contexto tampoco favorece la inclusión en los ámbitos laborales que en el caso de las personas trans puede verse obstaculizado por la falta de un documento de identidad acorde a la identidad de género autopercibida o la existencia de prejuicios en los lugares de trabajo”.

Todas estas probanzas han sido aportadas a la causa y producidas en el caso concreto y especial de B.N.O. y, tal como lo manifestara en sus agravios la Sra. Defensora Oficial, no han sido tenidos en cuenta a la hora de resolver el *a quo* acerca de la solicitud de tutela económica estatal.

Respecto de la protección de las personas LGBTI contra la pobreza, la CIDH resalta que los Principios de Yogyakarta +10 establecen que, “toda la persona tiene derecho a la protección contra todas formas de pobreza y exclusión social asociadas con la orientación sexual, identidad de género, expresión de género y características sexuales. La pobreza es incompatible con el respeto a la dignidad y la igualdad de las personas, y puede ser agravada por la discriminación por motivos de orientación sexual, identidad de género, expresión de género y características sexuales” (“Principios y obligaciones estatales adicionales sobre la aplicación de legislación internacional de los derechos humanos en relación a la orientación sexual, la identidad de género, la expresión de género y las características”, 2017, Principio 34: Derecho de protección contra la pobreza).

A esta idea responde también el reciente informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la “Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América”, aprobado el 12 de noviembre de 2015. En el mismo, se señala que la violencia, los prejuicios sociales y la discriminación prevalentes en la sociedad en general y en el interior de la familia, disminuyen las posibilidades de las mujeres trans de acceder a educación, servicios de salud, albergues seguros y al mercado laboral formal, lo que vuelve a dichas personas más susceptibles de ser sometidas a diversas formas de violencia. De este modo se subraya la importancia de que los Estados adopten medidas para erradicar el estigma y los estereotipos negativos contra las personas LGBTI, los cuales refuerzan la discriminación y violencia en su

contra. (<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/ViolenciaPersonasLGBTI.pdf>).

De esta manera, considero relevante aquí destacar que resulta inadmisibles en el presente caso correr la mirada ante la probada dificultad de ingreso al mercado de trabajo, con la consecuente ausencia de medios para subsistir, y la precariedad habitacional y sanitaria en la que se encuentra la amparista, lo cual la coloca en una crítica situación de necesidad de asistencia que no debe ser desoída, ya que ello conllevaría juzgar de manera ciega y basada en estrictos rigores formales, situaciones que demandan de los sentenciantes una sensibilidad social de mayor envergadura.

VII. Que, en lo que respecta al argumento de la demandada referido a que la cuestión de género no ha sido incluida en la demanda y que se introduce al apelar la sentencia para refutarla desviando la cuestión tratada excluyentemente en el expediente administrativo que fue la incapacidad para trabajar, debo efectuar ciertas consideraciones al respecto.

En primer lugar, debo enfatizar que, conforme se desprende de la normativa y jurisprudencia analizada supra, juzgar con perspectiva de género no resulta una “opción” y mucho menos una “cuestión” que debe ser introducida o solicitada en la demanda. Juzgar con perspectiva de género es un imperativo moral y ético que ha sido instituido y reglamentado internacionalmente y al cual nuestro país ha adherido por resultar indispensable a los fines de alcanzar un parámetro de justicia que no se quede solo en la letra de la ley sino que trascienda hacia los justiciables en concreto.

Y es que, la existencia de un derecho social como derecho pleno no depende únicamente de la conducta cumplida por el Estado, sino también de la existencia de un Poder Judicial al cual pueda acudir el titular del derecho en caso de incumplimiento de la obligación debida.

Asimismo, no debe perderse de vista que la necesidad de abordar los casos con perspectiva de género que aparece en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se deriva de los compromisos internacionales asumidos por el Estado argentino relativos a las declaraciones sobre derechos humanos, a los estándares internacionales fijados por los respectivos órganos de aplicación y control, y a la normativa nacional existente, que les otorga carácter constitucional. No resulta la imposición de una ideología o una “cuestión” disponible sino de la consideración de un abordaje que permita aportar soluciones adecuadas a la conflictividad propia de cada caso. En defini-

tiva, no es más que un criterio de justicia para el caso en concreto.

Es por ello que, el argumento sostenido por la demandada consistente en que la “cuestión de género” no fue introducida en la demanda, no puede tener asidero alguno en el presente caso.

VIII. Que, por último, no debe soslayarse que la vulnerabilidad descripta supra y la necesidad de que el Estado procure la efectividad en la realización de los derechos humanos de la amparista, se ve exacerbada por la situación que se vive en el país y en el mundo como consecuencia de la pandemia causada por el virus Covid-19. En este caso puntual se encuentra plasmado con meridiana claridad la afectación concreta de la pandemia sobre las condiciones, de por sí ya desesperantes, de los grupos vulnerables.

A tal fin, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que “al momento de emitir medidas de emergencia y contención frente a la pandemia del Covid-19, los Estados de la región deben brindar y aplicar perspectivas interseccionales y prestar especial atención a las necesidades y al impacto diferenciado de dichas medidas en los derechos humanos de los grupos históricamente excluidos o en especial riesgo, tales como: personas mayores y personas de cualquier edad que tienen afecciones médicas preexistentes, personas privadas de libertad, mujeres, pueblos indígenas, personas en situación de movilidad humana, niñas, niños adolescentes, personas LGBTI, personas afrodescendientes, personas con discapacidad, personas trabajadoras, y personas que viven en pobreza y pobreza extrema, especialmente personas trabajadoras informales y personas en situación de calle; así como en las defensoras y defensores de derechos humanos, líderes sociales, profesionales de la salud y periodistas” (CIDH, resolución N° 1/2020 “Pandemia y Derechos Humanos en las Américas”, adoptada el 10 de abril de 2020, disponible en: www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf).

IX. Que, efectuado el análisis del marco normativo que rodea a la presente, y analizada la prueba arriada a la causa, cabe concluir que la Sra. B.N.O. se encuentra en situación de vulnerabilidad social, excluida del mercado laboral formal, situación que se ha visto agravada debido al aislamiento preventivo social y obligatorio consecuencia de la pandemia por el virus Covid-19. Como se dijo, no es posible ignorar que, sin la intervención estatal se pone en riesgo la vida y salud de la accionante por la carencia absoluta de medios para sustentarse.

En consecuencia, teniendo en cuenta la precaria situación socioeconómica de la amparista, conclu-

yo que corresponde hacer lugar al recurso de apelación interpuesto, revocando la sentencia emitida por el Juzgado Federal N° 2 de Córdoba con fecha 14/12/2020 en todo cuanto dispone y ha sido materia de agravio.

Asimismo, corresponde hacer lugar a la demanda interpuesta por B.N.O. y ordenar a la demandada que, en el plazo de 10 días hábiles desde la fecha del presente, proceda a la concesión de la pensión no contributiva solicitada con el consecuente pago de la misma de manera mensual.

X. Por último, corresponde dejar sin efecto la imposición de costas de primera instancia las cuales deberán imponerse, junto con las de Alzada, a la demandada perdedora (conf. art. 68, 1ª parte, del CPCN), debiendo regularse a la Sra. Defensora Pública Oficial, los honorarios correspondientes a su actuación en primera instancia, difiriéndose las regulaciones de honorarios de esta instancia para su oportunidad. Así voto.

El doctor *Sánchez Torres* dijo:

I. Que luego de un análisis de las constancias de autos y la cuestión sometida a consideración, adhiero a lo resuelto por la colega preopinante, aunque deseo efectuar algunas consideraciones.

II. Que el juez *a quo* dispuso el rechazo de la acción en tanto no entendió acreditado el cumplimiento del requisito establecido en el Decreto 432/1997 para acceder a la pensión solicitada, esto es, encontrarse incapacitado para trabajar en forma total y permanente.

Considero que atento las particularidades del caso, si bien no se ha acreditado el porcentaje de incapacidad física requerida por la norma, el análisis respecto de la imposibilidad de acceder al mercado laboral debe efectuarse integralmente, es decir, ponderando la situación social, económica, familiar, de salud, entre otras, expuestas por la amparista.

Solo a los fines del análisis respecto de la requerida por la norma imposibilidad para trabajar, remito a los Considerandos del Decreto 721/2020 (BO 04/09/2020) respecto “Que, particularmente, sobre la situación en Argentina, el Experto Independiente sobre Orientación Sexual e Identidad de Género de las Naciones Unidas, en el año 2017, recomendó que “... En el ámbito de los programas y prácticas, las autoridades, en colaboración con otros agentes, debería: (...) b) Adoptar una serie de medidas intersectoriales para aplicar la Ley de Identidad de Género y mejorar el acceso a la educación, la atención de la salud, el empleo, la vivienda, el crédito, las becas y otras oportu-

nidades, incluidas modalidades alternativas de trabajo y empleo para las mujeres transgénero”

“Que aún con los avances normativos en la materia, las personas travestis, transexuales y transgénero continúan teniendo dificultades para disfrutar del efectivo ejercicio del derecho a la salud, a la educación, a una vivienda digna, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo, así como también a la protección frente al desempleo, sin discriminación alguna.”

“Que, en especial, la igualdad real de derechos y oportunidades, la no discriminación, el trabajo digno y productivo, la educación, la seguridad social, el respeto por su dignidad, la privacidad, intimidad y libertad de pensamiento deben asegurarse para garantizar políticas de inclusión en el mercado laboral.”

“Que, atento a que el ejercicio de los derechos de las personas travestis, transexuales y transgénero se ve obstaculizado por un patrón sistemático de desigualdad que afecta particularmente a este colectivo, la cadena de exclusiones y discriminación que sufren desde la niñez incide directamente en su capacidad de gozar plenamente de los derechos humanos que poseen, por lo que resulta necesario impulsar medidas que busquen la reducción de la desigualdad que provoca esta situación hasta lograr, en un futuro, su total eliminación.”

III. En función de lo expuesto, considerando la situación de pandemia por el virus Covid-19 que de por sí genera limitaciones en el acceso al mercado laboral, el estado de salud de la amparista conforme los informes médicos acompañados (fs. 46/52) y el estado de vulnerabilidad acreditado en el informe interdisciplinario de fs. 55/58 vta., coincido con la colega en que corresponde revocar la resolución de fecha 14/12/2020 dictada por el juez *a quo*, adhiriendo en lo demás que decide. Así voto.

La presente resolución se emite por los señores jueces que la suscriben de conformidad a lo dispuesto por el art. 109 de Reglamento para la Justicia Nacional y 4º del Reglamento Interno del Tribunal, por encontrarse en uso de licencia el señor Juez de Cámara, doctor Luis Roberto Rueda.

Por el resultado del Acuerdo que antecede se resuelve: I. Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte actora, y en consecuencia, revocar la sentencia emitida por el Juzgado Federal N° 2 de Córdoba con fecha 14/12/2020 en todo cuanto dispone y ha sido materia de agravio, haciendo lugar a la demanda interpuesta, por los fundamentos aquí dados. II. Ordenar a la demandada que, en el plazo de 10 días hábiles desde la fecha del presente, proceda a la concesión de la pensión no contributiva solicita-

da con el consecuente pago de la misma de manera mensual. III. Dejar sin efecto las costas de primera instancia, las que deberán imponerse, junto con las de Alzada a la parte demandada perdedora (conf. art. 68, 1ª parte, del CPCN), debiendo regularse a la Sra. Defensora Pública Oficial, los honorarios correspondientes a su actuación en primera instancia, difiriéndose las regulaciones de honorarios de esta instancia para su oportunidad. IV. Protocolícese y hágase saber. Cumplido, publíquese y bajen. — *Abel G. Sánchez Torres.* — *Liliana Navarro.*

CRIOPRESERVACIÓN DE EMBRIONES

Pedido de autorización judicial para destruir embriones originados con técnicas de reproducción humana asistida. Rechazo. Irrazonabilidad de considerar al embrión como una cosa. Intención del legislador. Protección que se le debe a todo ser humano. Inaplicabilidad del art. 59 del Cód. Civ. y Com.

1. — La negativa de la autorización para destruir embriones no genera una restricción desproporcionada a los derechos de los actores y responde a la protección que a aquellos les corresponde. Corresponde revocar la resolución apelada, rechazar la autorización requerida y disponer que, en primera instancia, se dé intervención al Ministerio Público de la Defensa apelante, a fin de que pueda adoptar las medidas que considere pertinentes a los efectos de la protección de los embriones de que se trata.
2. — No es admisible que los peticionarios se hallen habilitados en los términos del art. 59 del Cód. Civ. y Com. para autorizar el cese de la vida de los embriones criopreservados, pues resulta claramente inexacto que estos se encuentren en una situación de “enfermedad irreversible, incurable”, o en un “estado terminal” o “hayan sufrido lesiones que los coloquen en igual situación”, desde que no se ha diagnosticado enfermedad alguna y tampoco se hallan en una situación terminal, sino, en todo caso, en una inicial.
3. — Existen importantes fundamentos como para considerar que los embriones no implantados cuentan con la protección que se le debe a todo ser humano. El ordenamiento jurídico, como es sabido, reconoce que comienza la existencia de la persona humana desde su concepción.
4. — El art. 19 del Cód. Civ. y Com. de la Nación no diferencia la condición jurídica del embrión implantado del no implantado. Solo menciona la concepción. En el Anteproyecto sí se distinguía, pero la versión finalmente sancionada suprimió este párrafo, lo que da la pauta de que el legislador no quiso hacer diferencia según el lugar donde se encuentra el embrión. Así fue interpretado, en general, tanto por quienes encomiaron como por quienes criticaron la modificación del anteproyecto.
5. — Expresa el Fiscal de Cámara que, si bien es cierto que si un embrión nunca lograra implantarse en el útero, no podría desarrollarse, pues no recibiría los nutrientes necesarios ni estaría en un ambiente adecuado, no lo es menos que lo mismo cabría predicar del recién nacido, que es inmediatamente abandonado a su completa suerte, pero nadie dudaría de la protección que merece.
6. — Es cierto que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado que la concepción en el sentido del art. 4.1 de la Convención tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, pero también lo es que ello no impide aplicar la protección más amplia dada por el derecho argentino (art. 29 de la citada Convención y art. 5º del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos; Fallos: 329:2986, cons. 10), que no constituye una limitación irrazonable del derecho de los peticionarios a acceder a los métodos de fecundación asistida.
7. — Aun si no se considerase que a los embriones no implantados les caben los derechos que corresponden a todo ser humano, de todos modos, decisivos fundamentos indican que son acreedores de una adecuada protección.
8. — El art. 9º de la ley 26.994 dispone que la protección del embrión no implantado será objeto de una ley especial. Si bien esa ley no ha sido dictada, no parece que la intención del legislador de “protección” pueda coincidir con su destrucción, como la pretendida por los peticionarios. Tal previsión legal resulta apropiada a la dignidad que corresponde a un nuevo ser de la especie humana, aun cuando todavía no se lo considere persona. Y en ese sentido el art. 57 del Cód. Civ. y Com. de la Nación prohíbe la alteración genética del embrión que se transmite a su descendencia, sin formular distinción alguna.

9. — Que el embrión sea originado en técnicas de fecundación humana asistida o no, en ambos casos, detenta la condición de humanidad, vale decir, tiene la misma sustantividad humana. No parece razonable, entonces, considerar al embrión como una cosa.
10. — La resolución desconoce la condición de persona del embrión crioconservado, no obstante que podemos afirmar que el embrión es un ser en sí, único e irrepetible, diferente a sus progenitores, con una entidad propia (del voto del Dr. Belluci).
11. — El argumento que sostiene que el embrión humano no sería persona choca con la literalidad del art. 19 del Cód. Civ. y Com., sin que obste a ello el fallo “Artavia Murillo” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya invocación resulta errónea, pues en esa sentencia el referido tribunal internacional explícitamente excluyó la consideración del problema de los embriones crioconservados, al discutirse allí la cuestión atinente a la prohibición de la fecundación *in vitro* en Costa Rica y limitarse así la decisión a ese puntual aspecto (del voto del Dr. Belluci).
12. — Hay dilemas irresolubles cuando se conciben embriones *in vitro*, por la dinámica propia de una técnica que no respeta la originalidad de la transmisión de la vida humana. El legislador es responsable de esta situación por su inacción y es urgente que se tomen medidas restrictivas frente a la generación de embriones *in vitro* y su congelación, por los problemas jurídicos que surgen y las afectaciones a la dignidad y a los derechos a la vida y a la identidad (del voto del Dr. Belluci).
13. — El eventual cese de crioconservación de embriones oportunamente concertado con la firma de las partes (empresa de conservación y los aportantes genéticos) solo sería factible convencionalmente en el caso que existiera una ley que permitiera tal disposición (del voto del Dr. Polo Olivera).
14. — Si se ha previsto explícitamente una ley especial para la protección de los embriones crioconservados, y siendo que su eliminación aparece como un temperamento claramente irreversible, dado que supone el fin de su existencia, inevitable resulta concluir que la operatividad de una ley protectoria futura resultaría estéril si se permitiera, sin más, el cese de los métodos de conservación de aquello que se pretende tutelar (del voto del Dr. Polo Olivera).
15. — El embrión humano tiene, así, un marco jurídico de protección que impide, en el estado actual de la regulación jurídica, disponer sin más de él, sea en la cesación de la crioconservación o en cualquier otra ajena al destino que han determinado los donantes genéticos, la naturaleza y el avance de la ciencia y de la tecnología médica (del voto del Dr. Polo Olivera).
16. — El tratamiento del embrión humano, dada la fragilidad y vulnerabilidad, la potencialidad de desarrollo en una persona con todas sus capacidades y potestades, impone la adopción de un temperamento expectante y de un criterio protectorio, independientemente de la categorización jurídica que se le asigne: se trata de la génesis de la naturaleza misma de nuestra especie, que demanda dignidad y una consideración respetuosa de su existencia (del voto del Dr. Polo Olivera).
17. — No se trata de desmerecer los motivos personales que han llevado a los peticionarios a manifestar que actualmente carecen de voluntad de formar una familia, que no desean donar los embriones y que únicamente pretenden interrumpir su crioconservación, ni tampoco de desconocer el costo anual que —según denuncian— insumiría su mantenimiento, sino, por el contrario, de adoptar una decisión que resulta acorde con la protección de la vida humana como un valor superior que debe ser reconocido en favor del embrión extracorpóreo y que la ausencia de una regulación específica que legisle en concreto su destino o utilización solo impone la adopción de un temperamento expectante, sin frustrar las posibilidades que ese ser vivo inicial puede tener, máxime cuando el invocado derecho a no conformar una familia no resultaría afectado, al no imponerse aquí la compulsiva implantación de los embriones de que se trata (del voto del Dr. Polo Olivera).
18. — Siendo el embrión, indiscutidamente, la génesis de la especie humana, su consideración exige el máximo de los cuidados y máxima responsabilidad. El avance en la ciencia y la tecnología para el desarrollo de procedimientos de reproducción humana asistida imponen la regulación legal permanente, dinámica —no estática— e interdisciplinaria vinculada con el constante desarrollo del conocimiento humano (del voto del Dr. Polo Olivera).
19. — La decisión “por defecto”, ante la inexistencia de normativa específica, en contra del sentido tuitivo dispuesto por la ley 26.994:9 (Cód. Civ. y Com. de la Nación), para la imprescindible

regulación de la situación de los embriones no implantados, no puede ser su destrucción sino su conservación (del voto del Dr. Polo Olivera).

20. — El derecho a la salud reproductiva y la voluntad de procrear que sin duda asiste a los peticionarios no pueden, en el actual estado de la legislación vigente, considerarse comprensivos de la posibilidad de decidir el descarte o la destrucción de los embriones que se han formado extracorpóreamente y no han sido implantados, pues resulta innegable que aun cuando se discuta su condición jurídica, existe un inequívoco ámbito de tutela del que derivan límites y restricciones, que justamente obstan a que se proceda del modo pretendido por los peticionarios (del voto del Dr. Polo Olivera).
21. — El tratamiento del embrión humano, dada la fragilidad y vulnerabilidad, la potencialidad de desarrollo en una persona con todas sus capacidades y potestades impone la adopción de un temperamento expectante y de un criterio protectorio, independientemente de la categorización jurídica que se le asigne: se trata de la génesis de la naturaleza misma de nuestra especie, que demanda dignidad y una consideración respetuosa de su existencia (del voto del Dr. Polo Olivera).

CNCiv., sala G, 09/04/2021. - R. G. A. y otro s/ autorización.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/8973/2021]

Expte. 36.148/2020/CA1

2ª Instancia. - Buenos Aires, abril 9 de 2021.

Considerando:

I. Disconforme con la resolución dictada a fs. 44 del registro informático, a través de la cual el magistrado de grado hizo saber a los peticionarios que no necesitaban autorización judicial para disponer el cese de la crioconservación de los embriones originados con técnicas de reproducción asistida, así como que debían ocurrir por la vía y forma que correspondiera a los fines de la resolución del contrato que al respecto habrían celebrado, interpuso la Defensora de Menores de la anterior instancia el recurso de apelación de fs. 45, que fue concedido en relación a fs. 46, segundo párrafo.

Elevadas las actuaciones a esta alzada, el Ministerio Público de la Defensa ante esta instancia sostuvo y fundó el remedio procesal articulado mediante el dictamen presentado a fs. 58/62, que fue sustanciado con los promotores de las presentes actuaciones a fs.

65/70, integrándose por último la cuestión con el Ministerio Público Fiscal, que en el dictamen que se vincula digitalmente a la presente, postuló la admisión del recurso deducido y la revocación del decisorio apelado, en el entendimiento que cabe desestimar la petición formulada.

II. La temática que motiva la intervención de este tribunal se circunscribe al tratamiento de la apelación interpuesta por el Ministerio Público de la Defensa, toda vez que el recurso articulado a fs. 53 por los peticionarios, con el objeto que las costas devengadas sean impuestas al Poder Legislativo de la Nación, mereció la providencia de fs. 54, por la cual se les hizo saber que nada se resolvió con relación a los gastos causídicos, al tratarse de un proceso voluntario, sin que los interesados cuestionaran tal temperamento, ni interpusieran tampoco queja alguna ante esta alzada.

III. La resolución apelada no tiene adecuado sustento.

El juez expresó que asimilaba “el caso a la situación de los progenitores que deben decidir si retiran las medidas de soporte vital a que está sometido el hijo para prolongar en el tiempo un estado irreversible” y que “como representantes legales están plenamente facultados para disponer el cese en la crioconservación de los embriones en los que participaron”.

Sin embargo, resulta claramente inexacto que los embriones se encuentren en una situación de “enfermedad irreversible, incurable”, o en un “estado terminal” o “hayan sufrido lesiones que los coloquen en igual situación” (art. 59 del Cód. Civ. y Com. de la Nación; art. 2, inc. e y art. 5, inc. g de la ley 26.529, modificados por la ley 26.742), desde que no se ha diagnosticado enfermedad alguna y tampoco se hallan en una situación terminal sino, en todo caso, en una inicial.

Esta situación inicial, por otra parte, en caso de negativa o imposibilidad de los presentantes, podría ser continuada a través de la denominada adopción prenatal o dación de embriones o entrega con fines reproductivos, que constituye una de las previsiones del consentimiento informado prestado por los peticionarios.

Tampoco coincide la interpretación de la resolución con la dada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el Fallos: 338:556 en cuanto a la posibilidad de decidir por otro el retiro del soporte vital (ver considerando 22) y a que no cabe discriminar entre vidas dignas e indignas de ser vividas (ver considerando 25).

Consecuentemente, no es admisible que los peticionarios se hallen habilitados en los términos de la

aludida normativa para autorizar el cese de la vida de los embriones.

No puede dejar de observarse, asimismo, que la decisión de primera instancia, consentida por los requeridos, alude al embrión como “persona que no fue aún implantada”, “asistido”, “hijo” y hasta hace mención de sus “derechos personalísimos”.

IV. Por otra parte, cabe señalar que existen importantes fundamentos como para considerar que los embriones no implantados cuentan con la protección que se le debe a todo ser humano.

Nuestro ordenamiento jurídico, como es sabido, reconoce que comienza la existencia de la persona humana desde su concepción.

Esto surge del art. 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de la ley 23.849 que ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño, de los arts. 19 y 2279 del Cód. Civ. y Com. de la Nación y de las leyes 24.901 de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad y 24.714 de Asignaciones Familiares. De igual modo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que el comienzo de la existencia se encontraba en la concepción en Fallos: 324:5 y en Fallos: 325:292. A su vez en Fallos: 330:2304 ha aludido a la persona “por nacer”, como una de las especies jurídicas del género persona.

Ahora bien, el citado art. 19 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, titulado precisamente “Comienzo de la existencia”, no diferencia la condición jurídica del embrión implantado del no implantado. Solo menciona la concepción. Es más, en el Anteproyecto sí se distinguía, pues se decía que “la existencia de la persona humana comienza con la concepción en el seno materno” y que “en el caso de técnicas de reproducción humana asistida, comienza con la implantación del embrión en la mujer, sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para la protección del embrión no implantado”; pero la versión finalmente sancionada suprimió este párrafo, lo que da la pauta que el legislador no quiso hacer diferencia según el lugar dónde se encuentra el embrión. Así fue interpretado, en general, tanto por quienes encomiaron como por quienes criticaron la modificación del anteproyecto.

No obsta esta interpretación la existencia de normas que regulan la época del embarazo, el nacimiento con vida o el consentimiento informado en las técnicas de reproducción humana asistida, no solo porque atienden a esas cuestiones particulares, sino porque aun cuando puedan presentar cierta discordancia a raíz del cambio efectuado en el citado art. 19, no puede soslayarse que la modificación efectuada en la nor-

ma específica que trata el comienzo de la existencia de la persona da cuenta de la intención del legislador.

Al respecto ha dicho en numerosas oportunidades la Corte Suprema que la primera regla de interpretación de las leyes es dar pleno efecto a la intención del legislador (Fallos: 338:386; 334:1027; 330:1855; 328:4229, entre otros) y que los jueces no pueden prescindir de tal intención del legislador y del espíritu de la norma (Fallos: 327:5295 y 338:1156; entre otros).

Además, corresponde recordar aquí la conocida máxima que indica que donde la ley no distingue no debe hacerlo el intérprete, aplicada por la Corte Suprema en un supuesto diferente, aunque también en relación con el concepto de persona y de persona por nacer (Fallos: 330:2304).

Asimismo, la jurisprudencia de la Cámara Civil ha expresado que “en nuestro ordenamiento legal y constitucional todo ser humano es persona y lo es desde su concepción, sea en el seno materno o fuera de él” (CNCiv., Sala I, 03/12/1999, “Rabinovich, Ricardo D. s/ amparo”, JA, 2000-III-630; LA LEY, 2001-C, 824; ED, 185-412), y de igual modo ha afirmado que también “el concebido fuera del seno materno debe ser considerado persona para el derecho” (CNCiv., Sala J, 13/09/2011, “P., A c. S., A. C.”, LA LEY, 2011-E, 435). Y, a su vez, la Corte Suprema en Fallos: 325:292 ha sostenido que “la vida comienza con la fecundación”.

En sentido coincidente se han expedido tanto las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil del año 2003, como las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil del año 2013.

Expresa el Fiscal de Cámara que si bien es cierto que si un embrión nunca lograra implantarse en el útero no podría desarrollarse pues no recibiría los nutrientes necesarios ni estaría en un ambiente adecuado, no lo es menos que lo mismo cabría predicar del recién nacido que es inmediatamente abandonado a su completa suerte, pero nadie dudaría de la protección que merece.

Es cierto que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, intérprete de la respectiva Convención, aunque en supuesto diferente en el que el Estado de Costa Rica prohibía todo tipo de fecundación *in vitro*, ha considerado que la concepción en el sentido del artículo 4.1 de la Convención tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, pero también lo es que ello no impide aplicar la protección más amplia dada por el derecho argentino (art. 29 de la citada Convención y art. 5 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos; Fallos: 329:2986, cons. 10), que no constituye una limitación irrazona-

ble del derecho de los peticionarios a acceder a los métodos de fecundación asistida (ver las aludidas XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil).

Ahora bien, aun si no se considerase que a los embriones no implantados les caben los derechos que corresponden a todo ser humano, de todos modos, decisivos fundamentos indican que son acreedores de una adecuada protección.

El art. 9 de la ley 26.994 dispone que la protección del embrión no implantado será objeto de una ley especial. Si bien esa ley no ha sido dictada, no parece que la intención del legislador de “protección” pueda coincidir con su destrucción como la pretendida por los peticionarios.

Tal previsión legal resulta apropiada a la dignidad que corresponde a un nuevo ser de la especie humana aun cuando todavía no se lo considere persona. Y en ese sentido el art. 57 del Cód. Civ. y Com. de la Nación prohíbe la alteración genética del embrión que se transmita a su descendencia, sin formular distinción alguna.

El embrión sea originado en técnicas de fecundación humana asistida o no, en ambos casos, detenta la condición de humanidad, vale decir, tiene la misma sustantividad humana (conf. Tobías, José W. en Alterini, Jorge H. “Código Civil y Comercial comentado”, Ed. LA LEY, T. I, p. 175).

No parece razonable, entonces, considerar al embrión como una cosa.

Repárese en que la ley nacional de reproducción asistida 26.862, anterior a la última versión del Cód. Civ. y Com. de la Nación finalmente sancionada, que tiene por objeto garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida “para la consecución de un embarazo”, no prevé en modo alguno la destrucción de embriones. Y la ley 27.610 tampoco obsta a lo expuesto porque hace referencia a una situación diferente con la declarada finalidad de contribuir a la reducción de la morbilidad y mortalidad prevenible que no constituye el supuesto en estudio.

Adviértase, asimismo, que no se trata de impedir los métodos de fecundación asistida sino de no avalar el descarte de embriones.

Por otra parte, si se considera que se trata de una cuestión controvertida se impone la aplicación del principio precautorio, que bien puede considerarse un principio general del derecho, el cual ante situaciones de incertidumbre científica manda evitar los

daños graves e irreversibles, como los que tendrían lugar con la destrucción requerida.

En este orden de ideas, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con fundamento en el debido respeto de la dignidad humana, ha expresado que debía entenderse, a los fines de excluir toda posibilidad de patentabilidad, el concepto de embrión humano en sentido amplio, comprensivo de todo óvulo humano a partir de la fecundación, habida cuenta de que la fecundación puede iniciar el desarrollo de un ser humano (TJUE Asunto C-34/10, Oliver Brüstle c. Greenpeace eV - 18/10/2011).

En definitiva, se repara entonces en que la negativa de la autorización para destruir embriones no genera una restricción desproporcionada a los derechos de los actores y responde a la protección que a aquellos les corresponde.

A tenor de lo expuesto y de conformidad con lo dictaminado por el Fiscal de Cámara, se resuelve: I. Revocar la resolución apelada, rechazar la autorización requerida y disponer que, en primera instancia, se de intervención al Ministerio Público de la Defensa aquí apelante, a fin de que pueda adoptar las medidas que considere pertinentes a los efectos de la protección de los embriones de que se trata. II. Regístrese, notifíquese por Secretaría a los peticionarios, así como a la Defensora de Menores y al Fiscal de Cámara, en sus respectivos domicilios electrónicos (conf. ley 26.685 y Acordadas 31/2011 y 38/2013 de la CSJN) y hágase saber lo aquí decidido a “Procrearte”, mediante cédula en formato papel que también será confeccionada por Secretaría. Cúmplase con la Acordada 24/2013 de la CSJN y devuélvase digitalmente a la instancia de grado. — *Carlos A. Bellucci* (con ampliación de fundamentos). — *Gastón M. Polo Olivera* (por sus fundamentos). — *Carlos A. Carranza Casares*.

Ampliación de fundamentos del doctor *Bellucci*:

La cuestión objeto de recurso impone analizar si el embrión humano reviste la condición de persona en el ordenamiento jurídico argentino y, por tanto, goza de la protección jurídica del derecho a la vida, así como determinar si la voluntad procreacional permite decidir poner fin a su crioconservación, lo que conduce a bucear en el estatuto jurídico que el ordenamiento vigente le reconoce.

Resulta de aplicación al caso la normativa actual e incurre en arbitrariedad el juez de grado, en clara violación de los derechos fundamentales de las personas por nacer, como el derecho a la salud, a la vida, a la supervivencia y al desarrollo en la máxima medida posible, que se encuentran consagrados en instrumentos internacionales de jerarquía constitucional (conf. art.

75, inc. 22 de la CN - arts. 3, 6 y 27 de la Convención sobre los derechos del Niño; arts. 2, 3, 8, 25 y 28 de la Declaración Universal de Derechos humanos; arts. I, XI, XVI, XVIII y XXXV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; arts. 1, 4 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; arts. 2, 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

La resolución desconoce la condición de persona del embrión crioconservado, no obstante que podemos afirmar que el embrión es un ser en sí, único e irreplicable, diferente a sus progenitores, con una entidad propia.

El argumento que sostiene que el embrión humano no sería persona choca con la literalidad del antes citado art. 19 del Cód. Civ. y Comercial, sin que obste a ello el fallo “Artavia Murillo” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya invocación resulta errónea, pues en esa sentencia el referido tribunal internacional explícitamente excluyó la consideración del problema de los embriones crioconservados, al discutirse allí la cuestión atinente a la prohibición de la fecundación *in vitro* en Costa Rica y limitarse así la decisión a ese puntal aspecto.

Obsérvese que la Corte Interamericana destacó que el Estado presentó argumentos generales relacionados con los presuntos efectos o problemas que podría producir la FIV con relación a: i) los posibles riesgos que la práctica podría ocasionar en la mujer; ii) las alegadas afectaciones psicológicas en las parejas que acudan a la técnica; iii) los presuntos riesgos genéticos que se podrían provocar en los embriones y en los niños nacidos por el tratamiento; iv) los alegados riesgos de embarazos múltiples.

De este modo, se limitó a analizar las pruebas y alegaciones relacionadas con los argumentos explícitamente utilizados en la motivación de la sentencia de la Sala Constitucional y, en razón del carácter subsidiario del sistema interamericano, no avanzó en la resolución de cuestiones que no fueron tenidas en cuenta por la Sala Constitucional para sustentar la sentencia que declaró inconstitucional el decreto Ejecutivo N° 24.029-S, por lo que es evidente que la Corte no tuvo en cuenta el problema de los embriones crioconservados al momento de resolver el caso que le planteaban y que se refería específicamente a la prohibición de la fecundación *in vitro* en Costa Rica.

No es ocioso remarcar, además, que en tal pleito extranjero (Costa Rica) nuestro país no fue parte, de modo que tampoco y más allá de la circunscripta cuestión litigiosa allí decidida, le alcanzan o se le imponen sus decisiones e implicancias (es de Perogrullo).

Por otra parte, las técnicas de fertilización asistida conllevan lamentablemente una lógica cosificante, y se presenta a los embriones como si fueran cosas que pueden ser descartadas. Ello conduce a planteos que son contrarios a la dignidad humana. Si los embriones no son personas ¿son cosas muebles bajo condominio de los requirentes de la técnica? ¿La crioconservación es un contrato de depósito? ¿Se analizaron sus cláusulas?

¿Qué significa que los padres son “titulares” de los embriones? ¿Son bienes de los padres? ¿Qué derecho se vincula con tal titularidad? A su vez, si los embriones son cosas: ¿Qué necesidad había de recurrir a una autorización judicial?

Este argumento planteado tiene varias aristas problemáticas: Cuando dieron su consentimiento los interesados, ¿fueron debidamente informados sobre el hecho de que quedarían embriones congelados? ¿Qué dijeron en aquel momento? ¿Sabían cuántos embriones se iban a concebir? Si consintieron en concebir tantos embriones, tienen ante esos seres humanos una responsabilidad. Y si ellos no sabían qué consentían, ¿tienen los médicos un deber de responder por su falta de información?

La voluntad procreacional, tal como es regulada en el Cód. Civ. y Com. de la Nación, no autoriza en ningún momento a tomar decisiones para quitar la vida a los embriones concebidos por una técnica de procreación. El código regula los aspectos filiatorios. Estamos ante una persona humana, no ante cosas. Son personas y gozan del derecho a la vida.

Además, en cuanto a la cita del proyecto de los Dres. Lorenzetti y Kemelmajer de Carlucci, está visto que la necesidad que los autores establecían en la implantación del huevo o cigoto para ser “persona”, fue concretamente suprimida en el texto definitivo del art. 19 del Cód. Civ. y Com. de la Nación que se aprobó, lo que pone a las claras que el ovulo fecundado *in vitro* ya es persona sin necesidad de su implantación.

Hay dilemas irresolubles cuando se conciben embriones *in vitro*, por la dinámica propia de una técnica que no respeta la originalidad de la transmisión de la vida humana. El legislador es responsable de esa situación por su inacción y es urgente que se tomen medidas restrictivas frente a la generación de embriones *in vitro* y su congelación, por los problemas jurídicos que surgen y las afectaciones a la dignidad y a los derechos a la vida y a la identidad.

Como anzuelo al final de este espín recorrido cabe preguntarse qué derecho ha de prevalecer: ¿el de los gestantes del ovocito que se ha visto no son sus

dueños, o el del embrión fecundado a nacer y a tener la plenitud de vivir?

No mucho cacumen se necesita para responder y me respondo: ¿sí el huevo o cigoto que no es cosa, sino persona humana, o la voluntad procreacional de quienes ya no son titulares de aquel?, es obvio que el del fecundado *in vitro*, al que todo el plexo normativo mentado y armónicamente interpretado le confiere el carácter de persona humana con identidad única e irrepetible y distinta a la de los solicitantes (conf. CSJN, *in re* “Portal de Belén”, Fallos: 325:292; “desde la unión de dos gametos “fecundados” existe un ser humano embrionario...”).

Desde otra arista, y ya que en la respuesta al dictamen de la Sra. Defensora de Menores ante este colegiado se adujo a la novel ley de interrupción voluntaria del embarazo (ley 27.610) caben al menos importantísimas consideraciones que hacen a su inanidad: su evidente inaplicación, ya que no es retroactiva y no puede, en el mejor de los casos, aplicarse a una situación como la presente, generada bastante tiempo antes de su sanción.

Tampoco y cabe subrayarlo, porque en la especie se han consumido largamente las 14 semanas a las que dicha normativa refiere como límite para ejercer lisa y llanamente el descarte y muerte del huevo o cigoto ya fecundado.

No se me escapa la muy diferente contradicción de derechos, en tal ley y en el caso traído a revisión, ya que en aquella confrontan el “particular interés” y o derecho a la integridad corpórea de la embarazada que no lo ha querido ser (casi diría “egocentrismo”), frente al feto inocente que tampoco pidió ser concebido pero que se lo mata, mientras que en el “caso”, frente a la mera voluntad de los gestantes (mero “voluntarismo”), se encuentra y se trata nada más y nada menos que de personas humanas (los embriones crioconservados) inaudibles y carentes de toda representación y defensa, cuyo derecho esencial y constitucional del mayor rango a poder vivir siempre ha de prevalecer, porque se trata de la férrea protección y prevalencia de estos últimos por sobre el de quienes los gestaron (arts. 1, 2 y 3 último apartado, y cc. de la ley 26.061; “interés superior...”).

Asimismo, porque una ley como esta no puede ir en contra de regulaciones internacionales del más alto nivel constitucional (remito al plexo jurídico antes descrito que bien da apoyo a la tesis de la Sra. Defensora de Cámara y que también sustenta el egregio dictamen del Sr. Fiscal ante este colegiado).

Mientras tanto, ante los casos concretos que los jueces debemos resolver, hay que buscar alternati-

vas que den prioridad al derecho a la vida, y también adoptar medidas más estrictas de sanción y prevención de los daños que puede estar causando la aplicación de una biotecnología que pone en riesgo a esos seres humanos.

Por otro lado, converge en la total falta de base de sustentación, que no se tenga en cuenta la cierta posibilidad de dar al embrión en adopción para que sea implantado en otro seno materno y con ello, además de dar cumplimiento a las máximas jurídicas que fueron sindicadas antes, preservar adecuadamente el derecho a vivir de los embriones crioconservados.

En ello, cabe sin duda suscitar la necesaria e imprescindible intervención de un tutor y/o del Ministerio Pupilar que conlleve a proteger los innegables derechos de tales personas humanas (“embrión y/o embriones”), así como llevar adelante todas las acciones necesarias, convenientes y pertinentes para lograr su definitiva adopción.

De allí que corresponda, en mi opinión, no solo revocar la resolución de primera instancia, sino además ordenar que los embriones permanezcan congelados hasta tanto se arbitre lo necesario y conducente para lograr lo establecido anteriormente, e incluso librar oficio a las autoridades Nacionales del Ministerio de Salud, así como al Ministerio de Salud de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, para que —lapso mediante— se hagan cargo del costo del mantenimiento de los embriones en cuestión, ello en consideración a la obligación constitucional de preservar y atender a la salud de toda persona humana que habita este suelo, de la que no son ajenos los huevos y/o cigotos de los que da cuenta el presente caso. — *Carlos A. Bellucci*.

Fundamentos del doctor *Polo Olivera*:

I. La Defensora de Menores de la instancia anterior apeló contra el decreto de fs. 44 del registro digital del Lex 100; el recurso fue concedido en fs. 46, segundo párrafo.

Cuestionó la decisión del magistrado de grado, en cuanto hizo saber a los peticionarios que no resultó menester autorización judicial para disponer el cese de la crioconservación de los embriones —obtenidos mediante técnicas de reproducción humana asistida— así como que debían ocurrir por la vía y forma que corresponda a los fines de la resolución del contrato que al respecto habrían celebrado.

Elevadas las actuaciones a esta alzada, el Ministerio Público de la Defensa ante esta instancia sostuvo y fundó el remedio procesal articulado mediante el dictamen presentado a fs. 58/62, que fue sustanciado

con los promotores de las presentes actuaciones a fs. 65/70, integrándose por último la cuestión con el Ministerio Público Fiscal, que en el dictamen que se vincula digitalmente a la presente, postuló la admisión del recurso deducido y la revocación del decisorio apelado, en el entendimiento que cabe desestimar la petición formulada.

II. Así formulada la cuestión, el asunto que motiva la intervención de este tribunal se circunscribe a determinar si resulta necesaria o no la autorización judicial requerida por los peticionarios y, en su caso, si corresponde admitir o denegar tal solicitud, toda vez que el recurso por ellos articulado a fs. 53, con el objeto que las costas devengadas sean impuestas al Poder Legislativo de la Nación, mereció la providencia de fs. 54, por la cual se les hizo saber que nada se resolvió con relación a los gastos causídicos, al tratarse de un proceso voluntario, sin que los interesados cuestionaran tal temperamento, ni interpusieran tampoco queja alguna ante esta alzada.

III. De tal modo, considero en primer lugar que no es posible compartir el razonamiento que ha conducido al juez de grado a concluir que resulta innecesaria la autorización peticionada en autos.

Contrariamente a lo postulado en el pronunciamiento recurrido, la apuntada ausencia de una norma específica que regule la situación de la “persona que no fue aún implantada en el seno materno”, no es un argumento suficiente para considerar que exista libre disponibilidad respecto de la utilización o el destino que pueda darse a los embriones conservados de manera artificial.

Desde el punto de vista meramente contractual, no basta para sostener tal posición la argüida interpretación que se efectúa en el decisorio apelado respecto del acta de consentimiento informado que los interesados habrían suscripto.

Es que a pesar que allí se hubiera previsto el eventual cese de la conservación de los embriones, en la medida que ello no se oponga a la regulación dictada o que en el futuro se dicte, la relevancia de la temática objeto de decisión obsta a que la voluntad de los propios peticionarios pueda suplir la venia judicial que ellos mismos solicitaron, o que aquello que contractualmente convinieron se erija como única fuente de sustento del temperamento adoptado, en especial, cuando en dicho instrumento también se consignó que, en su caso, al no existir regulación específica, el destino de los embriones debía ser dispuesto “con intervención de la autoridad competente”.

Así, la recta lectura de la pieza en examen permite concluir, en grado de hipótesis, que el eventual cese

de crioconservación de embriones oportunamente concertado con la firma de las partes (empresa de conservación y los aportantes genéticos) solo sería factible convencionalmente en el caso que existiera una ley que permitiera tal disposición.

Claramente esto no ocurre y por eso mismo las partes han requerido la autorización en examen.

Ausente esta regulación legal específica acerca del punto, aquella disposición convencional prevista en la detallada instrumentación del consentimiento informado acompañado, emerge carente de la condición que la torne operativa (arg. Cód. Civ. y Com. de la Nación: 279, 962 y 963), impotente pues de regular la situación jurídica actual en estudio (Cód. Civ. y Com. de la Nación: 963, 1003, 1004, 1061 y cc.).

Adviértase lo siguiente: la ley 26.994, que sancionó el Cód. Civ. y Comercial actualmente vigente desde el 1ro. de agosto de 2015, en su artículo 9no. estableció explícitamente como normas transitorias del Cód. Civ. y Com. de la Nación que “(l)a protección del embrión no implantado será objeto de una ley especial” (corresponde al artículo 19 del Cód. Civ. y Com. de la Nación).”

Conforme la interpretación de la ley, de acuerdo al artículo 2 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, es claro que el legislador ha procrastinado en una legislación especial ulterior la “protección” del embrión no implantado.

Recuérdese además que el más alto Tribunal ha considerado que las leyes deben interpretarse según el sentido propio de sus palabras, sin violentar su sentido específico (CSJN, 27/07/1976, Fallos: 295:376).

De tal manera, ausente esa ley, prevista por el legislador no para la disposición, gestión o regulación sencillamente de la situación de embriones no implantados crioconservados, la eliminación de los mismos emerge a priori como una decisión contraria a la invocada protección legal, por tanto su libre disposición (y consecuentemente su eliminación causada por interrupción de los medios de conservación) resultan un escenario contrario a esa anunciada regulación, aún pendiente.

Si se ha previsto explícitamente una ley especial para esa mentada protección, y siendo que la eliminación de los embriones aparece como un temperamento claramente irreversible, dado que supone el fin de su existencia, inevitable resulta concluir que la operatividad de una ley protectoria futura resultaría estéril si se permitiera, sin más, el cese de los métodos de conservación de aquello que se pretende tutelar.

Se concluye pues, que el mentado “vacío legal” que impone la inexistencia de la procrastinada ley especial, no permite concluir per se la aplicación del principio de reserva contemplado por el CN: 19 (vgr. lo que no está prohibido, está permitido), pues afecta otro principio también emergente de aquella misma disposición Fundamental: el principio *alterum non laedere*.

Sobre estas cuestiones volveré más adelante.

IV. Determinada, entonces, la insoslayable necesidad de un pronunciamiento judicial en los casos que —como ocurre en la especie— se pretende interrumpir la criopreservación de embriones no implantados, entiendo que la autorización a tal fin peticionada no puede ser admitida.

Resulta hartamente debatida la naturaleza jurídica del embrión *in vitro*.

Y el debate en ese tema finca en si es acreedor de la condición y protección propia de toda persona humana, o no lo es.

Es más, las posiciones son tan férreas, que se discrepa que exista materia de discusión en este aspecto, negando la legitimidad misma de la argumentación contraria: los defensores de una y otra postura sostienen con absoluta convicción que ya se encuentra definida la cuestión a su favor en función de la letra misma de nuestro Derecho Positivo, sin que exista resquicio para debate alguno.

Al margen de tales convicciones, existe efectivamente un debate abierto en relación con la disposición hoy contemplada por el artículo 19 del Cód. Civ. y Com. de la Nación. Y el conflicto finca sustancialmente en la interpretación del concepto de “concepción” y su relación tanto con las restantes normas vinculadas del código (arts. 20, 21, 57, 560, 561, 562, 563 y 564, 566, 2279 y cc.), como con los tratados internacionales suscriptos por la República Argentina (CN:75-22) y otras normas vinculadas (ley 26.994:9; ley 26.862 —ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida— TRHA) y su decreto reglamentario (dec. 956/13).

En efecto, existen diversos criterios para determinar cuándo existe una vida distinta con idoneidad tal de reservar para sí la condición de persona humana conforme nuestro Derecho, en relación a la particular circunstancia del embrión *in vitro*.

Así puede mencionarse la fecundación como momento mismo de la concepción prevista por el Cód. Civ. y Com. de la Nación:19. Una vez fecundado el óvulo por el espermatozoide, constituye una célula única con dos núcleos de 23 cromosomas cada uno

(ovocito pronucleado). Desde esta perspectiva, desde ese momento esa nueva vida merece la protección del derecho y el reconocimiento como persona.

Otros consideran que la concepción se da en la denominada singamia, evolución resultante luego de 24 horas de la fecundación, donde aparece el cigoto, célula con 46 cromosomas. El cigoto contiene —de manera individual e irrepetible— toda la información genética del nuevo individuo.

Otra corriente considera que la anidación (14 días después de la fecundación) resulta un hito cualitativo en la evolución del cigoto, considerado esta como la fijación en el útero materno. Se fundamenta este momento como dirimente en que hasta esa oportunidad, el núcleo puede dividirse y formar gemelos monocigóticos o univitelinos, o bien fundirse con otro u otros y constituir quimeras o mosaicos genéticos. Se remarca también que la mitad de los cigotos no logran anidar, por cuanto no resultaría lógico considerar —desde esta perspectiva— que exista vida humana antes de ese momento fundamental. Anidación y gestación parecen dos caras de una misma moneda. Se ha considerado aquí que “el embrión, carece de *status* legal y moral como persona o ser humano, por lo menos hasta los 14 días a contar de la fecundación en que concluye el proceso de anidación y comienza la diferenciación celular en embrión ya que antes de este término puede no anidar, transformarse en una mola o tumor o subdividirse gemelarmente... hasta ese momento nos encontraríamos con un preembrión que, si bien es vida humana y por ello debería tener un reconocimiento moral suficiente, no alcanza a ser una persona por nacer o persona (humana)” (las citas de los mentados criterios hasta acá son de Rivera, *Instituciones de Derecho Civil, Parte General*, T. I, 7ª edición, p. 679 y ss.).

Por último, se considera determinante para otorgar la protección de persona humana, la formación de los rudimentos del sistema nervioso central, mediante la génesis de la corteza cerebral y el dibujo del surco neural (Rivera, *op. cit.*, p. 681; ver asimismo la medulosa obra de Noemí G. de Rempel, *La Protección Jurídica del Embrión*, donde no solo efectúa un detallado racconto de criterios científicos acerca del inicio del ser humano, sino también una valiosa comparación tanto de legislación extranjera como de los criterios seguidos por las grandes religiones monoteístas y análisis desde la filosofía; ed. EDIAR, p. 38 y ss.).

Estimo que este inacabado debate es importante, en la sencilla inteligencia que si se considera al embrión como persona humana, entonces sí tendrá la protección y la recepción de derechos que el extenso desarrollo de la sociedad le ha reconocido al ser humano. Y si no alcanza el *status* de persona humana,

se hallaría reducido a la cosificación, a la ausencia de entidad, descartable, quizás transable, utilizable (v. Figueroa Yáñez, *El Embrión como persona y como Sujeto de Derechos*, en *Bioética y Derecho*, Bergel y Minyersky coordinadores, p. 283 y ss., quien en una postura algo pendular sostuvo que los embriones son cosas muebles, pero que merecen el trato que corresponde a la dignidad del hombre).

O bien una posición intermedia, en cuanto considera que el embrión *in vitro* no es persona pero tampoco es cosa, siendo pues una categoría distinta y novedosa (ver Lamm, *El Comienzo de la Personalidad Jurídica en el Cód. Civil y Comercial*, en *Rev. de Derecho Privado y Comunitario, Personas Humanas*; ver también el meduloso trabajo desarrollado por Herrera y Lamm, *Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, en *Bioética en el Cód. Civ. y Com. de la Nación* (varios autores), ed. Thomson Reuters LA LEY, p. 363 y ss.).

La ley 26.862, vigente antes que el Cód. Civ. y Com. de la Nación, autoriza que existan embriones cuya implantación no se encuentre prevista (no hay un límite numérico para su creación), ni impone su implantación; asimismo, se prevé la existencia de “bancos de embriones”, como es el caso acá. Ni esa norma ni el decreto reglamentario establecen positivamente la naturaleza jurídica del embrión.

Júzgase que no es función de un tribunal de Justicia definir aquello que es materia de un análisis interdisciplinario y merecedor de un debate profundo en el ámbito legislativo de nuestra sociedad, y que se ha preservado específicamente para una norma especial ulterior.

Sin embargo, el Derecho cuenta con elementos actuales suficientes para definir la cuestión, aún con ese debate abierto e inconcluso, y pendiente la legislación especial que regule tan delicada materia.

Considérese que existe cierto consenso en postular que la cuestión referida al estatuto jurídico del embrión, y particularmente del embrión *in vitro*, es derivación del avance de la biotecnología, por ende, materia de estudio de la bioética, y consecuentemente, objeto de análisis y consideración jurídica, de lo que se ha denominado bioderecho, que enlaza las normas jurídicas vinculadas a la bioética.

Autorizada doctrina ha entendido que la bioética es el estudio sistemático de las dimensiones morales —incluyendo visión moral, decisiones, conducta y políticas— de las ciencias de la vida y el cuidado de la salud, empleando una variedad de metodologías éticas en un espacio interdisciplinario (Hooft, en *Anancefalia e Interrupción del embarazo: una visión inte-*

gradora a la luz de la bioética y los Derechos Humanos; en Bergel-Minyersky, op. cit., p. 348, con cita de Reich, en *Encyclopedia of Bioethics*).

Bergel explica que la bioética, como derivación etimológica de los términos griegos “bios” y “ethike” (bios como significado de vida humana, no vida orgánica —zoé— y *ethos*, del que deriva *ethike*, con tres acepciones: carácter, costumbre y lugar), surgió como la expresión de la necesaria subordinación de la ciencia al hombre, como guardiana del respeto a la dignidad de la persona, particularmente en situaciones de gran vulnerabilidad. Con cita de Hottois, postuló que la definición de bioética no desemboca en la determinación de un concepto simple y unívoco, en tanto trata diversas cuestiones: aquellas suscitadas por los avances novedosos (investigaciones y aplicaciones) de tecnociencias biomédicas que implican la manipulación del ser vivo (especialmente el humano); cuestiones de dimensión ética; el desarrollo el doble plano práctico y discursivo; y el ámbito de confrontación de múltiples grupos de interés. Así concluye que es un problema bioético aspectos tales tan diversos como el estatuto del embrión humano, la solución perentoria de asignar un turno quirúrgico a un sujeto cuando el acceso es limitado (Bergel y AA, *Bioética en el Código Civil y Comercial de la Nación*, p. 4 y 19, ed. Thomson Reuters).

Asimismo, explica este autor —con cita de la *Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la Unesco* de 2005— que la bioética circunscribe un ámbito especial de los derechos humanos: el vinculado a la protección del hombre frente a los avances de las tecnociencias y ante las acciones que vulneran las generaciones futuras.

Así, el objetivo común es, en definitiva, el resguardo de la dignidad humana.

La bioética participa, pues, de igual dinámica y apunta a los mismos objetivos que aquellos Derechos Humanos consagrados: la bioética entra en el campo ampliado de los derechos humanos para proteger la dignidad de los seres humanos en la esfera que le es reservada. Esto se explica claramente si se recuerda que tales derechos tienen su origen en los derechos del hombre propios de su condición y de su naturaleza intrínseca, conforme los inveterados principios de la Revolución Francesa de 1789.

Desde esta particular perspectiva, desde el prisma de los Derechos Humanos, entendidos estos en forma global como la proyección normativa de la naturaleza humana, o en otras palabras, como el ser humano como creación sagrada, revestida de juridicidad (Manili, *El bloque de constitucionalidad, La aplicación de las normas internacionales de derechos humanos en el*

ámbito interno; 2ª ed., p. 48), se impone la adopción de un criterio precautorio ante el vacío legal.

En efecto, ante este escenario y la indiscutida —desde cualquier criterio que se aborde la cuestión— existencia de vida humana con una potencialidad latente y artificialmente creada y suspendida en su desarrollo producto del avance de la Ciencia y la Tecnología, el temperamento jurídicamente aceptable, conforme los elementales principios consagrados por la Constitución Nacional y los tratados internacionales de derechos humanos suscriptos por nuestra Nación, impone la conservación de los embriones *in vitro*.

Pues si bien es posible concluir que no existe una posición pacífica en cuanto a la naturaleza jurídica del embrión *in vitro*, cierto es que no es posible categorizarlo como una simple cosa, sujeta a la libre disposición, ni al ejercicio sobre sí del derecho de propiedad sencillamente, ni tampoco aparece armónica la identificación categórica como persona humana, considerase que el legislador —ante un debate social y multidisciplinar no concluido— lo ha dotado de una protección jurídica con el simple expediente de imponer en la ley 26.994:9 el deber del dictado de una ley especial que vele por su condición. El embrión humano tiene, así, un marco jurídico de protección que impide, en el estado actual de la regulación jurídica, disponer sin más de él, sea en la cesación de la criopreservación o en cualquier otra ajena al destino que han determinado los donantes genéticos, la naturaleza y el avance de la ciencia y de la tecnología médica.

Así se ha expuesto por un lado que el embrión goza de la protección propia que corresponde a todo ser humano, con independencia de su concepción en el vientre materno o su formación mediante técnicas de fecundación *in vitro*, ya que en ambos casos ostenta la condición de humanidad, vale decir, tiene la misma sustantividad humana (conf. Alterini, Jorge H. “Cód. Civil y Comercial comentado”, T. I, p. 175).

El tratamiento del embrión humano, dada la fragilidad y vulnerabilidad, la potencialidad de desarrollo en una persona con todas sus capacidades y potestades, impone la adopción de un temperamento expectante y de un criterio protectorio, independientemente de la categorización jurídica que se le asigne: se trata de la génesis de la naturaleza misma de nuestra especie, que demanda dignidad y una consideración respetuosa de su existencia.

No es ajeno a mi consideración el debate suscitado por el texto final del artículo 19, citado tanto por los peticionarios como por el Sr. Fiscal de Cámara. Tampoco lo son los proyectos de ley que han transitado, sin mayor suerte, los claustros del Poder Legislativo, con la intención de llenar el vacío legal que generó la

exclusión del mentado segundo párrafo de esa norma, conforme la redacción original del anteproyecto.

Sin embargo, no es menos cierto que esa disposición no existe en el actual articulado del Cód. Civ. y Com. de la Nación, y que los proyectos de ley no han pasado de ese estado en el Congreso. El intercambio de ideas, de valores y de consideraciones en la sociedad así lo han querido, y debe pues confiarse en la dinámica legisferante y el juego de los mecanismos democráticos (que conforman el núcleo de nuestra Constitución Nacional) que así lo han dispuesto. Su omisión no es, pues, casual o accidental. Desde esta óptica, no es posible darle a un párrafo eliminado en un artículo del Cód. Civ. y Com. de la Nación y a una ley inexistente una espectral vigencia que, efectivamente, no tienen en la realidad ni representan derecho positivo actual.

Ante la ausencia de la prevista ley de protección del embrión no implantado, conforme el artículo 9 de la ley 26.994, el temperamento a seguir no puede ser otro que preservar aquellos hasta tanto se de el impenoso debate con intervención multidisciplinar, intercultural y social y de dicte aquella normativa, a efectos de llenar definitivamente este vacío legal que, indefectiblemente, ha generado zozobra e incertidumbre tanto en los actores como en otras personas en iguales condiciones.

Invariablemente, este tópico debería tener un lugar destacado en la agenda legislativa de nuestro país.

Por lo demás, esta fundamentación no se advierte enervada con base en el fallo dictado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos con fecha 28/11/2012, en autos “Artavia Murillo y otros c. Costa Rica” (public. en LA LEY, 2013-A, 160), que ha sido citado por los peticionarios para fundar su pretensión, en el entendimiento que, a partir de la doctrina allí sentada, que por cierto estiman obligatoria, puede concluirse que el concepto de concepción debe ser interpretado como sinónimo de anidación y que el embrión no implantado, al carecer de toda posibilidad de desarrollo independiente, no resulta titular del derecho a vida receptado en el artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Ello así, pues aun cuando los pronunciamientos del referido tribunal constituyen una guía para la interpretación de los preceptos convencionales (conf. CSJN, Fallos: 318:514, 321:3555, 323:4130 y 335:1126, entre otros), no tienen carácter vinculante si no fueron dictados en procesos contenciosos contra el Estado argentino y dentro del marco de sus potestades remediales (conf. CSJN, Fallos: 340:47), a la vez que por aplicación del principio de efectividad mínima de los fallos dictados en aquel ámbito internacional,

debe prevalecer la protección que rige en el derecho interno, en la medida que resulte más eficaz, tal como ocurre en el caso, donde se postula un marco tuitivo más amplio.

Precisamente en este sentido, ha sostenido la Corte Federal que los tratados internacionales únicamente pueden mejorar la tutela de los derechos y no empeorarla, de modo tal que no cabe entenderlos como restrictivos de las prerrogativas existentes en el ordenamiento interno al momento de su sanción (conf. CSJN, Fallos: 329:2986).

No se trata, pues, de desmerecer los motivos personales que han llevado a los peticionarios a manifestar que actualmente carecen de voluntad de formar una familia, que no desean donar los embriones y que únicamente pretenden interrumpir su crioconservación, ni tampoco de desconocer el costo anual que —según denuncian— insumiría su mantenimiento, sino por el contrario, de adoptar una decisión que resulta acorde con la protección de la vida humana como un valor superior que entiendo debe ser reconocido en favor del embrión extracorpóreo y que la ausencia de una regulación específica que legisle en concreto su destino o utilización, solo impone la adopción de un temperamento expectante, sin frustrar las posibilidades que ese ser vivo inicial puede tener, máxime cuando el invocado derecho a no conformar una familia no resultaría afectado, al no imponerse aquí la compulsiva implantación de los embriones de que se trata.

A modo de conclusión, puede decirse pues que el legislador ha previsto en la mentada ley 26.994:9, entre las normas transitorias del Cód. Civ. y Com. de la Nación que "(1)a protección del embrión no implantado será objeto de una ley especial" (Corresponde al artículo 19 del Cód. Civ. y Com. de la Nación)".

Siendo que esa normativa deberá contemplar no solo la regulación de embriones crioconservados, tanto aquellos que en el futuro se logren sino el destino de los actualmente ya existentes, conforme la ya vigente ley 26.862 y sus normas reglamentarias y complementarias, permitir su actual eliminación importa cuanto menos cercenar la chance de una regulación legal favorable a su posterior desarrollo, en franca contradicción a principios precautorios tales como la prevención del daño contemplada por el Cód. Civ. y Com. de la Nación:1710 y ss. (arg. CN: 19).

En efecto, siendo el embrión, indiscutidamente, la génesis de la especie humana, su consideración exige el máximo de los cuidados y máxima responsabilidad. El avance en la ciencia y la tecnología para el desarrollo de procedimientos de reproducción humana asistida imponen la regulación legal permanente, dinámica —no estática— e interdisciplinaria vincu-

lada con el constante desarrollo del conocimiento humano.

De tal modo, la decisión "por defecto", ante la inexistencia de normativa específica, en contra del sentido tuitivo dispuesto por la ley 26.994:9 (Cód. Civ. y Com. de la Nación), para la imprescindible regulación de la situación de los embriones no implantados, no puede ser su destrucción sino su conservación. Pues la ulterior regulación, que necesariamente deberá regir la situación de los actuales y los futuros embriones obtenidos mediante técnicas de reproducción humana asistida y conservados a bajas temperaturas, requiere para su adecuada operatividad la necesaria y sencilla existencia o, más simplemente, vida de ellos. Es evidente que siendo que esa normativa se encuentra aún pendiente como derecho positivo, la destrucción aparece como un evento irreversible e inaceptable en función de tales objetivos.

En sentido análogo se ha resuelto que los embriones no implantados, después de la realización de un estudio de diagnóstico genético preimplantatorio, deben recibir protección jurídica a través de una medida cautelar de no innovar para su crioconservación, que prohíba cualquier manipulación, destrucción o descarte de aquellos, hasta tanto se dicte la ley a la que alude el art. 9 de la ley 26.994 (conf. Cám. Fed. San Martín, sala I, 12/11/2014, "G., y S. c. OSDE s/ prestaciones médicas"; AR/JUR/52907/2014).

No se desconoce el conflicto de intereses que se evidencia en los peticionarios y en la protección de la vida de los embriones aquí propuesta. Ni de manera alguna puede ser cuestionado un conflicto que debió ser evitado mediante una disposición legal largamente demorada, como bien exponen en el escrito inaural.

Sin embargo, como correctamente se indica en el dictamen del Fiscal de Cámara, el derecho a la salud reproductiva y la voluntad de procrear que sin duda asiste a los peticionarios, no pueden en el actual estado de la legislación vigente considerarse comprensivos de la posibilidad de decidir el descarte o la destrucción de los embriones que se han formado extracorpóreamente y no han sido implantados, pues —como fue desarrollado más arriba— resulta innegable que aun cuando se discuta su condición jurídica, existe un inequívoco ámbito de tutela del que derivan límites y restricciones, que justamente obstan a que se proceda del modo pretendido por los peticionarios.

Nótese que más allá de las normas precedentemente citadas y de aquellas contenidas en los tratados internacionales reseñados por los Ministerios Públicos, el artículo 57 del Cód. Civ. y Com. de la Nación también contempla un claro marco de protección, al

prohibir las prácticas destinadas a producir una alteración genética de los embriones, que se transmita a su descendencia, sin formular distinción alguna según se trate de concepción corpórea o extracorpórea.

De allí que, con independencia de la condición jurídica que pudiera asignarse al ovocito, existe un infranqueable ámbito de tutela que corresponde respetar, que impone su preservación y que, por ende, veda su descarte o destrucción, máxime cuando se está en presencia de alternativas menos gravosas, que no conllevan la conculcación de los derechos de quienes en su oportunidad exteriorizaron su voluntad de procrear, ya que en la especie no se dirime puntualmente una temática que involucre el derecho a la salud o a la libertad reproductiva de los interesados, quienes válidamente pueden decidir la no realización de nuevos tratamientos, sin que para ello sea necesaria la interrupción de la crioconservación.

En tal contexto, tampoco las normas contenidas en la ley 26.529, texto según ley 26.742, permiten convalidar la solución propuesta por el juez de grado, toda vez que no se advierte configurado en el caso un supuesto de enfermedad irreversible o incurable, ni un estadio terminal, que pudieran justificar la autorización para el retiro de las medidas de soporte vital extraordinarias o desproporcionadas, en los términos previstos en los artículos 2°, inciso e) y 5°, inciso g) del citado cuerpo normativo, en especial, cuando no ha sido siquiera invocada la inviabilidad de los embriones en cuestión.

Por último, la ley de interrupción del embarazo invocada por los actores (arg. ley 27.610) plantea una falsa analogía y una equivocada asimilación respecto de los ribetes del asunto en examen.

Ello pues los valores jurídicos allí contemplados, y la resolución de la preeminencia de intereses jurídicos en juego consultados en esa normativa, tiene la singular intervención de los derechos fundamentales de la gestante involucrados en la regulación, además de considerar la situación de embarazo de esa persona (arg. ley 27.610:2), escenario manifiestamente ajeno en la cuestión vinculada a embriones *in vitro*.

Su inaplicabilidad en la especie aparece, pues, manifiesta y por ende exime de mayores consideraciones acá.

En función de la decisión tutelar que estimo cabe adoptar, conforme las consideraciones precedentemente expuestas y el principio protectorio aquí operativo, entiendo que corresponde revocar el pronunciamiento recurrido y, en consecuencia, desestimar el pedido de autorización solicitado en autos, así como también dar intervención —en la instancia de grado— al Ministerio Público de la Defensa aquí apelante, para que sin perjuicio de la posición contractual de los peticionarios respecto de la empresa que gira con el nombre de fantasía “Procreate”, puedan adoptarse las diligencias pertinentes para el debido cumplimiento de la decisión de este Tribunal en relación con la preservación de los embriones cuya consideración ha sido materia de estas actuaciones. — *Gastón M. Polo Olivera*.

LEGISLACIÓN

RESOLUCIÓN 139 (I.N.C.U.C.A.I.)

Sistema Nacional de Información de Procuración y Trasplante de la República Argentina (SINTRA) - Registro Nacional de Procuración y Trasplante - Modificación de la res. 116 (I.N.C.U.C.A.I.).

Fecha: 03/06/2021

Publicación: B.O. 09/06/2021

VISTO:

El expediente EX-2021-37922964-APN-DA# INCUCAI, las funciones asignadas al INSTITUTO NACIONAL CENTRAL ÚNICO COORDINADOR DE ABLACIÓN E IMPLANTE por la Ley N° 27.447 de Trasplante de Órganos, Tejidos y Células, y la Resolución INCUCAI N° 116/2005; y

CONSIDERANDO

Que a través de la Resolución INCUCAI N° 116/2005 se aprueban los Módulos 3 y 4 del SISTEMA NACIONAL DE INFORMACIÓN DE PROCURACIÓN Y TRASPLANTE DE LA REPÚBLICA ARGENTINA (SINTRA), denominados REGISTRO NACIONAL DE PROCURACIÓN Y TRASPLANTE, respectivamente.

Que la DIRECCIÓN MÉDICA, con la finalidad de promover acciones tendientes a garantizar la seguridad y calidad del proceso de procuración de órganos y tejidos, ha propuesto implementar una segunda determinación del grupo y factor sanguíneo del donante, con carácter obligatorio, incorporando de esta manera un elemento más para la seguridad de los receptores inscriptos en las diferentes listas de espera.

Que según sostiene el área impulsora, el objeto de la medida es contar con un elemento más que permita reafirmar la adecuada asignación del órgano al receptor, en función de la totalidad de los datos adquiridos durante el proceso de evaluación y caracterización del donante.

Que en tal sentido, la doble determinación de grupo y factor sanguíneo, permitirá estadísticamente reducir la probabilidad de error en la información de dichos datos, reduciendo de esta manera el riesgo y aumentando la seguridad del proceso para el receptor.

Que la DIRECCIÓN DE TECNOLOGÍAS Y SISTEMAS DE LA INFORMACIÓN ha evaluado la propuesta y considerado factible la incorporación en el registro de los procesos con donantes fallecidos, de una sección en la que se confirme la determinación del grupo y factor sanguíneo del donante, luego de que sea realizada por un segundo laboratorio.

Que la COMISIÓN FEDERAL DE TRASPLANTES (CO.FE.TRA.) ha brindado el asesoramiento previsto en los artículos 61 y 57, apartado 4, de la Ley N° 27.447.

Que la DIRECCIÓN DE ASUNTOS JURÍDICOS, la DIRECCIÓN MÉDICA y la DIRECCIÓN DE TECNOLOGÍAS Y SISTEMAS DE LA INFORMACIÓN han tomado la intervención de su competencia.

Que quienes suscriben la presente son competentes para resolver en esta instancia, de conformidad con las atribuciones conferidas por el artículo 57, apartados 1, 4, y 13 de la Ley N° 27.447 y artículo 3 del Decreto N° 16/2019.

Que el presente tema se trató en reunión de Directorio el día 3 de junio de 2021, Acta N° 21.

Por ello:

El Directorio del Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante resuelve:

Art. 1° - Modifícase el ANEXO I de la Resolución INCUCAI N° 116/2005, de conformidad a lo establecido en el ANEXO ÚNICO (IF-2021-48754020-APN-DM#INCUCAI) de la presente resolución, el cual forma parte integrante de la misma.

Art. 2° - La presente medida entrará en vigencia el día siguiente al de su publicación oficial.

Art. 3° - Regístrese, etc. - Bustos - Soratti.

ANEXO

MODIFICACIONES AL ANEXO I DE LA RESOLUCIÓN INCUCAI N° 116/2005, "SISTEMA NACIONAL DE INFORMACIÓN DE PROCURACIÓN Y TRASPLANTE DE LA REPÚBLICA ARGENTINA (SINTRA) - MÓDULOS 3 Y 4, REGISTRO NACIONAL DE PROCURACIÓN Y TRASPLANTE".

1.- Sustituyese el texto del punto g) Estudios y exámenes realizados, del título PROCESO DE DONACIÓN CON DONANTE CADAVERÍCO el que quedará redactado de la siguiente manera:

g) Estudios y exámenes realizados

Esta sección se deberá completar a medida que se obtenga la información y se realicen los estudios. Las sub secciones de estudios y exámenes disponibles son:

- MEDIDAS ANTROPOMÉTRICAS
- ESTUDIOS INMUNOLÓGICOS: HLA
- GRUPO Y FACTOR DE SANGRE
- + Laboratorio 1:
- + Bioquímico/Técnico:
- + Matrícula N°:
- + Fecha y Hora:
- + Grupo Sanguíneo:
- + Factor Sanguíneo:
- + Laboratorio 2 (confirmación):
- + Bioquímico/Técnico:
- + Matrícula N°:
- + Fecha y Hora:
- + Grupo Sanguíneo:
- + Factor Sanguíneo:
- ESTUDIOS DE SEROLOGÍA
- ESTUDIOS DE LABORATORIO
- ANTECEDENTES
- EXÁMENES NEUROLÓGICOS
- EXÁMENES CLÍNICOS

La confirmación del grupo y factor sanguíneo, tendrá CARÁCTER OBLIGATORIO para la generación de listas de distribución.

RESOLUCIÓN 1535 (M.S.)

Salud pública – Aprobación del “Protocolo para la Atención Integral de las Personas con Derecho a la Interrupción Voluntaria y Legal del Embarazo”, Actualización 2021.

Fecha: 27/05/2021

Publicación: B.O. 28/05/2021

VISTO:

El Expediente N° EX-2021-12687888-APN-DD#MS, la Ley N° 27.610 de Acceso a la Interrupción Voluntaria del Embarazo, y

CONSIDERANDO:

Que mediante el dictado de la Ley N° 25.673 se creó el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable dentro del ámbito del Ministerio de Salud, cuya responsabilidad primaria es la de gestionar la implementación de políticas vinculadas a salud sexual y procreación responsable de la población.

Que por la Decisión Administrativa N° 307/2018 se instituyó la Dirección de Salud Sexual y Reproductiva, actual DIRECCIÓN NACIONAL DE SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA dependiente de la SECRETARÍA DE ACCESO A LA SALUD, según lo normado por la Decisión Administrativa N° 384/2021, mediante la cual se aprobó la estructura organizativa de primer nivel operativo de este MINISTERIO DE SALUD.

Que conforme a la Decisión Administrativa N° 384/2021 la DIRECCIÓN NACIONAL DE SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA tiene como responsabilidad primaria la de diseñar, implementar y monitorear políticas vinculadas a la promoción, prevención, atención y rehabilitación de la salud sexual y reproductiva y a la prevención del embarazo no intencional en la adolescencia.

Que la citada DIRECCIÓN NACIONAL tiene entre sus acciones principales la de desarrollar instrumentos de rectoría en materia de políticas de salud sexual y reproductiva basadas en evidencia y en los derechos reconocidos en el marco jurídico de la República Argentina y la de promover en todo el país el derecho que tienen mujeres, niñas, adolescentes y toda persona con capacidad de gesta de acceder a la interrupción voluntaria y a la interrupción legal del embarazo.

Que mediante la Ley N° 27.610 se reguló el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo y a la atención postaborto, en cumplimiento de los compromisos asumidos por el Estado argentino en materia de

salud pública y derechos humanos de las mujeres y de otras personas con capacidad de gestar para contribuir a la reducción de la morbilidad y mortalidad prevenible.

Que la citada ley se enmarca en los derechos consagrados en distintos Tratados Internacionales, con rango constitucional, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW por sus siglas en inglés) y su Protocolo Facultativo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer “Convención De Belem Do Para”, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

Que la interrupción del embarazo es una política de salud pública dentro del conjunto de políticas necesarias para garantizar la salud sexual y reproductiva de las niñas, adolescentes, mujeres y otras personas con capacidad de gestar y, con ella, sus derechos humanos. Es, en este sentido, una ley que desarrolla la respuesta integral de las políticas de salud sexual y reproductiva.

Que, dentro de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en septiembre de 2015, se encuentra el objetivo de garantizar una vida sana y promover el bienestar para todos en todas las edades, que incluye la meta específica de garantizar, para 2030, el acceso universal a los servicios de salud sexual y reproductiva.

Que el aborto ha sido históricamente un problema de salud pública en Argentina, principalmente por las condiciones en que se producían y por las desigualdades geográficas, económicas y sociales. Dichas condiciones de inseguridad provocaron daños en la salud y la vida de las mujeres y otras personas gestantes.

Que conforme a la mencionada ley, se establece el derecho a decidir la interrupción del embarazo y a requerir y acceder a dichas prácticas en los servicios del sistema de salud; a requerir y recibir atención postaborto en los servicios del sistema de salud y a prevenir los embarazos no intencionales.

Que la referida ley incorpora un régimen mixto de plazos y causales (artículo 4), modificando el siste-

ma de causales establecido en el código penal desde 1921.

Que conforme a la Ley N° 27.610 la interrupción del embarazo debe ser brindada bajo los mismos parámetros que otros componentes del servicio de salud, es decir, respetando los estándares de calidad, accesibilidad, confidencialidad, competencia técnica, rango de opciones disponibles e información científica actualizada.

Que, por ello, resulta prioritario actualizar los protocolos sanitarios en la materia conforme a los estándares normativos vigentes.

Que la actualización del Protocolo para la Atención Integral de las Personas con Derecho a la Interrupción Voluntaria y Legal del Embarazo forma parte de una política sanitaria llevada adelante por la DIRECCIÓN NACIONAL DE SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA.

Que el referido protocolo tiene como objetivo ofrecer una guía a los equipos de salud brindándoles un marco regulatorio y pautas clínicas para la atención precisa y clara que les permita desarrollar la interrupción del embarazo contemplado en el sistema normativo argentino, alcanzando los más altos estándares de atención.

Que la actualización del Protocolo para la Atención Integral de las Personas con Derecho a la Interrupción Voluntaria y Legal del Embarazo está diseñada en base a la comprensión fundamental de que todo el personal del efector de salud sea responsable de garantizar el derecho a interrumpir un embarazo.

Que, desde el punto de vista clínico, el protocolo incorpora las recomendaciones internacionales acerca de los procedimientos para la interrupción legal del embarazo -dosis de medicamentos y aspiración manual endouterina (AMEU)- y refuerza la importancia del acceso rápido a la atención integral, reforzando la necesidad de resolución en el primer nivel de atención y en los tratamientos con medicamentos.

Que, desde el punto de vista de los antecedentes, se han tomado en consideración tanto el “Protocolo para la atención integral de las personas con derecho a la interrupción legal del embarazo” del año 2019, derogado por el Decreto N° 785/2019, como su homónimo del año 2015, el que, a su vez, había tomado como base las dos ediciones de la “Guía Técnica para la Atención Integral de Abortos No Punibles” de 2007 y 2010 y el “PROTOCOLO PARA LA ATENCIÓN INTEGRAL DE LAS PERSONAS CON DERECHO A LA INTERRUPTIÓN LEGAL DEL EMBARAZO”, 2da Edición 2019.

Que este protocolo deberá ser actualizado cuando los estándares clínicos y el avance del progreso científico introduzcan nuevas evidencias, considerando que estas modificaciones deberán ser siempre progresivas.

Que la Organización Mundial de la Salud, máximo organismo rector de política sanitaria a nivel global, actualiza periódicamente la guía de atención del aborto, estableciendo los mejores estándares clínicos y recomendaciones para su atención, por lo que también deben ser consideradas sus pautas a los fines de futuras actualizaciones.

Que la DIRECCIÓN NACIONAL DE SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA y la SECRETARÍA DE ACCESO A LA SALUD, han tomado la intervención de su competencia.

Que en función de lo dispuesto por el artículo 12° de la Ley N° 27.610, corresponde incorporar el presente PROTOCOLO PARA LA ATENCIÓN INTEGRAL DE LAS PERSONAS CON DERECHO A LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA Y LEGAL DEL EMBARAZO (Actualización 2021) al PROGRAMA NACIONAL DE GARANTÍA DE CALIDAD DE LA ATENCIÓN MÉDICA, creado por la Resolución N° 432 de fecha 27 de noviembre de 1992 de la entonces SECRETARÍA DE SALUD.

Que la DIRECCIÓN NACIONAL DE CALIDAD EN SERVICIOS DE SALUD Y REGULACIÓN SANITARIA, la SUBSECRETARÍA DE CALIDAD, REGULACIÓN Y FISCALIZACIÓN y la SECRETARÍA DE CALIDAD EN SALUD han tomado la intervención de su competencia y avalan su incorporación al PROGRAMA NACIONAL DE GARANTÍA DE CALIDAD DE LA ATENCIÓN MÉDICA.

Que la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS ha tomado la intervención de su competencia.

Que la presente medida se adopta en uso de las atribuciones conferidas por el artículo 23 de la Ley de Ministerios N° 22.520 sus modificatorias y complementarias, y por el artículo 103 de la Constitución Nacional.

Por ello,

La Ministra de Salud resuelve:

Art. 1° - Apruébase el “PROTOCOLO PARA LA ATENCIÓN INTEGRAL DE LAS PERSONAS CON DERECHO A LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA Y LEGAL DEL EMBARAZO”, Actualización 2021, que como ANEXO ÚNICO (IF-2021-45992462-APN-DNSSYR#MS) forma parte integrante de la presente resolución.

Art. 2° - Incorpórase al PROGRAMA NACIONAL DE GARANTÍA DE CALIDAD DE LA ATENCIÓN MÉDICA el “PROTOCOLO PARA LA ATENCIÓN INTEGRAL DE LAS PERSONAS CON DERECHO A LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA Y LEGAL DEL EMBARAZO”, Actualización 2021, que se aprueba por el artículo 1° de la presente.

Art. 3° - Comuníquese, etc. - Vizzotti.

ANEXO (1)

RESOLUCIÓN 1789 (M.Ed.)

Educación – Creación del “Observatorio Federal de la Educación Sexual Integral”.

Fecha: 28/05/2021

Publicación: B.O. 08/06/2021

VISTO:

La Constitución de la Nación Argentina y la Convención sobre los Derechos del Niño; las Leyes N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes; N° 26.206 de Educación Nacional; N° 26.150 de Educación Sexual Integral; N° 26.485 de Protección Integral a las Mujeres; N° 27.234 Educar en Igualdad: Prevención y Erradicación de la Violencia de Género; N° 25.673 Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable; N° 26.743 de Identidad de Género; N° 27.610 Acceso a la interrupción voluntaria del embarazo las Resoluciones del CONSEJO FEDERAL DE EDUCACIÓN N°45/2008; N° 253/2015 y 340/2018; el Expediente EX-2021-22272036-APN-SSESYC#ME, y

CONSIDERANDO:

Que en la Convención sobre los Derechos del Niño, los Estados Partes reconocen el derecho del niño a la educación, a la salud, y a una vida sin violencias.

Que conforme el Artículo N° 75, inciso N° 22 de la Constitución de la Nación Argentina, la Convención sobre los Derechos del Niño tiene jerarquía superior a las leyes.

Que la Ley N° 26.061 tiene por objeto la protección integral y el ejercicio y disfrute pleno de todos los derechos que asisten a las niñas, niños y adolescentes

(1) El Anexo se puede consultar en Atención al Cliente, en Proview o en el Sistema de Información Legal, <http://informacionlegal.com>.

que se encuentren en el territorio de la República Argentina, reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales de los que la Nación es parte.

Que entre dichas prescripciones, está el derecho a la educación pública y gratuita, atendiendo el desarrollo integral, la preparación para el ejercicio de la ciudadanía, la formación para la convivencia democrática, el trabajo y el respeto a la identidad cultural.

Que en igual sentido, la Ley de Educación Nacional N° 26.206 plantea como objetivo de la educación y como obligación de los/as docentes garantizar el respeto y la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes, de conformidad con lo establecido en la Ley Nacional de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, los Niños y Adolescentes N° 26.061, otorgando a la comunidad educativa un rol activo para la promoción y protección de derechos.

Que la Ley N° 26.206 en su artículo 4°, expresa que el Estado nacional, las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tienen la responsabilidad principal e indelegable de proveer una educación integral, permanente y de calidad para todos/as los/as habitantes de la Nación, garantizando la igualdad, gratuidad y equidad en el ejercicio de este derecho, con la participación de las organizaciones sociales y las familias.

Que conforme a la citada Ley de Educación Nacional, la educación es una prioridad nacional y se constituye en política de estado para construir una sociedad justa y profundizar el ejercicio de la ciudadanía democrática, respetar los derechos humanos y fortalecer el desarrollo económico y social de la nación, entre otros.

Que la Ley de Educación Nacional promueve, a la vez, la transmisión de estos conocimientos como expresión del respeto a los derechos de los alumnos y alumnas sin más distinción que las derivadas de su edad, nivel educativo y modalidad, espetándolos en su libertad de conciencia, en el marco de la convivencia democrática.

Que la norma mencionada por supra establece en su artículo 11 inciso p) que, entre los fines y objetivos de la política educativa nacional, el Estado debe brindar conocimientos y promover valores que fortalezcan la formación integral de una sexualidad responsable.

Que la Ley N° 26.150 de Educación Sexual Integral, creó el PROGRAMA NACIONAL DE EDUCACIÓN SEXUAL INTEGRAL en el ámbito del Ministerio de Educación de la Nación, a efectos de asegurar el de-

recho de todos los educandos a recibir educación sexual integral en los establecimientos educativos públicos, de gestión estatal y privada de las jurisdicciones nacional, provincial, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y municipal, desde el nivel inicial hasta el superior. La misma, tiene entre sus finalidades el cumplimiento de las disposiciones específicas de la Ley N° 25.673, que crea el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable, en el ámbito del Ministerio de Salud; la Ley N° 23.849 de Ratificación de la Convención de los Derechos del Niño; la Ley N° 23.179 de ratificación de la CONVENCIÓN SOBRE ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER que cuentan con rango constitucional y la Ley N° 26.061 de Protección de los Derechos de las Niñas Niños y Adolescentes y las leyes generales de educación de la Nación.

Que, a su vez, la Ley citada precedentemente tiene entre sus finalidades el cumplimiento de las disposiciones específicas de la Ley N° 25.673, que creó el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable; la Ley N° 26.485 de Protección Integral a las Mujeres; la Ley N° 27.234 Educar en Igualdad: Prevención y Erradicación de la Violencia de Género; la Ley N° 26.743 de Identidad de Género y las leyes generales de educación de la Nación.

Que la Ley de Educación Sexual Integral es el resultado y, a su vez, complemento necesario de un marco legislativo internacional y nacional que Argentina posee y promueve en el campo de los derechos humanos.

Que dicho avance legislativo, sumado y articulado con otro conjunto de normas, posiciona al país en un escenario de oportunidades especiales para hacer efectivos los derechos de todos y cada uno de los niños, niñas y adolescentes en lo que refiere a la Educación Sexual Integral.

Que la inclusión de la educación sexual integral como un aprendizaje que debe ser incorporado a lo largo de toda la escolarización obligatoria, reafirma la responsabilidad del Estado en lo que hace a la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes y permite formalizar y sistematizar saberes que históricamente habían quedado circunscriptos a la esfera de lo privado o a iniciativas dispersas y/o asistemáticas.

Que el CONSEJO FEDERAL DE EDUCACIÓN ha establecido a partir de la Resolución N° 45/2008 los lineamientos curriculares básicos del Programa Nacional de Educación Sexual Integral, de modo tal que se respeten y articulen los programas y actividades que las jurisdicciones tenían en aplicación al momento de

la sanción de ley que lo crea y los Núcleos de Aprendizajes Prioritarios (NAP).

Que los citados Núcleos de Aprendizajes Prioritarios (NAP), aprobados por el CONSEJO FEDERAL DE EDUCACIÓN, abordan las temáticas previstas en la Ley N° 26.150.

Que mediante la Resolución N° 253/2015 el CONSEJO FEDERAL DE EDUCACIÓN sostiene su compromiso para fortalecer la implementación de los programas y acciones conforme las prescripciones de las Leyes N° 26.150 de Educación Sexual Integral y N° 26.485 de Protección Integral de las Mujeres.

Que se entiende oportuno profundizar en todo el territorio nacional las acciones necesarias para garantizar las prescripciones establecidas en la Ley N° 26.150.

Que mediante Resolución N° 340/2018 el CONSEJO FEDERAL DE EDUCACIÓN reafirma la obligatoriedad de la educación sexual integral en todos los niveles y modalidades educativas, y establece los núcleos de aprendizajes prioritarios para cada nivel educativo.

Que entre otras normas internacionales relacionadas a lo anteriormente expuesto, se encuentran la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Ley N° 24.632), y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo (Ley N° 26.378), entre otras.

Que en las presentes actuaciones, ha intervenido la SUBSECRETARÍA DE EDUCACIÓN SOCIAL Y CULTURAL propiciando el dictado de la presente.

Que la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS ha tomado la intervención que le compete.

Que la presente medida se dicta en uso de las facultades conferidas por la Ley de Ministerios (t.o. 1992) y sus modificatorias.

Por ello:

El Ministro de Educación resuelve:

Art. 1° - Créase el "OBSERVATORIO FEDERAL DE LA EDUCACIÓN SEXUAL INTEGRAL", cuyos objetivos serán:

a. Conocer el estado de implementación de la Ley Nacional 26.150 en todas las jurisdicciones del país, teniendo en cuenta la incorporación de un enfoque transversal y de los cinco ejes que aborda, principalmente los vinculados con la perspectiva de género y respeto de la diversidad.

b. Identificar los obstáculos, las prácticas de enseñanza y los aprendizajes vinculados a la implementación de la Ley Nacional 26.150 en las distintas jurisdicciones del país.

c. Fortalecer el sistema de monitoreo federal a partir del relevamiento de información cualitativa y cuantitativa que contribuya al proceso de toma de decisiones a nivel de las políticas públicas y la implementación de la Ley Nacional 26.150 en todas las jurisdicciones del país.

d. Difundir los resultados de los relevamientos desarrollados en relación a la implementación de la Ley Nacional 26.150 a fin profundizar mecanismos de rendición de cuentas y transparencia de las políticas públicas estatales vinculados a la ESI.

e. Aportar orientaciones y líneas estratégicas para el desarrollo de campañas de difusión masivas destinada a la población general y a sectores específicos (medios de comunicación, establecimientos educativos).

Art. 2° - El OBSERVATORIO FEDERAL DE LA EDUCACIÓN SEXUAL INTEGRAL creado en el ARTÍCULO 1° tendrá como principales líneas de acción:

a. Monitorear periódicamente la implementación de la ESI en las jurisdicciones y a nivel nacional.

b. Definir un sistema de indicadores de seguimiento, impacto y resultados que permita dar cuenta de las acciones vinculadas a la implementación de la Ley Nacional 26.150 desde Ministerio de Educación Nacional y Ministerios de Educación jurisdiccionales.

c. Generar información sobre el grado y modo de implementación de la ESI en los establecimientos educativos del país.

d. Realizar investigaciones que permitan conocer las experiencias educativas y demandas de los/as estudiantes en relación a la ESI.

e. Relevar y sistematizar indicadores vinculados a la ESI, provenientes de fuentes válidas y confiables, como ser datos secundarios producidos por organismos estatales, universidades, organismos internacionales, organizaciones de la sociedad civil y otros.

f. Brindar apoyo técnico y capacitación a las jurisdicciones que lo requieran para fortalecer el sistema de monitoreo a nivel nacional.

g. Elaborar informes con los resultados de las acciones de monitoreo y de investigación entre actores sociales y responsables políticos, así como generación de datos a difundir para toda la sociedad.

h. Elaborar recomendaciones para organismos gubernamentales basadas en los resultados del monitoreo, de las investigaciones y del análisis de indicadores existentes, para identificar áreas sobre las cuales focalizar acciones, diseñar y/o reformular las políticas públicas, así como para mejorar su implementación.

i. Contribuir a crear las condiciones necesarias para el cumplimiento de la Ley Nacional 26.150 en aquellas jurisdicciones que presenten dificultades para la implementación en consonancia con las líneas prioritarias de política educativa acordadas en el CONSEJO FEDERAL DE EDUCACIÓN.

Art. 3° - Para la integración del OBSERVATORIO FEDERAL DE LA EDUCACIÓN SEXUAL INTEGRAL se invitará a representantes de los Ministerios de Educación jurisdiccionales; Organismos estatales vinculados con las dimensiones de la ESI de las áreas de: salud, género, mujeres, diversidad, Derechos Humanos, niñez y adolescencia; Comisión de Educación de Diputados/as y Senadores/as del Congreso de la Nación; organizaciones sindicales docentes nacionales; Organizaciones estudiantiles nacionales; Organizaciones de la Sociedad Civil y Movimientos sociales de alcance nacional; Universidades públicas; Agencias del sistema de Naciones Unidas con agenda de trabajo afín a los temas del Observatorio; y personas con reconocida trayectoria en el campo de la ESI. El MINISTERIO DE EDUCACIÓN también podrá invitar a formar parte del Observatorio a otros organismos de la Administración Pública Nacional, no mencionados anteriormente, en caso de considerarlo necesario para el cumplimiento de los objetivos establecidos.

Art. 4° - La Presidencia del OBSERVATORIO FEDERAL DE LA EDUCACIÓN SEXUAL INTEGRAL, en consulta con el Comité Coordinador, elaborará y elevará para su aprobación el proyecto reglamento interno de funcionamiento, dentro de los SESENTA (60) días de dictada la presente.

Art. 5° - El Observatorio estará conformado por UNA (1) Presidencia; UNA (1) Secretaría Técnica; UN (1) Comité Coordinador; UN (1) Consejo Asesor; y las Comisiones de trabajo que se consideren necesarias para alcanzar los objetivos establecidos en el ARTICULO 1°. Todas las representaciones serán ad-

honorem y las principales atribuciones y funciones de las citadas áreas serán:

PRESIDENCIA:

a. Convocar, elaborar la agenda y presidir las reuniones del Comité Coordinador y del Consejo Asesor.

b. Dar seguimiento al Plan de trabajo y a los acuerdos alcanzados en las reuniones.

c. Representar al Observatorio en reuniones, seminarios, jornadas, encuentros y toda actividad pública.

d. Elaborar informes anuales de actividades del Observatorio.

e. Liderar la comunicación interna y externa de las acciones desarrolladas por el Observatorio.

f. Asistir en la elaboración de comunicados, informes y/o documentos relativos a sus funciones, así como disponer y/o articular la difusión de los mismos a través de los medios de comunicación y toda otra plataforma de difusión.

g. Convocar a jornadas, presentaciones y otras actividades que se desarrollen en el marco del funcionamiento del Observatorio.

h. Proponer la organización de reuniones de trabajo con las diferentes áreas con competencia en la materia del Ministerio de Educación de Nación a fin de establecer mecanismos de diálogo e intercambio sobre los temas que son competencia del Observatorio.

i. Gestionar, ante las autoridades y organismos, el suministro de las informaciones y elementos que se requieran para el funcionamiento del Observatorio.

SECRETARIA TÉCNICA:

a. Coordinar las reuniones del Comité Coordinador, el Consejo Asesor y cada una de las Comisiones de trabajo.

b. Elaborar y enviar a todas las representaciones las minutas de dichas reuniones.

c. Coordinar y organizar el funcionamiento del Comité Coordinador y las TRES (3) Comisiones de trabajo.

d. Dar seguimiento al Plan de trabajo y a los acuerdos alcanzados en las reuniones.

e. Implementar las estrategias y acciones necesarias para llevar adelante las acciones acordadas.

f. Elaborar, junto con equipo de trabajo, propuesta de indicadores de seguimiento, impacto y resultados para ser analizada y acordada en la respectiva Comisión de trabajo.

g. Desarrollar, junto con el equipo de trabajo las siguientes propuestas, para ser analizadas y acordadas en la respectiva Comisión de trabajo: i) de relevamiento cualitativo; ii) de relevamiento de fuentes de información secundaria; iii) de sistema de Monitoreo y Evaluación a implementar en las jurisdicciones; y iv) de informes de sistematización.

COMITÉ COORDINADOR:

a. Aprobar y dar seguimiento al Plan de trabajo anual.

b. Coordinar las acciones del Observatorio.

c. Organizar la información producida por las Comisiones de trabajo.

d. Desarrollar propuestas y recomendaciones en base a la información relevada.

e. Revisar y realizar recomendaciones a los documentos estratégicos desarrollados por las Comisiones de trabajo.

CONSEJO ASESOR:

Tendrá a su cargo el asesoramiento en cuestiones coyunturales y la revisión de las herramientas y los documentos desarrollados por el Observatorio.

COMISIONES DE TRABAJO

Las que oportunamente se definan en el Reglamento de funcionamiento del OBSERVATORIO FEDERAL DE LA EDUCACIÓN SEXUAL INTEGRAL conforme lo establecido en el ARTÍCULO 4°.

Art. 6° - Comuníquese, etc. - Trotta.

DISPOSICIÓN 86 (R.P.)

Régimen patrimonial del matrimonio - Publicidad del carácter del bien - Asentimiento conyugal - Partición y adjudicación de bienes gananciales - Uniones convivenciales - Atribución de la vivienda familiar - Modificación de la disp. técnico registral 11 (R.P.).

Fecha: 20/04/2021

Publicación: B.O. 23/04/2021

VISTO:

La Disposición Técnico Registral N° 11/2016, y

CONSIDERANDO:

Que el artículo 1° de la Disposición Técnico Registral N° 11/2016 establece el criterio del organismo respecto a la publicidad del carácter propio de los inmuebles adquiridos durante la comunidad de gananciales por inversión o reinversión de bienes de igual condición, conforme lo previsto por el artículo 466 del Código Civil y Comercial de la Nación;

Que, en ese sentido, dicho artículo prevé que en el supuesto de que no se cumplieren los requisitos de la ley de fondo, deberá obtenerse resolución judicial, no pudiéndose aclarar o complementar posteriormente por escritura pública;

Que desde la vigencia de la Ley N° 26994 hasta la fecha, se ha pronunciado la jurisprudencia y la doctrina especializada en la materia, aplicando y sosteniendo una posición construida a partir de una interpretación más amplia de la norma de fondo en cuestión, situación que amerita revisar el criterio adoptado;

Que, por otro lado, corresponde dejar de lado la posición asumida respecto a la calificación registral relacionada al estado de trámite de inscripción ante el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, en los documentos de partición y adjudicación de bienes gananciales, por ser una cuestión de responsabilidad notarial y ajena a la competencia de este organismo;

Que la presente disposición se dicta en uso de las atribuciones conferidas por el artículo 52 del Decreto

Ley N° 11643/63, concordante con los artículos 53 y 54 del Decreto N° 5479/65.

Por ello,

El Director Provincial del Registro de la Propiedad dispone:

Art. 1° - Sustituir el artículo 1° de la Disposición Técnico Registral N° 11/2016, el que queda redactado de la siguiente forma:

“ARTÍCULO 1°. El carácter propio de los inmuebles adquiridos durante la comunidad de gananciales por inversión o reinversión de bienes de igual condición, deberá ser rogado, siendo objeto de calificación registral que en el acto de adquisición conste en forma expresa, la determinación del origen del dinero y la conformidad del otro cónyuge. En caso de no cumplirse en la citada oportunidad con los anteriores requisitos, dicho carácter podrá ser instrumentado y rogado mediante escritura pública complementaria o resolución judicial correspondiente”.

Art. 2° - Derogar el artículo 5° de la Disposición Técnico Registral N° 11/2016.

Art. 3° - Registrar, etc. - Abiuso Cabral.

RESOLUCIÓN FIRMA CONJUNTA 4 (M.S.) y 4 (M.M.P.G. y D.S.)

Aprobación de la “Guía de Implementación del Parto Respetado en la Provincia de Buenos Aires”.

Fecha: 31/05/2021

Publicación: B.O. 04/06/2021

VISTO:

El Expediente N° EX-2021-12619556-GDEBA-DPEGMSALGP por el cual se propicia la aprobación de la “Guía de Implementación del Parto Respetado en la Provincia de Buenos Aires en el marco de la Ley Nacional N° 25.929” y,

CONSIDERANDO:

Que el derecho a la salud y la dignidad de las personas se encuentra garantizado en la Constitución Nacional, así como también en los Pactos, Convenciones y Tratados Internacionales de Derechos Humanos incorporados al bloque de constitucionalidad a partir de la reforma de 1994 en el Artículo 75, inciso 22;

Que a los fines de garantizar el derecho humano a la salud deben ser tenidas en cuenta las previsiones establecidas en las Leyes Nacionales N° 17.132 (Ejercicio de la medicina, odontología y actividades de colaboración), N° 25.326 (Protección de datos personales), N° 25.673 (Salud Sexual y Procreación Responsable), N° 26.061 (Protección Integral de los derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes), N° 26.529 (Derechos del paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud), N° 26.485 (Protección integral para prevenir sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres), N° 26.657 (Protección de la Salud Mental), N° 26.743 (Identidad de Género), y el Código Civil y Comercial de la Nación;

Que la Constitución de la Provincia de Buenos Aires en el artículo 36 inciso 8 establece a la salud como un derecho social, siendo competencia y obligación de la Provincia “la eliminación de los obstáculos económicos, sociales o de cualquier otra naturaleza, que afecten o impidan el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales”;

Que la Ley Nacional N° 25.929, conocida como “Ley de Parto Respetado”, sancionada en el año 2004 por el Congreso de la Nación, implicó un importante avance en materia de derechos reproductivos y tiene por objeto establecer los derechos que tiene toda persona gestante en relación al embarazo, parto y puerperio, como así también para la persona recién nacida;

Que la Ley mencionada es de aplicación en los establecimientos de salud de gestión pública, privada y de la seguridad social. Establece que toda persona tiene que ser tratada con respeto, en modo individual y personalizado. Asimismo, garantiza el derecho a la intimidad durante todo el proceso asistencial, respeto por sus pautas culturales y a recibir información adecuada y comprensible.

Que la Ley Nacional N° 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres complementa la “Ley de Parto Respetado” incorporando la definición de violencia obstétrica como la que “ejerce el personal de salud sobre el cuerpo y los procesos reproductivos de las mujeres, expresada en un trato deshumanizado, un abuso de medicalización y patologización de los procesos naturales”.

Que la Ley Nacional N° 25.929, fue reglamentada por el Poder Ejecutivo Nacional por el Decreto N° 2035/2015.

Que la provincia de Buenos Aires, por medio de la Ley N° 15.188, dictada en Septiembre de 2020, adhirió a la “Ley de Parto Respetado”. En la misma la Legislatura Provincial aggiornó el alcance de la Ley N° 25.929, en atención al posterior dictado de la Ley Nacional de Identidad de Género, estableciendo en una interpretación armónica que la misma resulta de aplicación a toda persona gestante.

Que a pesar del tiempo transcurrido desde el dictado de la “Ley de Parto Respetado”, se observan aún importantes desafíos para su plena implementación que garantice el acceso con equidad a los derechos que allí se consagran para toda la población de la provincia de Buenos Aires.

Que en ese sentido cabe destacar algunos datos que resultan claves para visibilizar la magnitud del estado de situación en relación a la materia. A partir del Sistema de Información Perinatal (SIP) se observa que en la provincia hay una tendencia creciente de cesáreas (en el año 2011 la tasa fue de 27%, en tanto en 2019 ascendió a 36%), en 2019 al 52% de las personas que cursaron su primer parto le realizaron una episiotomía y el 44% de las personas que tuvieron sus partos ese año no estuvieron acompañadas en el mismo. Estos indicadores son consistentes asimismo con información relevada por organizaciones de la sociedad civil que trabajan en la promoción de derechos sexuales, reproductivos y no reproductivos, como así también en la erradicación de las violencias contra las mujeres y personas de los colectivos LGBT. Así, a partir del 1° Índice Nacional de Violencia Machista impulsado por #NiUnaMenos se observa que el 77% de las personas encuestadas aseguraron haber sufrido al menos una situación de violencia obstétrica. En la misma línea el Observatorio de Violencia Obstétrica, creado por la agrupación Las Casildas, señala como resultados de sus encuestas que a 6 de cada 10 mujeres se les practicó una episiotomía, de las cuales al 80% se les practicó sin haber sido consultadas al respecto, y que a 7 de cada 10 mujeres les rompieron artificialmente la bolsa.

Que los organismos internacionales, regionales y globales, han emitido recomendaciones respecto a los estándares de cuidado adecuado, en relación a los cuales que observan importantes distancias por recorrer. Entre las recomendaciones que actualizaron lo enunciado por los Estados que son parte de la Organización Mundial de la Salud como de la Organización Panamericana de la Salud, en la Declaración de Fortaleza en 1985, cabe destacar las “Recomendaciones de la OMS para los cuidados durante el parto, para

una experiencia de parto positiva” (2019) y la “Declaración de la OMS sobre tasas de cesárea” (2015).

Que en el entendimiento de la necesidad de implementar una política sanitaria efectiva que genere las condiciones de posibilidad para garantizar los derechos a las personas en situación de embarazo, parto, nacimiento y puerperio, en el marco de una política integral de cuidados, durante el año 2020 en forma conjunta el Ministerio de Salud, el Ministerio de las Mujeres, Políticas de Géneros y Diversidad Sexual y la Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires impulsaron la iniciativa de la realización de la Foros de participación denominados “Camino al Parto Respetado en la Provincia de Buenos Aires”. Estos foros son espacios regionales de encuentro entre trabajadoras y trabajadores de los equipos de salud, organizaciones sociales y autoridades sanitarias y políticas de cada Región Sanitaria. En este ámbito se trabaja sobre la propuesta de un Plan Estratégico Provincial de Parto Respetado, que forma parte de una iniciativa de ley provincial que se encuentra en tratamiento en la actualidad (identificado bajo el número de trámite D-1911/20-21-0).

Que corresponde a estos Ministerios en el ámbito de sus competencias generar las condiciones para la implementación del régimen legal vigente en relación a los derechos de las personas en situación de embarazo, parto, nacimiento y puerperio.

Que a ese fin y teniendo en consideración la necesidad de la transformación de las prácticas de los modelos de atención y gestión, se ha elaborado una Guía dirigida a los equipos de salud de la provincia de Buenos Aires, involucrados en procesos de cuidado, atención y gestión de personas gestantes y recién nacidas. Esta Guía no es exclusiva aplicación para la atención de los embarazos llamados de “bajo riesgo”, ni para los partos fisiológicos, sino para el cuidado de todas las personas en situación de embarazo, parto, nacimiento y puerperio. Tiene el objetivo de proponer herramientas y discusiones que permitan interpelar a las y los actores involucrados para repensar el rol como equipo de salud, las posiciones de poder y orientar las prácticas para garantizar derechos, producir salud integral y acompañar deseos.

Que la educación sexual integral, la capacitación con enfoque de género y equidad en grupos o equipos de intervención socio comunitaria, así como también el desarrollo de estrategias preventivas a partir de la información, sensibilización y participación activa, resultan esenciales para garantizar el ejercicio de los

derechos de las mujeres y otras personas con posibilidad de gestar.

Que ha tomado la intervención de su competencia Asesoría General de Gobierno y Fiscalía de Estado;

Que, la presente medida se dicta en uso de las atribuciones conferidas por los Artículos 4º, 11, 15, 28 y 30 de la Ley N° 15.164;

Por ello,

El Ministro de Salud y la Ministra de las Mujeres, Políticas de Géneros y Diversidad Sexual de la Provincia de Buenos Aires resuelven:

Art. 1º - Aprobar, para su aplicación en los establecimientos de salud de los diferentes niveles de atención de la Provincia de Buenos Aires, la “GUÍA DE IMPLEMENTACIÓN DEL PARTO RESPETADO EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES, en el marco de la Ley Nacional N° 25.929”, que como Anexo Único y bajo la identificación IF-2021-13079125-GDEBA-DPEGSM-SALGP forma parte integrante de la presente.

Art. 2º - Garantizar en los distintos niveles de atención, la implementación y práctica de la Guía aprobada en el Artículo 1º de la presente, coordinando tal tarea con los gobiernos municipales, el Instituto de Obra Médico Asistencial, las obras sociales, el subsector privado, asociaciones de profesionales y organizaciones sociales.

Art. 3º - Ambos ministerios coordinarán campañas de sensibilización, promoción, acciones de formación, como así también la elaboración de mecanismos y herramientas de orientación comunitaria para garantizar el ejercicio pleno del derecho a las personas gestantes y recién nacidas, durante el proceso de embarazo, parto, nacimiento y puerperio.

Art. 4º - El Ministro de Salud designará a la autoridad de aplicación, que tendrá a su cargo el dictado de los actos administrativos reglamentarios y/o complementarios que fueran eventualmente necesarios.

Art. 5º - La presente medida entrará en vigencia a partir de su publicación.

Art. 6º - Registrar, etc. - Gollán - Díaz.

ANEXO ÚNICO (1)

(1) El Anexo Único se puede consultar en Atención al Cliente, en Proview o en el Sistema de Información Legal, <http://informacionlegal.com>.

LEY 6558

Se crea el Registro Único de Casos de Violencia de Género de la provincia de Corrientes.

Sanción: 21/04/2021

Promulgación: 13/05/2021

Publicación: B.O. 13/05/2021

Título I

Disposiciones generales.

Art. 1° - Créase el “Registro Único de Casos de Violencia de Género” de la Provincia de Corrientes.

Art. 2° - El Registro, creado por la presente Ley, concentrará, contendrá y sistematizará la información de los hechos, tipos y modalidades de la violencia de género regulados en la Ley Nacional N° 26485. La Autoridad de Aplicación, deberá desarrollar, promover y coordinar con las distintas jurisdicciones, los criterios para la selección de datos, modalidad de registro e indicadores básicos desagregados, como mínimo, por edad, sexo, estado civil y profesión u ocupación de las partes, vínculo entre la persona que padece violencia y quien la ejerce, naturaleza de los hechos, medidas adoptadas y sus resultados.

Art. 3° - A los efectos de lo prescripto en el artículo 2°, toda la información y/o documentaciones existentes en cualquiera de las dependencias de los tres Poderes del Estado Provincial, entes descentralizados, autárquicos y organismos municipales que refieran de modo directo o indirecto a situaciones de violencia de género y las que en lo sucesivo sean relevadas, serán remitidas al Registro Único, en la modalidad y en los plazos establecidos en el artículo 8°.

Art. 4° - El Registro Único de Casos de Violencia de Género deberá:

a) registrar, relevar, y procesar las situaciones de violencia recibidas en los diferentes organismos provinciales, municipales y de toda otra organización especializada con la que tenga vigente un convenio formalmente establecido;

b) producir información estadística sobre la prevalencia de los distintos tipos de violencia contra las mujeres, tanto en el ámbito público como en el privado. Se dará prevalencia a los indicadores de impacto de las políticas públicas;

c) unificar las denuncias con el fin de mejorar la prevención de delitos en relación con la violencia de género;

d) sistematizar la información útil y confiable para potenciar la ejecución de políticas públicas por parte del Estado Provincial;

e) crear una base de datos común a través de una plataforma digital, que se constituirá en insumo fundamental para la elaboración de los datos estadísticos que estarán disponibles para ser utilizados por todos los organismos provinciales y municipales que atiendan dicha problemática;

f) confeccionar un instructivo que establezca los instrumentos necesarios para una cabal interpretación de las situaciones de violencia registradas;

g) proveer de la información relevada y procesada a los organismos que lleven adelante las políticas públicas sobre violencia de género;

h) realizar encuestas especializadas en violencia a nivel provincial que aporten al Registro Único de Violencia contra las Mujeres;

i) confeccionar un mapa interactivo con todas las localidades de la provincia, exponiendo cuales son los datos estadísticos desagregados y los centros de atención a las víctimas;

j) contar con información sobre la prevención, búsqueda de servicios e instancias de Justicia para enfrentar la violencia y sus percepciones sobre la respuesta institucional y los roles de género.

Título II.

Condiciones de ejercicio

Art. 5° - El Poder Ejecutivo de la Provincia de Corrientes determinará cual organismo será la Autoridad de Aplicación de la presente Ley.

Art. 6° - La Autoridad de Aplicación, podrá concertar con universidades, organizaciones de la sociedad civil y los municipios, la vinculación de convenios tendientes a registrar, relevar, procesar las situaciones de violencia recibidas en los diferentes organismos. Se promoverán capacitaciones con perspectiva de género en las escuelas, empresas, organismos estatales, organizaciones culturales y organizaciones de la sociedad civil, que permitan a los estudiantes, profesionales de las distintas áreas o al público en general la adopción de medidas tendientes a sensibilizar a la sociedad, promoviendo valores de igualdad y deslegitimación de la violencia contra las mujeres. Se tendrá en cuenta la adhesión de la Provincia de Corrientes a la Ley Nacional N° 27499 del Programa Nacional Permanente de Capacitación Institucional en Género y Violencia Contra las Mujeres - Micaela García.

Art. 7° - El Registro garantizará la privacidad y el derecho a la intimidad de las personas, en relación con los datos recibidos y/o incorporados en él, conforme a lo establecido en la Ley Nacional N° 25326 sobre datos personales. A tal efecto, sólo serán informados a los titulares de los datos o sus representantes legales, debidamente autorizados y, a la autoridad judicial que los solicite mediante auto fundado.

Art. 8° - Los datos que refieran a situaciones de violencia de género serán enviados a la autoridad de aplicación por parte de las autoridades públicas que correspondan, con una periodicidad no mayor a tres (3) meses. Los mismos serán enviados en formato de base de datos digital.

Art. 9° - Los datos incluidos en el Registro Único de Casos de Violencia de Género no podrán ser borrados, ni destruidos por plazo alguno.

Art. 10. - La Autoridad de Aplicación del Registro Único de Casos de Violencia de Género deberá hacer público, al menos semestralmente, un informe que contenga estadísticas de los datos sobre situaciones de violencia registrados que permita conocer las características de quienes ejercen o padecen violencia y sus modalidades, vínculo entre las partes, tipos de violencia, de medidas adoptadas y sus resultados para el diseño de políticas públicas, investigación, formulación de proyectos y producción de informes en el marco de los compromisos contraídos con organismos de seguimiento y/o monitoreo de Tratados y/o Convenciones y/o otros instrumentos referidos a la materia.

Art. 11. - Se autoriza al Poder Ejecutivo a crear las partidas y/o actualizaciones presupuestarias correspondientes necesarias para atender los requerimientos de la presente ley.

Título III

De Formas

Art. 12. - Las disposiciones de esta norma, entrarán en vigencia no más allá de los 180 días de promulgada la presente ley.

Art. 13. - Comuníquese al Poder Ejecutivo.

LEY 3320

Garantía de la inserción y estabilidad laboral de personas travestis, transexuales y transgénero, alentando su contratación y empleo.

Sanción: 15/04/2021

Promulgación: 26/04/2021

Publicación: B.O. 07/05/2021

Art. 1° - La presente Ley tiene por objeto garantizar la inserción y estabilidad laboral de personas travestis, transexuales y transgénero, alentando su contratación y empleo a los fines de garantizar el derecho al trabajo.

Art. 2° - El Estado Provincial, a través del Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial, deberá ocupar en una proporción no inferior al uno por ciento (1 %) de la totalidad de las vacantes disponibles presupuestadas, a personas travestis, transexuales y transgénero, que reúnan las condiciones de idoneidad para el cargo, garantizando el ingreso de al menos una persona travesti, transexual o transgénero por año.

A los fines de garantizar el cumplimiento del cupo previsto se deberán establecer reservas dentro de puestos de trabajo a ser ocupados exclusivamente por las personas amparadas por la presente Ley.

Art. 3° - Las personas comprendidas por la presente Ley son travestis, transexuales y transgénero, mayores de 18 años de edad, hayan o no accedido a la rectificación registral del sexo, y el cambio de nombre de pila e imagen en el marco del artículo 3° de la Ley Nacional 26.743.

Art. 4° - Toda persona travesti, transexual o transgénero tiene derecho al trabajo digno y productivo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a

la protección contra el desempleo, sin discriminación por motivos de identidad de género o su expresión.

Art. 5° - A los efectos de garantizar la igualdad de oportunidades, el requisito de terminalidad educativa secundaria no puede resultar un obstáculo para el ingreso en el empleo en los términos del artículo 2° de la presente Ley, salvo que se requiera título profesional habilitante para cubrir dicha vacante. Si las personas aspirantes a los puestos de trabajo no completaron su educación, se promoverá su terminalidad. Para tal fin se deberán arbitrar los medios para garantizar la formación educativa y la capacitación de las personas travestis, transexuales y transgénero.

Art. 6° - Los funcionarios y la planta de personal del Estado Provincial se capacitarán a fin de asegurar la integración de las personas travestis, transexuales y transgénero en sus puestos de trabajo en condiciones de respeto a la entidad autopercebida y expresión de género.

Art. 7° - Créase en el ámbito de la Autoridad de Aplicación, el Registro voluntario de personas travestis, transexuales y transgénero, aspirantes a ingresar a trabajar en el Estado Provincial. Dicho Registro deberá llevar los perfiles laborales de las personas interesadas a fin de ponerlos a disposición de las jurisdicciones y entidades estatales.

Art. 8° - Toda la información recabada por el Registro reviste el carácter de confidencialidad.

Art. 9° - Facúltase al Poder Ejecutivo a designar a la Autoridad de Aplicación de la presente.

Art. 10. - El Poder Ejecutivo Provincial reglamentará la presente Ley en el plazo de ciento ochenta (180) días a partir de su promulgación.

Art. 11. - Invítase a los Municipios y Comisiones de Fomento a adherir a la presente Ley.

Art. 12. - Comuníquese al Poder Ejecutivo.

ABELEDOPERROT

Información confiable
que avala sus argumentos.

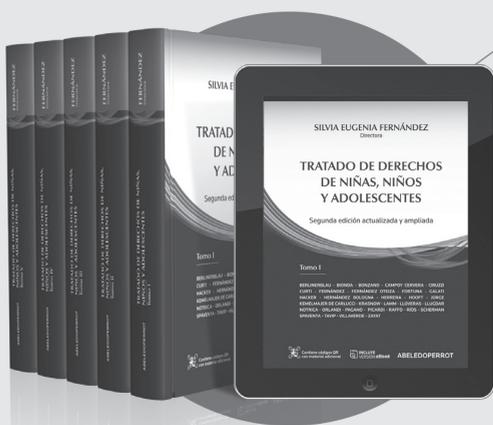
TRATADO DE DERECHOS DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

Segunda edición ampliada y actualizada

Silvia Eugenia Fernández (Directora)



2021



Esta obra
contiene
Códigos QR
con material
adicional.



5 Tomos
Disponibles en
papel y eBook.

Obra colectiva en la que se aborda el régimen de niñas, niños y adolescentes de forma integral, desde lo civil, penal, constitucional, comercial, etc. Estudia también las intersecciones como niñez-género y niñez-violencia, dando suma importancia a los derechos humanos.

A diferencia de sus tres tomos originales, este Tratado se ha ampliado a 5 tomos debido al desarrollo que han tenido las diferentes cuestiones reguladas en el CCyC, fundamentalmente aquellas que involucran el desarrollo evolutivo de los derechos humanos. Es por ese motivo que el material fue reanalizado, reinterpretado y repensado a la luz de los nuevos paradigmas. Incluye un análisis comparativo del régimen en las distintas provincias del territorio nacional.

Adquirir la obra llamando al
0810-266-4444 o ingresando en
www.tienda.thomsonreuters.com.ar

 **THOMSON REUTERS®**



Seguí nuestra página
de  **LinkedIn** con contenido
específico para abogados.

ThomsonReutersLaLey 
@TRLaLey 
ThomsonReutersLatam 
ThomsonReutersLatam 

MEDIACIÓN ELECTRÓNICA

Acceso a la justicia y resolución de
conflictos en el entorno electrónico

Bibiana Beatriz Luz Clara



2021



Esta obra
**contiene
Códigos QR**
con material
adicional.



1 Tomo
Disponible en
papel y eBook.

Los mecanismos alternativos de resolución de conflictos están siendo valorados e impulsados por organismos nacionales e internacionales, e incorporándose a las agendas del sector de la Justicia. Esta obra práctica analiza las ventajas, desventajas y plantea soluciones a la temática, busca comprender la dinámica y sus características especiales y poder brindar un servicio de resolución de conflictos acorde con sus requerimientos.

Se analizan las distintas clases de plataformas y centros virtuales, sus condiciones y las funciones y responsabilidades de quienes intervienen en ellas. Se trata de visualizar hacia dónde nos dirigimos en materia de resolución electrónica de conflictos, buscando la mejora continua de la actividad, su profesionalización, en especial en beneficio de los justiciables.

Dentro de los temas destacados de la obra podemos encontrar: acceso a la Justicia a través de medios electrónicos (beneficio de litigar sin gastos, arbitraje, conciliación etc.), los problemas que surgen en torno al acceso por medios electrónicos, negociación en línea, arbitraje electrónico, conciliación electrónica, aplicaciones móviles que se utilizan, procedimiento de la mediación electrónica, entre otros.

Adquirir la obra llamando al
0810-266-4444 o ingresando en
www.tienda.thomsonreuters.com.ar



Seguí nuestra página
de **LinkedIn** con contenido
específico para abogados.

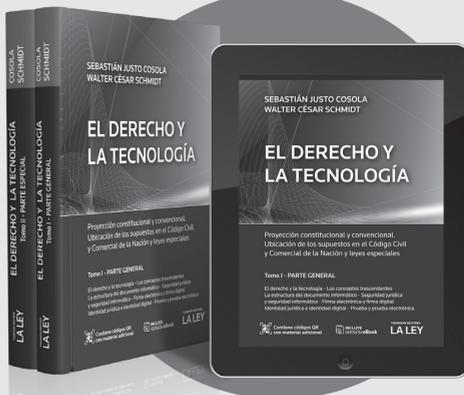
ThomsonReutersLaLey
@TRLaLey
ThomsonReutersLatam
ThomsonReutersLatam

EL DERECHO Y LA TECNOLOGÍA

Sebastián Justo Cosola •
Walter César Schmidt



2021



Esta obra
contiene
Códigos QR
con material
adicional.



2 Tomos
Disponibles en
papel y eBook.

La obra tiene como finalidad la profundización del tema de las tecnologías en el Derecho, que puede resultar de difícil abordaje para quienes no se encuentran acostumbrados a navegar en el terreno de las ciencias exactas.

La obra se divide en dos partes: la Parte General se ocupa de la vinculación entre el Derecho y la Informática, las nociones de los elementos esenciales, el tema de la firma (electrónica y digital), la diferenciación entre seguridad jurídica e informática, el documento informático, la prueba informática como especie y las conclusiones de las distintas jornadas científicas. En la Parte Especial, luego de un capítulo acerca del *blockchain*, en el que se analizan su evolución, funcionamiento y las aplicaciones de la cadena de bloques, se examina una de las cuestiones que necesitan pronta regulación: las monedas virtuales y digitales.

Adquirir la obra llamando al
0810-266-4444 o ingresando en
www.tienda.thomsonreuters.com.ar



Seguí nuestra página
de **LinkedIn** con contenido
específico para abogados.

ThomsonReutersLaLey
@TRLaLey
ThomsonReutersLatam
ThomsonReutersLatam

