

Derecho de las Familias, Infancia y Adolescencia

Una mirada crítica y contemporánea

Versión actualizada con las modificaciones
introducidas por el Código Civil y Comercial de la Nación

Derecho de las Familias, Infancia y Adolescencia

Una mirada crítica y contemporánea

Versión actualizada con las modificaciones
introducidas por el Código Civil y Comercial de la Nación

PRESIDENCIA DE LA NACIÓN

Dra. Cristina Fernández de Kirchner

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

Dr. Julio Alak

SECRETARÍA DE JUSTICIA

Dr. Julián Álvarez

SUBSECRETARÍA DE ACCESO A LA JUSTICIA

Lic. María Florencia Carignano

**DIRECCIÓN NACIONAL DEL SISTEMA ARGENTINO
DE INFORMACIÓN JURÍDICA**

Dra. María Paula Pontoriero

Graham, Marisa
Derecho de las familias, infancia y adolescencia : una mirada crítica y contemporánea / Marisa Graham y Marisa Herrera. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Infojus, 2014.
640 p. ; 23x16 cm.

ISBN 978-987-3720-05-5

1. Derecho Privado. I. Herrera, Marisa II. Título
CDD 346.013

Fecha de catalogación: 27/06/2014

ISBN: 978-987-3720-05-5

Derecho de las Familias, Infancia y Adolescencia.

Una mirada crítica y contemporánea

1ª edición - julio 2014

2ª edición - julio de 2015

Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Sarmiento 329,
C.P. 1041AFF, C.A.B.A.

Editado por la Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica.

Directora Nacional: María Paula Pontoriero

Directora de Ediciones: Laura Pereiras

Coordinadoras de contenido: María Rosa Roble - Cecilia Vanin

Responsable de diseño gráfico: Gabriela Fraga

Correo electrónico: ediciones@infojus.gov.ar

Esta publicación se encuentra disponible en forma libre y gratuita en: infojus.gob.ar

El contenido de esta publicación expresa solo la opinión de sus autores, y no necesariamente la del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Todos los derechos reservados. Distribución gratuita. Prohibida su venta. Se permite la reproducción total o parcial de este libro, su almacenamiento en un sistema informático, su transmisión en cualquier forma, o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopia u otros métodos, con la previa autorización del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

DIRECTORAS



MARISA GRAHAM - MARISA HERRERA

COLABORADORES



NATALIA DE LA TORRE

FEDERICO NOTRICA

MARIANA I. RODRÍGUEZ ITURBURU

LAURA SARDÁ

ÍNDICE



Doctrinas



La autonomía de la voluntad en el derecho de familia argentino

Por AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI.....	p. 3
1. Terminología	p. 3
2. La autonomía y la tendencia a la contractualización	p. 4
3. La contractualización del derecho de familia. Causas que la explican. El proceso de constitucionalización del derecho de familia.....	p. 5
4. Consecuencias del proceso de constitucionalización	p. 8
5. Internacionalización del derecho de familia a la luz de los tratados de derechos humanos	p. 13
6. La restricción de la autonomía en la contratación patrimonial, especialmente con consumidores, y la ampliación de esa autonomía en el derecho de familia	p. 14
7. La autonomía. El derecho a casarse y no casarse	p. 16
8. La autonomía no es absoluta. Sus límites: la razonabilidad, la lucha contra el abuso, el fraude, la simulación y los matrimonios forzosos	p. 18
9. Inexistencia de una norma general en el derecho argentino que consagre la voluntad negocial entre cónyuges	p. 22
10. Ámbitos en los que se verifica el proceso de contractualización.....	p. 23
11. Casuismo. Una distinción generalmente aceptada	p. 25

12. Las convenciones prematrimoniales	p. 25
13. La contratación entre cónyuges	p. 27
14. La calificación de los bienes en el régimen de comunidad	p. 29
15. Los convenios que tienen en miras la disolución de la comunidad de vida	p. 30
16. Los convenios posteriores al divorcio. Las facultades judiciales	p. 32
17. La autonomía de la voluntad como fuente de la prestación alimentaria	p. 34
18. Autonomía y derecho societario	p. 39
19. Breves palabras sobre autonomía y régimen sucesorio.....	p. 40
20. Conclusiones provisorias.....	p. 42

El rol del juez de familia a la luz de los cambios legislativos

Por PABLO ERNESTO RAFFO.....	p. 43
1. Introducción	p. 43
2. Los cambios en la legislación y en la función jurisdiccional.....	p. 44
3. La “nueva litigiosidad”	p. 47
4. La reformulación de algunos principios básicos del procedimiento de familia	p. 54
5. Consideraciones finales	p. 62

El rol del consejero de familia en los juzgados de la Provincia de Buenos Aires

Por DANIEL ALBERTO RODRÍGUEZ CUZZANI.....	p. 63
1. Introducción	p. 63
2. La etapa previa.....	p. 64
3. El rol del consejero de familia	p. 64
4. Atribuciones	p. 66
5. La intervención del equipo técnico en la etapa previa	p. 67
6. La intervención de los abogados en la etapa previa.....	p. 69
7. La conciliación.....	p. 70
8. Culminación de la etapa previa.....	p. 71
9. La intervención del consejero en procesos especiales	p. 72
10. Palabras finales	p. 74

Derecho a la defensa de niñas, niños y adolescentes víctimas

Por NELLY MINYERSKY	p. 77
1. Introducción	p. 77
2. De la defensa de los derechos de niños, niñas y adolescentes	p. 79
3. De la victimización primaria y secundaria.....	p. 83
4. De la capacidad progresiva	p. 85
5. De los niños, niñas y adolescentes y su legitimación activa	p. 90
6. De la legislación.....	p. 102
7. Código Civil y Comercial de la Nación.....	p. 111
8. Conclusiones.....	p. 116

La escuela: una apuesta a la construcción del lazo social

Por MARA BRAWER	p. 119
1. Palabras introductorias.....	p. 119
2. El objeto de la ley: los vínculos en la escuela	p. 119
3. Enfoque relacional vs. enfoques centrados en el individuo	p. 121
4. El abordaje de la violencia desde una perspectiva de los derechos del niño/niña o joven.....	p. 122
5. El lugar del adulto. Acerca del vínculo escuela-familia	p. 122
6. La escuela como experiencia de formación ciudadana	p. 123
7. Órganos de participación en la vida escolar y acuerdos escolares de convivencia.....	p. 124
8. El valor pedagógico de las sanciones.....	p. 125
9. El fortalecimiento de las jurisdicciones y las instituciones para intervenir en la resolución de situaciones de conflicto.....	p. 128
10. Información sólida que fundamente las políticas públicas	p. 129
11. A modo de cierre.....	p. 131

Responsabilidad parental. Algunos aspectos trascendentales a la luz del Código Civil y Comercial de la Nación. Saldando viejas deudas

Por FEDERICO P. NOTRICA y MARIANA I. RODRÍGUEZ ITURBURU	p. 133
1. Introducción	p. 133
2. Consideraciones preliminares	p. 134

3. Responsabilidad parental	p. 136
4. Deberes y cuidados.....	p. 142
5. Guarda a un tercero.....	p. 148
6. Alimentos	p. 148
7. Aspectos patrimoniales de la responsabilidad parental	p. 148
8. Extinción, privación, suspensión y rehabilitación de la responsabilidad parental.....	p. 151
9. Regulación de la familia ensamblada	p. 153
10. Palabras finales	p. 154

El alcance de la excepción convencional en materia de sustracción internacional de menores: un caso para tener en cuenta

Por ADRIANA DREYZIN DE KLOR.....p. 157

1. A manera de escenario	p. 157
2. El caso como disparador.....	p. 160
3. Las fuentes jurídicas: su articulación	p. 161
4. La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina y sus criterios.....	p. 163
5. La decisión del caso a la luz de un voto dividido	p. 168
6. Reflexiones finales	p. 174

Tendencias y patrones de la jurisprudencia de la CSJN en materia de restitución internacional de niños

Por LUCIANA B. SCOTTIp. 177

1. Introducción	p. 177
2. Breves consideraciones sobre la restitución internacional de menores....	p. 178
3. Patrones de la jurisprudencia de la CSJN	p. 179
4. Panorama de la jurisprudencia de los tribunales inferiores	p. 196
5. Reflexiones finales	p. 209

Regulación procesal de la restitución internacional de menores

Por MABEL DE LOS SANTOSp. 213

1. Sobre la necesidad de regular el trámite de restitución	p. 213
2. Algunas precisiones sobre el marco jurídico sustancial aplicable a la restitución internacional	p. 216

3. Naturaleza jurídica del proceso de restitución	p. 219
4. Trámite y caracteres. Propuesta legislativa.....	p. 221
5. Algunas conclusiones.....	p. 224

La extinción de la comunidad de ganancias y el cese de la separación de bienes. El régimen en el Código Civil y Comercial de la Nación

Por NORA LLOVERAS

1. Extinción de la comunidad y cese de la separación de bienes.....	p. 225
2. Algunas conclusiones.....	p. 243

La extinción de la comunidad de ganancias. Análisis del Código Civil y del Código Civil y Comercial

Por ANA MARÍA CHECHILE.....

1. Código Civil. Introducción	p. 245
2. La separación judicial de bienes	p. 246
3. Nulidad de matrimonio.....	p. 262
4. Muerte de alguno de los cónyuges	p. 262
5. Muerte presunta	p. 263
6. Divorcio vincular y separación personal	p. 266
7. Los ejes del Código Civil y Comercial en materia de régimen patrimonial del matrimonio	p. 266
8. Los cambios del Código Civil y Comercial en la extinción de la comunidad de ganancias.....	p. 269
9. Conclusión.....	p. 274

El lugar de la Justicia en la ruptura matrimonial según el Código Civil y Comercial. Bases para leer el régimen de divorcio incausado

Por MARISA HERRERA

1. Palabras preliminares	p. 275
2. De dónde venimos y hacia dónde vamos o adónde vamos y desde dónde venimos	p. 277
3. Lo que viene: el divorcio incausado.....	p. 287
4. Se baja el telón	p. 321

Algunas consideraciones en torno a la regulación de las uniones convivenciales. El difícil equilibrio entre el principio de autonomía y la solidaridad familiar

Por NATALIA DE LA TORRE.....	p. 325
1. Introducción	p. 325
2. ¿Por qué regular?.....	p. 328
3. Cómo regular: la respuesta del Código Civil y Comercial	p. 335
4. Las críticas a la regulación de las uniones convivenciales: su oscilación pendular	p. 340
5. Palabras de cierre	p. 348

La compensación económica en la reforma del Código Civil argentino

Por MARÍA VICTORIA PELLEGRINI	p. 349
1. Introducción	p. 349
2. Concepto. Denominación.....	p. 351
3. Naturaleza jurídica	p. 359
4. Conclusiones provisionarias.....	p. 387

Alimentos para los hijos: el camino desde la Convención de los Derechos del Niño hasta el Código Civil y Comercial de la Nación

Por OSVALDO FELIPE PITRAU	p. 389
1. Introducción	p. 389
2. Los alimentos para los hijos en la Convención de los Derechos del Niño ...p.	389
3. Alimentos para los hijos en el Código Civil y Comercial.....	p. 398
4. Conclusiones.....	p. 412

El embrión *in vitro* en el Código Civil y Comercial. Aportes para una regulación propia de un Estado laico

Por ELEONORA LAMM	p. 413
1. Introducción	p. 413
2. El art. 19 CCyC.....	p. 414
3. El nudo de la cuestión. El término “concepción”	p. 417
4. El derecho comparado	p. 425
5. Argumentos bioéticos que descartan la personalidad del embrión <i>in vitro</i> .p.	434

6. Una aclaración. El art. 19 y su no repercusión en materia de aborto.....p. 445
7. Palabras de cierrep. 446

Los adultos mayores en la sociedad y la familia

Por CECILIA P. GROSMANp. 449

1. Introducciónp. 449
2. Datos demográficos.....p. 451
3. La discriminación de los adultos mayores.....p. 452
4. Los adultos mayores en la nueva concepción de un envejecimiento activop. 456
5. ¿Cuáles son los ejes esenciales para hacer efectiva la vida activa del adulto mayor asociado con su derecho al cuidado?.....p. 462
6. Los derechos humanos de los adultos mayores en el espacio familiar.....p. 469
7. Palabras finalesp. 486

Fallo “Fornerón e hija”. El desafío de las reparaciones

Por MARISA GRAHAM y LAURA SARDÁp. 487

1. Los hechos reprochados.....p. 488
2. El incumplimiento del derecho en las distintas instancias judiciales.....p. 489
3. Análisis de algunos aspectos de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanosp. 495
4. La parte dispositivap. 502
5. Otra vez el tiempo.....p. 507

Transformaciones y tensiones en territorio

Los puntos de encuentro familiar en la Provincia del Chubut

Por MARTÍN B. ALESI.....p. 511

1. Introducciónp. 511
2. Modalidades de intervención del punto de encuentro familiar.....p. 516
3. Formas de acceso al punto de encuentro familiar.....p. 528
4. Equipo técnico y fases de actuación.....p. 531
5. Palabras finalesp. 540

La formación de estudiantes en Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la Facultad de Derecho (UBA)
Por SEBASTIÁN REY y MARCOS FILARDI.....p. 541

Fortalecimiento de actores locales para la protección de derechos de niños, niñas y adolescentes. Políticas públicas en Corrientes, Chaco, Formosa y Misiones
Por LILIANA SEIRAS y JULIANA ORTIZp. 547

1. El marco legalp. 548
2. La implantación de los Sistemas de Protección de Derechos y el enfoque territorial del Desarrollo Local.....p. 552
3. Logros y lecciones aprendidasp. 564
4. Conclusión.....p. 567

Bibliografía, p. 569



Doctrinas



La autonomía de la voluntad en el derecho de familia argentino

AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI⁽¹⁾



“El Estado no debe imponer planes de vida a los individuos sino ofrecerles la posibilidad para que ellos elijan (art. 19 CN)”⁽²⁾

“La autonomía personal es la capacidad que tenemos los seres humanos de decidir qué queremos hacer con nuestras vidas, de diseñar y poner en marcha nuestro propio plan vital, tal como los sostenía Emmanuel Kant. Sin embargo, para que esa autonomía pueda ser efectiva, para que la libertad pueda ser desarrollada, las personas debemos contar con opciones reales que muchas veces no podemos tener sin la ayuda del Estado”⁽³⁾

“La historia del género humano registra con orgullo casos de quienes, por la libertad, rechazaron la vida”⁽⁴⁾

1. Terminología

La palabra “autonomía” no apareció en el Código Civil argentino hasta entrado el siglo XXI. En efecto, la única vez que se la cita es en el art. 152 ter, según redacción impuesta por la ley 26.657, promulgada el 2 de diciembre de 2010.⁽⁵⁾

(1) Profesora de posgrado en universidades argentinas y extranjeras. Doctora *honoris causa* de la Universidad de Paris-Est Créteil, de la Universidad Nacional de Córdoba y de la Universidad Nacional de Rosario.

(2) CSJN, 29/08/1986, “Bazterrica”, Fallos: 308:1392.

(3) NINO, CARLOS, *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, Astrea, 1989.

(4) UNGARI, PAOLO, “Prólogo”, en Calò, E., *Bioética, nuevos derechos y autonomía de la voluntad*, Bs. As., La Rocca, 2000.

(5) Art. 152 ter: “Las declaraciones judiciales de inhabilitación o incapacidad deberán fundarse en un examen de facultativos conformado por evaluaciones interdisciplinarias. No podrán

No pretendo hacer un análisis completo del concepto, tarea imposible en este tipo de trabajos desde que, como bien se ha señalado, cualquier reflexión sobre el concepto de autonomía y sus posibles contenidos desde la perspectiva jurídica, presenta grandes dificultades.⁽⁶⁾

Indico, simplemente, que el significado de este término, al menos en el modo en el que ha estado históricamente usado en nuestra tradición, metafóricamente, designa un cono de luz dentro del cual un sujeto, en un especial ámbito de su propia existencia, goza de poderes particulares. Desde esta perspectiva, la autonomía se presenta como plato de una balanza que cada sistema se esfuerza por mantener en equilibrio con el peso de la tutela de los intereses sobre-individuales.⁽⁷⁾

Desde esta perspectiva amplia, de algún modo, la autonomía se identifica con la libertad. Ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos que: "El concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana".⁽⁸⁾

2. La autonomía y la tendencia a la contractualización

La palabra "**contractualización**" traduce una tendencia que consiste en dar un lugar cada vez más grande a la autonomía negocial; se habla de contrato no en sentido estricto, sino amplio, o sea, como sinónimo de convención, pacto, acuerdo de voluntades susceptible de producir efectos jurídicos.⁽⁹⁾

Este movimiento cuenta con adherentes y oponentes.

extenderse por más de TRES (3) años y deberán especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible". Rescigno señala que en el Código Civil italiano de 1942, la palabra autonomía aparece una sola vez, en el art. 1322 (RESCIGNO, PIETRO, "La autonomia dei privati", en Perlingieri-Sesta, *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte Costituzionale*, Napoli, Scientifiche Italiane, 2007, vol. II, p. 411).

(6) TOMMASINI, RAFFAELE, *Autonomia privata e rimedi in trasformazione*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 1.

(7) BUSSANI, MAURO, *Libertà contrattuale e diritto europeo*, Torino, Utet, 2005, pp. 5/6.

(8) CORTE IDH, "Artavia Murillo vs. Costa Rica", 28/11/2012.

(9) ANDRINI, MARIA C., *L'autonomia privata dei coniugi tra status e contratto*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 2.

Quienes lo apoyan, señalan que dar efectos a la voluntad es el complemento necesario para el mejor desarrollo de los derechos individuales de las personas.

Quienes lo rechazan, alertan sobre el peligro que implicaría para la seguridad jurídica y los intereses superiores de la comunidad.⁽¹⁰⁾

3. La contractualización del derecho de familia.

Causas que la explican.

El proceso de constitucionalización del derecho de familia

El estudio de la incidencia de la autonomía de los sujetos en materia de derecho de familia “está de moda”; de alguna manera, parece ser el “tema estrella” de esta rama.⁽¹¹⁾ Guste o no, la tendencia a la contractualización de la familia es reconocida como un fenómeno evidente⁽¹²⁾ y es un tema recurrente en la doctrina actual. La bibliografía es muy extensa,⁽¹³⁾ pero siempre resulta necesario medir la efectividad de esa contractualización.⁽¹⁴⁾

Por “contractualización de la familia” se entiende el hecho de otorgar relevancia cada vez mayor a los acuerdos de voluntad **en la organización de las relaciones familiares**. La tendencia no se reduce, pues, a los convenios que contienen vínculos obligacionales cuyo objeto es susceptible

(10) Para los diferentes aspectos, ver CHASAGNARD-PINET, SANDRINE y HIEZ, DAVID (dirs.), *Approche critique de la contractualisation*, París, LGDJ, 2007.

(11) DE AMUNÁSTEGUI RODRIGUEZ, CRISTINA, *Libertad de pacto en el régimen de separación de bienes* en Rams Albesa, Joaquín y otros, *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia*, Madrid, Dykinson, 2009, p. 121. Hace varios años me referí a este tema en el artículo “Autorregulación de las relaciones patrimoniales del matrimonio”, en Vázquez, Humberto y Lloveras De Resk, María E. (dirs.), *Derecho Patrimonial de la Familia*, Córdoba, Alveroni, 2000, p. 137.

(12) DEKEUWER-DÉFOSSEZ, FRANÇOISE, “La contractualisation de la famille, entre leurre et instrumentalisation”, en Chasagnard-Pinet, Sandrine y Hiez, David (dirs.), *op. cit.*

(13) La bibliografía se cita a lo largo de este trabajo. En el derecho sucesorio, el tema no ha tenido tanto desarrollo, pero tampoco faltan importantes trabajos. Ver, entre otros, FERNÁNDEZ DEL MORAL DOMÍNGUEZ, LOURDES, *Autonomía privada y testamento en el derecho común. Contribución al estudio de las disposiciones testamentarias atípicas*, Granada, Comares, 1996; GRIMALDI, MICHEL, “Succession et contrat”, en Fenouillet, Dominique y Vareilles-Sommières, Pascal (dirs.), *La contractualisation de la famille*, París, Economica, 2001, p. 197; BONILINI, GIOVANNI, “Autonomia negoziale e diritto ereditario”, en Fuccillo, Guido (dir.), *Autonomia negoziale tra libertà e controlli*, Napoli, Scienfiche italiane, 2002, pp. 61/82; en la misma obra, DI MAURO, NICOLA, “Disposizioni testamentarie condizionate ed autonomia privata”, pp. 83/92.

(14) FENOUILLET, DOMINIQUE y VAREILLES-SOMMIÈRES, PASCAL, “Avant propos”, en Fenouillet Dominique y Vareilles-Sommières, Pascal (dirs.), *La contractualisation de la famille*, *op. cit.*

de tener valoración económica y que responden a un interés, aunque no sea económico del acreedor.⁽¹⁵⁾ Comprende, también otro tipo de acuerdos que no son susceptibles de tener valoración económica.

La terminología utilizada no es unívoca. Algunos prefieren no mencionar a la contractualización y se refieren al “poder de los cónyuges de regular autónomamente sus intereses recíprocos”,⁽¹⁶⁾ o a la “auto-regulación”;⁽¹⁷⁾ otros al **negocio de la vida familiar**, expresión suficientemente amplia para comprender una fenomenología de amplio espectro.⁽¹⁸⁾

No faltan quienes se refieren a la necesidad de estudiar los “protocolos familiares”, tan vinculados a la empresa familiar;⁽¹⁹⁾ justamente, en este ámbito, el derecho italiano ha dado un paso legislativo importante, con el llamado “pacto de familia” regulado por la ley 55 del 14 de febrero de 2006,⁽²⁰⁾ que vincula, precisamente, la autonomía con el derecho de familia y el sucesorio.

No se trata, en consecuencia, de volver al viejo debate de si el matrimonio es o no un contrato, y si se le aplican todas las normas contractuales, sino

(15) Los requisitos de la prestación que forma el objeto de la obligación, definidos por el art. 1174 del Código Civil italiano, son aceptados por la doctrina argentina. De allí la expresión del texto. Algunos autores italianos, en cambio, comienzan el desarrollo de la cuestión relativa a la contractualización del derecho de familia vinculándolo a este tema. Así por ejemplo, el capítulo primero de la obra de Franco Angeloni se titula “El problema de la patrimonialidad de la prestación objeto de la relación obligatoria; individualización de la categoría derechos subjetivos no patrimoniales y fundamento de la indisponibilidad de éstos (ANGELONI, FRANCO, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, Padova, Cedam, 1997).

(16) BARBALUCCA, VINCENZA y GALLUCCI, PATRIZIA, *L'autonomia negoziale dei coniugi nella crisi matrimoniale*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 1; AULETTA, TOMMASO, “Autonomia privata e comunione fra coniugi”, en *Contratto e mercato. Liber amicorum per Angelo Luminoso*, Milano, Giuffrè, 2013, T. I, p. 345.

(17) RUSCELLO, FRANCESCO, “Relazione introduttiva”, en Ruscello, Francesco (dir.), *Accordi sulla crisi della familia e autonomia coniugale*, Padova, Cedam, 2006.

(18) RAMS ALBESA, JOAQUÍN y OTROS, *op. cit.*; AMADIO, GIUSEPPE, “Autonomia privata e rapporti familiari”, en *Lecture sull'autonomia privata*, Padova, Cedam, 2005, pp. 173/190.

(19) SERRANO GÓMEZ, EDUARDO, “Los protocolos familiares”, en Rams Albesa, Joaquín y otros, *op. cit.*, Madrid, Dykinson, 2009, p. 331.

(20) Para esta regulación ver, entre otros, DE NOVA, GIORGIO y OTROS, *Il patto di famiglia*, Legge 14 de febrero de 2006, Ipsoa, 2006; MINERVINI, ENRICO (dir.), *Il patto di famiglia*, Milano, Giuffrè, 2006; MATERA, PIERLUIGI, *Il patto di famiglia. Un studio di diritto interno e comparato*, Torino, Giappichelli, 2012; OBERTO, GIACOMO, *Il patto di famiglia*, Padova, Cedam, 2006; TOMASELLI, SALVATORE, *Il patto di familia. Quale Strumento per la gestione del rapporto Famiglia-Impresa*, Milano, Giuffrè, 2006.

de si la autonomía, como expresión de la voluntad, impacta y cuánto en las relaciones que configuran “vida familiar”. Así, por ejemplo, se recuerda una ya vieja sentencia del tribunal de Liège, Francia, que al rechazar las defensas esgrimidas por el autor del ilícito contra la demanda interpuesta por la concubina adulterina de la víctima, dijo:

No puede dudarse del carácter ilícito del adulterio en las relaciones convencionales entre los esposos, pero el efecto relativo de las convenciones no le permite al autor del hecho, tercero, prevalerse de ese convenio; los terceros no tienen calidad alguna de la que se puedan prevaler de una culpa contractual cometida por uno de los esposos en perjuicio de su cónyuge; tal argumento solo puede ser esgrimido por el cónyuge.

Igual posición tuvo la Corte de Casación de Bélgica.⁽²¹⁾

Ahora bien, si la autonomía se vincula a la libertad, no cabe extrañarse respecto a que el fenómeno descrito en el número anterior se vincule inescindiblemente con el proceso de constitucionalización del derecho de familia.⁽²²⁾ En efecto, se ha sostenido que el presupuesto del paso de la concepción de la familia **institucionalizada** a la **constitucionalizada** es la negociabilidad en el ámbito de la familia.⁽²³⁾ Los autores italianos enseñan que mientras en la época fascista el Estado totalitario había invadido la esfera propia de la autonomía de la familia, el ordenamiento democrático, inspirado en la pluralidad, debía prever amplios márgenes de libertad individual entre los que eligieron dar nacimiento a una familia.⁽²⁴⁾ La familia no destruye a la persona. Cada cónyuge conserva sus libertades personales, como la libre expresión, la libertad religiosa, el derecho a la intimidad, el derecho a desarrollar la propia actividad laboral, etc. Consecuentemente, **el derecho de familia cede lugar al derecho a la vida familiar.**

(21) Ambos casos citados por LÉCUYER, HERVÉ, *Mariage et contrat*, en Fenouillet, Dominique y Vareilles-Sommières, Pascal (dir.), *La contractualisation de la famille*, París, Económica, 2001, p. 64.

(22) GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS; FAMÁ, MARÍA V. y HERRERA, MARISA, *Derecho Constitucional de Familia*, Bs. As., Ediar, 2012, T. I, p. 40.

(23) BARBALUCCA, VINCENZA y GALLUCCI, PATRIZIA, *op. cit.*, p. 3; STANZIONE, PASQUALE y AUTORINO, GABRIELLA, “Autonomia privata ed accordi coniugali”, en Ruscello, Francesco, *Relazione introduttiva*, en Ruscello, Francesco (dir.), *Accordi sulla crisi della famiglia e autonomia coniugale*, Padova, Cedam, 2006, p. 17.

(24) FRANCO, LUIGI, *Autonomia della famiglia e identità personale. Tra sovranità interna e sussidiarietà performativa europea*, Napoli, Scientifiche Italiane, 2012, p. 9.

En ese proceso constitucional, la autonomía negocial de los cónyuges viene confiada a un régimen consensual permanente, en el cual el acuerdo de los cónyuges condiciona, sea la constitución, sea la conservación de la relación consorcial, no en una idea de mera colegialidad, sino de respeto al valor “individualidad”. En este contexto, el matrimonio (entendido como acto) representa el primer y significativo momento de afirmación de la libertad y de la toma de conciencia del consentimiento en el ámbito familiar. El consenso, entonces, no es solo el elemento esencial del negocio matrimonial sino, aun antes y fundamentalmente, constituye el principal hilo conductor al cual se confía el entero estatuto normativo; de allí que el acuerdo haya devenido el instrumento privilegiado de la disciplina de las relaciones familiares.⁽²⁵⁾

Por eso, los autores italianos que afirman que los principios de igualdad y proporcionalidad son básicos en el derecho matrimonial, destacan que “la familia diseñada por el Código Civil de 1942 es una familia que nació vieja, porque ya estaba modificada en su estructura, en los principios, en los valores y en las opciones ideológicas, desde que con la caída del fascismo se afirmaron y normativizaron los valores inaugurados por la nueva república constitucional”.⁽²⁶⁾

4. Consecuencias del proceso de constitucionalización

Como es sabido, la autonomía privada está sometida a los principios que emanan de la Constitución.⁽²⁷⁾

De allí que, en todo caso, dentro o fuera del ámbito familiar, toda vez que se menciona la protección constitucional de la autonomía negocial se hace referencia a los derechos de los que se puede disponer.⁽²⁸⁾

Ahora bien, en materia de disponibilidad de derechos fundamentales⁽²⁹⁾ y derechos de la personalidad⁽³⁰⁾ también ha habido una gran evolución.

(25) BARBALUCCA, VINCENZA y GALLUCCI, PATRIZIA, *op. cit.*, pp. 5/6.

(26) RUSCELLO, FRANCESCO, *I rapporti personali fra coniugi*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 9.

(27) CRISCUOLO, FABRIZIO, *L'autodisciplina. Autonomia privata e sistema delle fonti*, Napoli, Scientifiche italiane, 2000.

(28) GRONDONA, MAURO, *Diritto dispositivo contrattuale. Funzioni, usi, problemi*, Torino, Giappichelli, 2011.

(29) MANTELLO, MARCO, *Autonomia dei privati e principio de non discriminazione*, Napoli, Scientifiche italiane, 2008; FARRELL, MARTÍN D., *Privacidad, autonomía y tolerancia. Ruidos disonantes en ética*, Bs. As., Hammurabi, 2000.

(30) Para el tema, RESTA, GIORGIO, *Autonomia privata e Diritti della personalità*, Napoli, Jovene, 2005; D'ARRIGO, COSIMO, *Autonomia privata e integrità física*, Milano, Giuffrè, 1999;

Para algunos, en este ámbito, la **patrimonialización de la persona** es un hecho consolidado y difícilmente reversible.⁽³¹⁾ La expresión (“patrimonialización de la persona”) se atribuye a Josserand, en su recordado artículo “*La personne humaine dans le commerce juridique*” (Dalloz 1932, chr. 1 L.), en el que expresa:

Entre le patrimoine et la personne humaine, envisagée sous ses différents aspects et ses multiples attributs, des points de contact s'établissent, de plus en plus nombreux; ces deux concepts antithétiques voisinent volontiers, et dans ces fréquentations, la personne humaine laisse à chaque fois, un peu de son intégrité et de son intangibilité, sans pénétrer tout à fait dans le commerce juridique, elle voit s'atténuer le splendide isolement où l'avait placée une longue évolution; descendue du piédestal où l'avait hissés la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et le code civil de 1804, elle devient volontiers matière à transactions, à abandons, à réparations, à combinaisons; parfois, elle est traitée comme une valeur économique et juridique, voire comme un colis; elle se hausse- ou elle s'abaisse, au niveau d'une chose; elle se commercialise, elle se patrimonialise, nous serions tentés d'écrire qu'elle s'américanise.

También se habla de “*commodification*” de la personalidad (de *commodity*, mercaderías), por lo que la traducción podría ser “mercantilización de la persona”.

No corresponde a un trabajo de esta índole profundizar en este aspecto, pero sí verificar los contactos entre la voluntad en el ejercicio de derechos individuales de la persona y las relaciones familiares.

Dos sentencias argentinas pueden servir de ejemplo.

En una de ellas, el Tribunal dijo: “Dado su firme y profundo deseo de no mantener contacto con su hija y sus nietas, y tratarse la Sra. M. D. de una persona que cuenta con la libertad de tomar sus propias decisiones, la re-vinculación forzada resultaría imprudente en estos momentos pues, dada su avanzada edad, podría acarrearle perjuicios a su salud moral y física, al

PICIOCCHI, CINZIA, *La libertà terapeutica come diritto culturale*, Padova, Cedam, 2006; LÓPEZ AGUILAR, JUAN FERNANDO, *Derechos fundamentales y libertad negocial*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1990.

(31) Para el tema, RESTA, GIORGIO, *op. cit.*, p. XV.

perjudicarla emocionalmente".⁽³²⁾ La actora pretendía el inicio de un proceso de revinculación tendiente a recomponer la relación con su madre; no se refería únicamente a ver periódicamente a la madre anciana, sino a "tratarla y mantener con ella relaciones afectuosas, cultivando una recíproca y sincera comunicación". El tribunal entendió que "la voluntad de la Sra. M. D. de no mantener por el momento contacto alguno con su hija y con sus nietos debía ser respetado, en tanto cae bajo la órbita de su autonomía, enmarcada con la libertad de tomar sus propias decisiones con respecto a su vida afectiva y a sus relaciones interpersonales". En el caso, la Sra. M. D. estaba sometida a un proceso de declaración de incapacidad (iniciado por su hija) en el que se le había designado un curador provisorio y no existía aún sentencia.

En la otra sentencia⁽³³⁾ se decidió que "aún resuelta la procedencia de la acción de impugnación del reconocimiento de paternidad, corresponde hacer lugar a la petición de uno de los menores oportunamente reconocidos, en el sentido de conservar el apellido de quien había efectuado el reconocimiento ahora impugnado, por ser así conocido en toda su vida de relación, circunstancia que justifica que lo mantenga". Como se advierte, un elemento indisponible, como es el nombre, aparece aquí dominado por la voluntad de conservarlo, fundado en un derecho fundamental, cual es la identidad dinámica.

Aun con las restricciones tradicionales a la disponibilidad de los derechos, la actual expansión de la autonomía privada en un ámbito que la tradición reservó al legislador se inscribe en un cuadro en el que sobresale un matrimonio: a) fundado en los principios de igualdad y solidaridad; b) en el que declina el principio de indisolubilidad.⁽³⁴⁾

Estos dos puntos básicos responden a las transformaciones sociales y culturales maduradas en los años 60. La familia deja de concebirse como una institución jerárquica en cuya cumbre está solo el padre para decidir la organización y funcionamiento del grupo. Por el contrario, cada integrante es un sujeto de derecho y la familia se organiza en forma de red.

(32) CNAC. APEL. CIV. Sala J, 28/06/2011, *elDial.com* - AA6D98, publicado el 19/08/2011.

(33) CFLIA. 1ª NOM. CÓRDOBA, 08/06/2012, en *Rev. de Derecho de Familia*, 2013-I-139, con nota de MARTINI, ORIANA, "¿Quién eres? ¿Una cuestión de nombre o identidad?".

(34) DI GREGORIO, VALENTINA, *Programmazione dei rapporti familiari e libertà di contrarre*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 3.

La familia es el instrumento ofrecido a cada uno de los integrantes para el desarrollo de su personalidad. El matrimonio no es una fusión sino una unión.

Por otro lado, la solidaridad reemplaza a la autoridad.

La expresión "solidaridad" es polisémica. En el derecho de las obligaciones implica la idea de una participación de más de un sujeto en el vínculo jurídico. En el ámbito del derecho público, hay un derecho social que implica estructurar un vínculo jurídico colectivo; en el de las asociaciones sin ámbito de lucro, la solidaridad se vincula a la prestación de bienes o servicios a asociados o terceros. Hay deberes inderogables de solidaridad política, económica y social en conexión al reconocimiento de los derechos inviolables del hombre, etc. La solidaridad tampoco es ajena al contrato, en tanto el acuerdo no se entiende hoy como un simple conflicto de posiciones sino como realizador de tareas de colaboración.⁽³⁵⁾

La solidaridad puede llegar a ser un límite a la autonomía en el ámbito familiar; así debe interpretarse la existencia de un régimen primario, o conjunto de disposiciones que rigen cualquiera sea el sistema patrimonial elegido. Este complejo de normas primarias pone el elemento solidaridad especialmente en el régimen de separación de bienes,⁽³⁶⁾ menos propenso a la ayuda mutua que el de comunidad. Ejemplos claros son los arts. 215 y ss. del Código Civil francés, y 454 y ss. del Proyecto de Código Civil y Comercial argentino,⁽³⁷⁾ que prevén, entre otras disposiciones, que para la venta del inmueble donde reside el hogar conyugal se requiere, bajo pena de nulidad, el asentimiento del otro cónyuge, aunque el bien sea propio de uno solo. Se advierte, entonces, que un acto jurídico familiar (el matrimonio) determina, indirectamente, las condiciones de validez de otra convención (la compraventa).⁽³⁸⁾

(35) MANTELLO, MARCO, *op. cit.*; GAUTHIER, DAVID, *La moral por acuerdo*, trad. Alcira Bixio, Madrid, Gedisa, 2000, p. 158 y ss., Cap. V (Cooperación, negociación y justicia).

(36) DE AMUNÁSTEGUI RODRÍGUEZ, CRISTINA, *op. cit.*, p. 118 y ss.

(37) La norma se incluye en una sección que lleva por título "Disposiciones comunes a todos los regímenes", art. 454: "Aplicación. Inderogabilidad. Las disposiciones de esta Sección se aplican, cualquiera sea el régimen matrimonial, y excepto que se disponga otra cosa en las normas referentes a un régimen específico...".

(38) CHARBONNEL, LIONEL, *La hiérarchie des normes conventionnelles*, n° 223, Clermont-Ferrand, Fondation Varenne, 2012, p. 127.

En este contexto de igualdad y solidaridad, es necesario encontrar un instrumento suficientemente dúctil para permitir a cada sujeto expresarse y encontrar una solución, que por ser consensuada, sea más estable (o, al menos, se presume que lo será). Para que esto ocurra, hay que favorecer la negociación permanente unida a una ética de la discusión.

En este sentido, se ha dicho:

La multiplicación de los intereses a tener en consideración, la descentralización del centro de las decisiones, el pluralismo de las familias, la declinación de la familia jerárquica en beneficio de una familia en redes, el ascenso fulgurante de las libertades individuales, todo contribuye a promover el uso del contrato como instrumento de regulación.⁽³⁹⁾

En definitiva, la renuncia del legislador a definir un modelo familiar y la libertad creciente dejada a la voluntad de los integrantes de la pareja para determinar sus propias orientaciones han multiplicado las hipótesis de acuerdos expresados bajo la forma de una convención, no solo al momento de la separación, sino también durante la vida familiar.⁽⁴⁰⁾

Un autor ha agregado otra razón:

En un país en el que las hipotecas se piden a cuarenta años, lapso de tiempo en el que se pueden contraer sucesivos matrimonios, es esencial el pacto como modelo de eficacia en el cumplimiento de las obligaciones que incumban a los cónyuges, fuera de decisiones judiciales, en muchos casos imposibles de seguir, con independencia de que la labor del juez esté presidida por la tutela de los intereses de las madres y los hijos que quedan a su cargo.⁽⁴¹⁾

Sea cual sea la razón, esta contractualización no debe asombrar. Adviértase que la tendencia llegó, incluso, al derecho penal.⁽⁴²⁾

(39) MEKKI, MUSTAPHA, "L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé", n° 1136, París, LGDJ, 2004, p. 691. El tema se aborda hasta el n° 1149, p. 706.

(40) Introducción de los directores a la obra de CHASAGNARD-PINET, SANDRINE y HIEZ, DAVID, *op. cit.*

(41) DE AMUNÁSTEGUI RODRÍGUEZ, CRISTINA, *op. cit.*, p. 132. La autora cita en apoyo de su afirmación a Carrasco Perera.

(42) LEVENEUR, LAURENT, *Introduction*, en Fenouillet, Dominique y Vareilles-Sommières, Pascal (dirs.), *op. cit.*, p. 1. Para una visión crítica de la cuestión en el derecho penal, ver DE LAMY,

Tampoco debe impresionar la resistencia extrema que este movimiento ha provocado. Así, se recuerda que cuando Francia sancionó la ley que reguló el PACS, desde el gobierno se intentó persuadir que este contrato no interfería en el derecho de familia. En este sentido, el diputado informante del proyecto afirmó que “el PACS no tiene ningún vínculo con la familia”. La doctrina recuerda esta anécdota como si se hubiese dicho a los estudiosos del derecho de familia: “Ud. que está interesado en el derecho de la familia, circule, no tiene nada para ver, desde que el PACS no interfiere en nada con la familia ni cambia nada en la materia”.⁽⁴³⁾

Obviamente, la cuestión es qué se entiende por familia y lazos familiares, concepto absolutamente variable con los tiempos y las culturas. Recuérdese que la palabra “familia”, que deriva del latín, significa en sus orígenes, “conjunto de servidores de un mismo individuo”. ¿Qué queda de aquel concepto?

De cualquier modo, cabe reconocer que la situación de la familia es problemática; la familia está sometida a tensiones internas y presiones externas y, consecuentemente, está constreñida a un proceso continuo de ajustes, redefiniciones y estrategias.⁽⁴⁴⁾

5. Internacionalización del derecho de familia a la luz de los tratados de derechos humanos

En la Argentina, la constitucionalización implica internacionalización, desde que los tratados de derechos humanos integran el bloque de constitucionalidad.

Esta expansión recuerda la irónica frase de un profesor francés: “Decididamente, en el derecho de familia, las desgracias no vienen solas: después del PACS; los derechos humanos, pintados con los colores de Europa, provocando un verdadero terremoto”.⁽⁴⁵⁾ Con análogo ingenio se afirma:

En el cuerpo del derecho nacional se introdujo un cuerpo de derecho que proviene del exterior. No se trata de un conjunto de normas determinado, sino de un cuerpo viviente que continúa

BERTRAND, *Procédure et procédés; propos critique sur la contractualisation de la procédure pénale*, en Chasagnard-Pinet, Sandrine y Hiez, David (dirs.), *op. cit.*

(43) LEVENEUR, LAURENT, *op. cit.*, p. 2.

(44) MANISCALCO, MARÍA L., “Osservazioni sociologiche sulla morfogenesi familiare”, en Torino, Raffaele (dir.), *I rapporti familiari tra autonomia e responsabilità*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 3.

(45) MARGUÉNAUD, JEAN PIERRE, “Aperçu comparatif: les droits de l’homme”, en Fouillet Dominique y Vareilles-Sommières, Pascal (dirs.), *op. cit.*, p. 231.

produciendo derecho. Los intransigentes de la soberanía nacional lo presentan a través de la terrible imagen de la mujer que se dejó seducir —sin haber sido violada— y, sin comprender bien lo sucedido, se horroriza al sentir como vive y crece dentro de ella un niño que considera extraño.⁽⁴⁶⁾

6. La restricción de la autonomía en la contratación patrimonial, especialmente con consumidores, y la ampliación de esa autonomía en el derecho de familia

Uno de los aspectos más importantes del derecho del consumo es haber generado restricciones a la libre voluntad de los contratantes a través de la ampliación de normas indisponibles.

Cabe preguntarse si este fenómeno no resulta contradictorio con el que se viene describiendo respecto al derecho de familia.

Si la cuestión se analiza desde la constitucionalización del derecho privado, se verá que no es contradictorio. Explico por qué:

La autonomía implica **igualdad, flexibilidad, adaptabilidad**.

Cuando se cree que estas tres calidades existen en el mercado, se respeta la autonomía negocial; así, dice Adam Smith en su conocida obra *La riqueza de las naciones*, tomando como presupuesto el mercado perfecto, o sea, el competitivo:

Al desechar por completo todos los sistemas de restricción, el evidente y sencillo sistema de libertad natural establece su propio acuerdo. Cada hombre, mientras no viole las leyes de la justicia, queda perfectamente libre de perseguir su propio interés a su manera, y de hacer competir su industria y su capital con lo de cualquier otro hombre (...). Frecuentemente, al perseguir su propio interés, el individuo promueve el interés de la sociedad con más eficacia que cuando realmente intenta promoverlo.⁽⁴⁷⁾

De allí que la moral tiene su origen en el fracaso del mercado; el mercado perfecto, si fuera posible, constituiría una zona moralmente libre, una zona en la cual no habría lugar para las restricciones morales.

(46) CARBONNIER, JEAN. *Droit et passion du droit sous la V^{ème} République*, Paris, Flammarion, 1996, Collection Forum 2, p. 36.

(47) Recordado por GAUTHIER, DAVID, *op. cit.*, p. 120.

Hoy se es consciente que en el mercado hay débiles y poderosos (consumidores y empresas) que impiden toda flexibilidad (los monopolios y oligopolios implican estructuras rígidas) y nada de adaptabilidad a las necesidades de los más vulnerables. Por eso, ha sido necesaria la intervención del Estado para que la igualdad contractual sea real.

En el derecho de familia, la evolución ha sido inversa: se partió de la familia jerárquica, sin igualdad, con una sola cabeza que decide y administra. Un autor como Trabucchi sostenía que "si la familia tiene razón de ser, no puede, sin grave contradicción, dar vuelta el orden de su composición, que ve al vértice una cabeza del poder parangonable al ejercicio de una soberanía".⁽⁴⁸⁾ Por eso, no había entrada a la autonomía negocial. Recuerde que todavía el 8 de julio de 1955, la Corte de Casación italiana decía:

En el sistema jurídico italiano, el marido, aun teniendo una posición de preeminencia respecto de la esposa, debe respetar su personalidad y, por lo tanto, la facultad que ella tiene a ejercer su propia profesión **siempre que tal facultad sea compatible con los múltiples deberes impuestos a la mujer por el estado conyugal y por la finalidad del matrimonio**. Por lo tanto, **no** comete abuso en el ejercicio de la potestad marital el marido que, en su calidad de jefe de la familia y para el buen funcionamiento del grupo del cual él es directamente responsable, exige a la esposa el sacrificio de la actividad profesional por ella ejercitado que contrasta con los deberes impuestos por la sociedad conyugal.⁽⁴⁹⁾

Hoy, la noción ha cambiado; la familia no es jerarquizada, sino con vínculos de red; la igualdad de los cónyuges es parte de una gran batalla ganada, al menos formalmente y, por eso, la autonomía permite manejar con flexibilidad, adaptándose a los distintos tipos familiares.

Dicho de otro modo, solo en igualdad hay voluntad real y paritaria para convenir.⁽⁵⁰⁾ Por eso, mientras en el derecho patrimonial de los consumidores la

(48) TRABUCCI, "Patria potestà e intervento del giudice", en *Riv. Dir. Civile*, 1961, p. 223, recordado por RUSCELLO, FRANCESCO, "Relazione introduttiva", *op. cit.*, p. 3.

(49) Citado por RUSCELLO, FRANCESCO, *op. cit.*, pp. 13/14.

(50) Algunos autores manifiestan reserva a esa igualdad porque, en su opinión, el movimiento de contractualización implica la abolición no solo de las diferencias entre personas (hombres y mujeres, jóvenes y viejos, nacionales y extranjeros), sino entre las cosas, y entre personas y cosas, de modo tal que se desmantela el estado de las personas,

tendencia es a restringir la autonomía, en el derecho de familia los vientos corren en sentido contrario.⁽⁵¹⁾

7. La autonomía. El derecho a casarse y no casarse

La primera expresión de la autonomía en la conformación de una familia reside en optar por constituirla sobre la base del matrimonio o fuera de él.

Está claro que la familia tradicional, estática, casi inmutable, dio paso a una noción más dinámica y cambiante, mucho menos estable y plural.⁽⁵²⁾ Ha habido, pues, un pasaje de la familia (modelo único, tipo) a las familias. Se trata de una evolución inevitable con el cambio de las costumbres,⁽⁵³⁾ aunque hay que reconocer que “las nuevas organizaciones no son nuevas; nuevo es el registro de lo que existía omitido, silenciado o negado”.⁽⁵⁴⁾

Regular las formas familiares no matrimoniales en la Argentina, en el año 2014, no ha sido fácil, dada la gran variedad que presentan; pero la dificultad no justifica la omisión, de allí que las uniones convivenciales se regulen en los arts. 509/528.⁽⁵⁵⁾

etc. (Ver SUPIOT, ALAIN, “*Les deux visages de la contractualisation: déconstruction du Droit e renaissance féodale*”, en Chasagnard-Pinet, Sandrine y Hiez, David (dirs.), *op. cit.*, p. 19 y ss).

(51) Compulsar ALPA, GUIDO, “*Le ‘autonomie contrattuali’ tra mercato e persona*”, en Alpa, G. y Ropo, Vincenzo (dirs.), *La vocazione civile del giurista. Saggi dedicati a Stefano Rodotà*, Roma, Laterza, 2013, p. 204.

(52) ARANA DE LA FUENTE, ISABEL, “*Concepto y función social del matrimonio. Los sistemas matrimoniales*”, en Díez Picazo Giménez, Gema (coord.), *Derecho de Familia*, Thomson Reuters-Civitas, Pamplona, 2012, p. 167.

(53) CAVALIERE, BIANCAMARIA, *Diritto delle famiglie. Percorsi di giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2003; QUADRATO, MARIA E., *Il ruolo dei genitori. Dalla “potestà” ai “compiti”*, Cacucci, Bari, 1999, p. 10; CARR, KEIVA, “*Famiglia e famigle. Circolazione delle persone e profili di armonizzazione: l’esperienza irlandese*”, en Amram, D., y D’Ángelo, A. (dir.), *La famiglia e il diritto fra diversità nazionali ed iniziative dell’Unione Europea*, Cedam, Padova, 2011, p. 69; CECCHERINI, GRAZIA y GREMEGNI FRANCIANI, LORENZO, *Famiglie in crisi e autonomia privata*, Padova, Cedam, 2013, especialmente pp. 2/95.

(54) GIBERTI, EVA, “*La diversidad en las organizaciones familiares. ¿Cómo se conjuga con la bioética?*”, en *Rev. Derecho de Familia*, n° 55, julio de 2012, p. 159.

(55) Para una explicación del articulado, ver PELLEGRINI, MARIA V., “*Las uniones convivenciales en el anteproyecto de Código civil*”, en JA 2012-II-1255 y ss.; KRASNOW, ADRIANA, “*Las uniones convivenciales*”, en Rivera, Julio C (dir.) y Medina, Graciela (coord.), *Comentarios al Proyecto*

Esta normativa responde a los puntos de partida que se tratan a continuación.

Existe un derecho a no contraer matrimonio; o sea, al lado de la libertad positiva (casarse) se ubica la libertad negativa, de manera que contraer matrimonio no es un deber u obligación. La libertad matrimonial exige que ninguna persona deba asumir el estado civil de casado ni las radicales consecuencias jurídicas, personales y patrimoniales que este conlleva contra su voluntad. En otras palabras, "el ordenamiento no puede imponer a los particulares la celebración de un matrimonio, del mismo modo que no puede prohibirlo".⁽⁵⁶⁾

Sin embargo, el derecho a vivir en pareja sin contraer matrimonio no implica que esas uniones no configuren "vida familiar" y no tengan efecto jurídico alguno. Resulta contradictorio que los integrantes de una pareja exijan solidaridad al Estado (en el régimen de la seguridad social, al pretender cobertura por pensiones, por ejemplo) y a los demás (al reclamar legitimación para ser sucesores en los vínculos contractuales locativos) pero, al mismo tiempo, pretendan vivir sin ningún tipo de responsabilidad interna.

Dado que hay un derecho a la vida familiar y a no casarse, el legislador no puede aplicar a la unión convivencial todos los efectos del matrimonio porque esa solución implica eliminar la opción, la autonomía, la elección de no casarse, ya que de una u otra manera se aplicarían los mismos efectos.

Por lo tanto, y conforme a su propia realidad, el legislador debe decidir qué efectos corresponde aplicar y cuáles no. El Código Civil y Comercial consideró que para respetar la autonomía (libertad) y también la solidaridad y responsabilidad familiar, **independientemente de los pactos que los integrantes puedan celebrar**, se debe regular el deber de asistencia, la protección de la vivienda familiar y el régimen de las compensaciones económicas.

de *Código Civil y Comercial de la Nación*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2012, p. 371 y ss.; SOLARI, NÉSTOR, "Las uniones convivenciales en el Proyecto", en *Rev. Derecho de Familia y de las personas*, año 4, n° 6, julio de 2012, p. 98 y ss.

(56) GUTIÉRREZ DEL MORAL, MARÍA JESÚS, "El derecho a no contraer matrimonio", en *AAVV, Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el derecho comparado, Actas del IX Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2000, p. 516.

8. La autonomía no es absoluta.

Sus límites: la razonabilidad, la lucha contra el abuso, el fraude, la simulación y los matrimonios forzados

8.1. La razonabilidad. La autonomía y las restricciones temporales para solicitar el divorcio

La autonomía de la que se habla está limitada por la razonabilidad.⁽⁵⁷⁾

La razonabilidad es un criterio cada vez más utilizado por las cortes constitucionales, los tribunales de legalidad y el legislador, comunitario, regional y nacional.

Según una autora, se trata de un "parámetro sin parámetro".⁽⁵⁸⁾ Para vencer esa falta, es imprescindible profundizar en la argumentación.

En el ámbito de derecho de familia, uno se podría preguntar si es razonable limitar la autonomía de modo que se tenga por no escrita la cláusula por la cual los cónyuges renuncian a pedir el divorcio, o se comprometen a mayores deberes que los establecidos por el legislador.⁽⁵⁹⁾ Un autor argentino entiende que "el Proyecto de Código Civil y Comercial está contaminado de una especie de dogmatismo laicista, tan perjudicial como el religioso al no aceptar la opción del *covenant marriage* (matrimonio blindado o matrimonio alianza)⁽⁶⁰⁾ por el cual los cónyuges aceptan una relación vitalicia que impone mayores obligaciones".⁽⁶¹⁾

(57) GIORGINI, ERIKA, *Ragionevolezza e autonomia negoziale*, Napoli, Scientifiche italiane, 2010; RAMPARANY-RAVOLOLOMIARANA, HOBINAVALONA, *Le raisonnable en droit des contrats*, Paris, LGDJ.

(58) GIORGINI, ERIKA, *op. cit.*, p. 11.

(59) El art. 436 del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Argentina de 2012 dispone: "Es nula la renuncia de cualquiera de los cónyuges a la facultad de pedir el divorcio; el pacto o cláusula que restrinja la facultad de solicitarlo se tiene por no escrito".

(60) Una descripción de este tipo de matrimonio puede leerse en ARANA DE LA FUENTE, ISABEL, *op. cit.*, p.198 y ss.

(61) RIVERA, JULIO CÉSAR, "La proyectada recodificación del derecho de familia", en *Rev. de Derecho de Familia y de las personas*, año 4, n° 6, julio de 2012, p. 8. Se suma a esta crítica, MARRAMA, SILVIA, "Una sugerencia acerca de la Reforma del Código Civil", en ED 247-631 (la autora insiste en la inconstitucionalidad de los artículos que prohíben el pacto de indisolubilidad matrimonial). En la misma posición, CHIESA, PEDRO, *El derecho a la protección constitucional de las opciones matrimoniales definitivas*. Una síntesis de la tesis se encuentra en ED 247-658.

En mi opinión, rechazar legalmente el llamado *covenant marriage* no vulnera el principio de razonabilidad o proporcionalidad por las siguientes razones:

- a. La irrenunciabilidad del derecho a pedir el divorcio es la solución mayoritaria en el derecho comparado occidental; excepto algunos Estados conservadores de los EEUU, muy religiosos, el resto se inclina por la nulidad de la renuncia.⁽⁶²⁾
- b. Las razones de esta tendencia están claramente explicadas por la doctrina; un régimen que atribuya a los cónyuges la facultad de convertir un matrimonio civil en un matrimonio que recoge las pautas del matrimonio religioso está en abierta contradicción: i) con la necesaria laicidad del Estado, al dotar de coercitividad civil a normas confesionales; ii) con el principio de igualdad ante la ley (pues los efectos del matrimonio serían diferentes para unos y otros habitantes según sus diferentes creencias religiosas).⁽⁶³⁾
- c. No sorprende, pues, que esta sea la solución tradicional del derecho argentino. En efecto, el art. 199 del Código disponía: "No pueden renunciarse en las convenciones matrimoniales la facultad de pedir el divorcio al juez competente". La fórmula fue mejorada en el art. 230 conforme redacción impuesta por la ley 23.515 de 1987: "Es nula toda renuncia de cualquiera de los cónyuges a la facultad de pedir la separación personal o el divorcio vincular al juez competente, así como también toda cláusula o pacto que restrinja o amplíe las causas que dan derecho a solicitarlos". La Corte Federal declaró constitucional esta norma el 5 de febrero 1998,⁽⁶⁴⁾ en un caso en el que el oficial del registro del estado civil y capacidad de las personas se negó a dejar constancia peticionada por los contrayentes en el sentido que ellos renunciaban anticipadamente a la facultad de solicitar el divorcio.
- d. La respuesta coincide con el resto del sistema; así, por ejemplo, el art. 531, inc. 4 del Código Civil redactado por Vélez declara condición especialmente prohibida de los actos jurídicos, la imposición de casarse o no casarse, separarse, divorciarse, etc.
- e. Nadie está obligado a divorciarse; mientras ambos cónyuges permanezcan en sus propias convicciones, seguirán unidos; lo que uno solo no puede hacer, es prevalerse de una renuncia anticipada para obligar al otro a que permanezca atado cuando el proyecto de vida en común ha fracasado.

(62) Ver Prólogo de mi autoría al libro coordinado por ACEDO PENCO, ÁNGEL y PÉREZ GALLARDO, LEONARDO, *El divorcio en el derecho iberoamericano*, Madrid, Ed. Reus y Asociadas, 2009, p. 16.

(63) Ver, aunque para otra situación, LLAMAZARES FERNÁNDEZ, DIONISIO, "Libertad de conciencia y matrimonio", en AAVV, *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el derecho comparado*, Actas del IX Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2000, p. 61.

(64) Ver en ED, 176-431, con nota desaprobatoria de BOSCA, ROBERTO, "Una oportunidad perdida". Votó en disidencia el Dr. Boggiano.

- f. Si la crítica a la reforma apunta a dar validez a las cláusulas por las cuales las partes pactan que se obligan a convivir, a ser fieles, etc. el resultado no difiere. En efecto, la validez de estas cláusulas implicaría abrir las acciones de daños frente al incumplimiento de lo convenido, en clara contradicción con los derechos constitucionales en los cuales el proyecto se funda, entre otros, el derecho a la vida íntima.

Por otro lado, cabe señalar que el sistema argentino pone límites sustanciales y temporales a la autonomía privada para peticionar el divorcio.

Así, el divorcio unilateral es siempre con expresión de causa; o sea, nadie puede solicitar el divorcio sin expresar la razón, aun cuando se trate de causales objetivas, como la separación de hecho y la enfermedad mental de uno de los cónyuges.⁽⁶⁵⁾

Además, si es consensuada, los cónyuges no pueden solicitar la separación antes de los dos años, ni el divorcio antes de los tres, contados a partir de la celebración del matrimonio. Si se fundan en la separación de hecho, esos plazos se computan desde esa separación.

Una jurisprudencia cada vez más reiterada, con apoyo doctrinal, declara la inconstitucionalidad de estos plazos por irrazonabilidad de la norma.⁽⁶⁶⁾ En efecto, si el divorcio es unilateral, y en consecuencia, se obliga a la persona a correr el velo de su intimidad, el legislador no exige plazo alguno. En cambio, si es consensuado, si ambas partes de común acuerdo entienden que el proyecto de vida se ha frustrado, se exige que haya transcurrido un plazo.

(65) El art. 235, según redacción impuesta por la ley 23.515 dispone: "En los juicios contenciosos de separación personal y de divorcio vincular la sentencia contendrá la causal en que se funda. El juez declarará la culpabilidad de uno o de ambos cónyuges, excepto en los casos previstos en los arts. 203, 204, primer párrafo y en el inc. 2 del art. 214".

(66) Ver, entre otras decisiones, CApel. Civ. y Com. Mar del Plata, Sala 3ª, 23/04/2013, en elDial.com - AA7E56; entre los autores, SÁNCHEZ, ALMA y JIMÉNEZ HERRERO, MERCEDES, "La autonomía de la voluntad en el derecho de familia. Reflexiones a propósito del art 215 CC. Una visión constitucional", en *Rev. Derecho de familia* 2013-1; DUPRAT, CAROLINA, "El respeto de la autonomía de la voluntad en la disolución del vínculo conyugal. La necesidad de una reforma en materia de divorcio", en AAVV, *El derecho de familia en Latinoamérica*, Córdoba, Nuevo Enfoque Jurídico, p. 787 y ss.; de la misma autora, consultar también "El reconocimiento de la autonomía de la voluntad en el divorcio por la causal objetiva en la legislación de Costa Rica", en *Rev. de Derecho de Familia* 2013-IV-254; SOLARI, NÉSTOR, "El deber de fidelidad en la separación de hecho y el plazo de espera conyugal", en *LL Patagonia* 2007, p. 778; ARIANNA, CARLOS ALBERTO, *Autonomía y orden público en el régimen matrimonial*, RDF 1999-15-185; GIROTTI, SOFÍA V., "Una mirada renovada sobre el requerimiento temporal del art. 215", en *CC Rev. Derecho de Familia*, n° 15, p. 185.

El Código Civil y Comercial innova profundamente. Desaparece el divorcio con expresión de causa; el divorcio se puede solicitar unilateral o bilateralmente; en ambos casos, las causas no se expresan; además, no requiere plazo alguno. En cambio, como contrapartida, fuerza a los acuerdos, con control judicial.

En efecto, el art. 438 del Código Civil y Comercial dispone:

Toda petición de divorcio debe ser acompañada de una propuesta que regule los efectos derivados de este; la omisión de la propuesta impide dar trámite a la petición.

Si el divorcio es peticionado por uno solo de los cónyuges, el otro puede ofrecer una propuesta reguladora distinta.

Al momento de formular las propuestas, las partes deben acompañar los elementos en que se fundan; el juez puede ordenar, de oficio o a petición de las partes, que se incorporen otros que se estiman pertinentes. Las propuestas deben ser evaluadas por el juez, debiendo convocar a los cónyuges a una audiencia.

En ningún caso el desacuerdo en el convenio suspende el dictado de la sentencia de divorcio.

Si existe desacuerdo sobre los efectos del divorcio, o si el convenio regulador perjudica de modo manifiesto los intereses de los integrantes del grupo familiar, las cuestiones pendientes deben ser resueltas por el juez de conformidad con el procedimiento previsto en la ley local.

8.2. La lucha contra el abuso para evitar los desequilibrios⁽⁶⁷⁾

La lucha contra el abuso presenta caracteres propios en el derecho de familia, pues no siempre se expresa a través de la dependencia económica. A veces, la mujer tiene independencia económica, pero deja en manos del marido las decisiones trascendentales o incluso cotidianas, sea porque está dedicada a otra actividad, por razones culturales o de otro carácter. Todos estos aspectos deben ser meritados, especialmente en grupos sociales en los cuales, aún hoy, hay preeminencia del hombre y se relega a la mujer a roles menos significativos.

(67) AGOSTINELLI, BENEDETTA, *Il patto abusivo. Fenomenologia e rimedi*, Torino, Giappichelli, 2012; FERRONI, LANFRANCO (dir.), *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata*, Napoli, Scientifiche Italiane, 2002.

8.3. La lucha contra el fraude, la simulación y los matrimonios forzosos

Obviamente, todo lo que se expone parte de la base de uniones verdaderas, voluntariamente asumidas, no simuladas, ni fraudulentas, ni forzadas.

De allí que todos los pactos derivados de los matrimonios simulados para lograr ciudadanía, nacionalidad, etc. sean inválidos.

Claro está, determinar cuándo un matrimonio es simulado no es siempre tarea fácil. Se recuerda⁽⁶⁸⁾ el *leading case* de la jurisprudencia francesa, el caso "Appietto", del que podría deducirse la aceptación o validez del matrimonio "para efectos determinados" si estos no son ajenos al matrimonio. Los hechos son los que siguen: a comienzo de los años 60 (cuando Francia aún no había igualado a los hijos matrimoniales y extramatrimoniales) Appietto contrajo matrimonio con Liliane Feibelman, en Ajaccio, **al solo efecto de legitimar a un hijo de ambos**, y acordaron que no tenían intención alguna de conformar un hogar, por lo que se divorciarían inmediatamente de celebrado el matrimonio. Feibelman se negó a llevar adelante el divorcio prometido por lo que Appietto dedujo una acción de nulidad del matrimonio. El 20/11/1963 la Corte de Casación francesa confirmó la decisión que había rechazado la nulidad; sostuvo que la invalidez puede ser declarada cuando el consentimiento se presta para objetivos que son absolutamente ajenos al matrimonio (por ejemplo, obtener la nacionalidad); en cambio, el deseo de legitimar un hijo es una de las mayores razones para contraer un matrimonio, por lo que la pretensión fue desestimada.

Hoy existe igualdad de los hijos, pero el caso sirve para recordar que, aunque excepcionalmente, un Tribunal prestigioso admitió dar valor a un matrimonio que no tuvo por finalidad conformarlo realmente.

9. Inexistencia de una norma general en el derecho argentino que consagre la voluntad negocial entre cónyuges

Lamentablemente, a diferencia de algunos Códigos europeos, el derecho argentino (vigente o y el recientemente sancionado) carece de una norma general que recoja la autonomía negocial entre cónyuges.

(68) Caso mencionado por DEKEUWER-DÉFOSSÉ, FRANÇOISE, "La contractualisation de la famille, entre leurre et instrumentalisation", en Chasagnard-Pinet, Sandrine y Hiez, David (dir.), *op. cit.*, p. 169.

Así, por ejemplo, el art. 1387 del CC francés dispone: “La ley rige la asociación conyugal en cuanto a los **bienes solo en ausencia de convenciones especiales** que los esposos pueden hacer **como mejor lo juzguen**, siempre que ellas no sean contrarias a las buenas costumbres ni a las disposiciones que siguen”. Como se ha señalado, este artículo funda la facultad de los esposos de organizar sus relaciones patrimoniales durante el matrimonio a través de una convención. Se trata de una especie de “*charte du foyer domestique*”.

10. Ámbitos en los que se verifica el proceso de contractualización

Con o sin norma expresa, el movimiento que implica pasar del *status* al convenio,⁽⁶⁹⁾ se verifica en diversos campos del derecho de familia, entre otros:

a. en el ámbito del matrimonio:

- las relaciones de contenido patrimonial entre cónyuges, tales como la posibilidad de contratar entre ellos;⁽⁷⁰⁾ la opción entre distintos régimen de bienes;⁽⁷¹⁾ los acuerdos sobre la calificación de un bien como propio o ganancial; el contenido del deber alimentario, etc.;
- de contenido extrapatrimonial, como acuerdos sobre lugar de residencia de la familia; modalidades de los deberes de fidelidad, convivencia y asistencia moral; elecciones sobre educación de los hijos, acuerdos sobre el nombre de familia,⁽⁷²⁾ etc.;
- al momento de la disolución por divorcio (presentación de común acuerdo, convenios de liquidación de la comunidad). La intolerabilidad de la vida en común permite presumir que los intereses patrimoniales de cada uno sean objeto de reivindicaciones contrapuestas; en esta fase, entonces, el contrato, por su misma natural vocación tendiente a la composición del conflicto, puede revelarse como una estructura apropiada para gestionar la crisis.⁽⁷³⁾

(69) Muchos autores hacen referencia a ese paso del *status* al contrato. Ver, entre otros, MURGO, CATERINA, *L'autonomia negoziale nella crisi della famiglia*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 3.

(70) DI GREGORIO, VALENTINA, *op. cit.* La autora se refiere a la autonomía tanto en el ámbito de la pareja matrimonial como extramatrimonial.

(71) BOCCHINI, FERNANDO, “Autonomia negoziale e regimi patrimoniali familiari”, en Fuccillo, Guido (dir.), *op. cit.*, pp. 93/120.

(72) LOISEAU, GRÉGOIRE, “Nom de famille et contrat”, en Fenouillet, Dominique y Vareilles-Sommières, Pascal (dirs.), *op. cit.*, p. 174.

(73) BALESTRA, LUIGI, *Autonomia negoziale e crisi coniugale: gli accordi in vista della separazione*, en Ruscello, Francesco, *Relazione introduttiva*, en Ruscello, Francesco (a cura di) *Accordi sulla crisi della famiglia e autonomia coniugale*, Padova, Cedam, 2006, p. 77; en la

b. en las relaciones con los hijos:

- el proyecto parental referido a los derechos de comunicación, acuerdos sobre alimentos, etc.;
- a voluntad procreacional en la reproducción médicamente asistida; puede afirmarse que este es el caso paradigmático, el más discutido, especialmente, en el supuesto de gestación por sustitución.⁽⁷⁴⁾

c. contratos de convivencia, en la familia no matrimonial.⁽⁷⁵⁾

Este amplio espectro responde al reconocimiento de una pluralidad de situaciones familiares que, a su vez, tiene base en una de las aspiraciones elementales de la sociedad, cual es la libertad de opción.

Algunas legislaciones han caminado, incluso, hacia la voluntad tácita, especialmente tratándose de vivienda. Así, por ejemplo, el 16 de junio de 2011, en Brasil, entró en vigencia la ley 12.424 que introdujo al Código Civil de ese país el art. 1240-A, que dispone:

Quien por dos años, ininterrumpidamente y sin oposición, ejerce posesión directa, con exclusividad, de un inmueble urbano de hasta 250 metros cuadrados, cuya propiedad comparte con su ex cónyuge o ex compañero que abandonó el inmueble, utilizándolo para su vivienda o de su familia, adquiere el dominio integral, siempre que no sea propietario de otro inmueble urbano o rural.

Se trata de una norma francamente revolucionaria; ignoro si existen soluciones análogas en otros ordenamientos legales.

misma obra, compulsar OBERTO, GIACOMO, *Prenuptial agreements in contemplation of divorce e disponibilità a via preventiva dei diritti connessi alla crisi coniugale*, pp. 106/179.

(74) TORINO, RAFFAELE (dir.), *op. cit.* Me he referido a esta cuestión en varios artículos escritos en autoría con Marisa Herrera y Eleonora Lamm. Ver "Filiación y homoparentalidad. Luces y sombras de un debate incómodo y actual", en LL 2010-E-977; "Filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en el anteproyecto de código civil", en JA 2012-II-1340; "Los criterios de la determinación de la filiación en crisis", en obra colectiva Gómez De La Torre, M. (dir.) y Lepin, C. (coord.), *Reproducción Humana Asistida*, Santiago de Chile, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Chile, 2012, p. 127 y ss.; "Regulación de la gestación por sustitución", en *Revista La Ley*, 2012-E-960; "Gestación por sustitución en Argentina. Inscripción judicial del niño conforme a la regla de la voluntad procreacional", en *La Ley*, 11/07/2013, p. 3.

(75) DE RENZIS, LUISA, "Recenti sviluppi giurisprudenziali in materia di contratti dei convivenza", en Torino, Raffaele (dir.), *op. cit.*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 67; en la misma obra, Bilotta, Francesco, "I contratti di convivenza: le esperienze straniere", p. 87; ANDRINI, MARIA C., *La forma delle convenzioni matrimoniali, degli accordi di separazione e dei patti di convivenza*, en Fuccillo, Guido (dir.), *op. cit.*, pp. 1021/170.

De cualquier modo, para muchos autores, aún falta mucho camino por recorrer en la protección de la autonomía; así, se sostiene que no hay razón para seguir judicializando el divorcio en el que las partes han consensuado ya todos los efectos y que debería bastar la voluntad expresada ante el mismo organismo que celebró el matrimonio.

11. Casuismo. Una distinción generalmente aceptada

La mayoría de la doctrina distingue el juego de la autonomía antes de la celebración del matrimonio, durante la vida en comunidad, y al cese del vínculo. Los puntos siguientes tratan estas situaciones, a veces conjuntamente, a veces separada.

12. Las convenciones prematrimoniales

El Código Civil vigente consagra una tesis muy restrictiva en materia de convenciones prematrimoniales, desde que ni siquiera permite optar por un régimen patrimonial alternativo. En efecto, el régimen de comunidad de gananciales, mal llamado de “sociedad conyugal” es único, legal, forzoso, inmodificable.

El Código Civil y Comercial innova y dispone:

Art. 446.- **Objeto.** Antes de la celebración del matrimonio los futuros cónyuges pueden hacer convenciones que tengan únicamente los objetos siguientes:

- a. la designación y avalúo de los bienes que cada uno lleva al matrimonio;
- b. la enunciación de las deudas;
- c. las donaciones que se hagan entre ellos;
- d. la opción que hagan por alguno de los regímenes matrimoniales previstos en este Código.

Además, el art. 449 autoriza la modificación del régimen en estos términos:

... Después de la celebración del matrimonio, el régimen patrimonial puede modificarse por convención de los cónyuges. Esta convención puede ser otorgada después de UN (1) año de aplicación del régimen patrimonial, convencional o legal, mediante escritura pública. Para que el cambio de régimen produzca efectos respecto de terceros, debe anotarse marginalmente en el acta de matrimonio.

Los acreedores anteriores al cambio de régimen que sufran perjuicios por tal motivo pueden hacerlo declarar inoponible a ellos en el término de UN (1) año a contar desde que lo conocieron.

Como es sabido, la tendencia universal permite modificar la opción. La doctrina justifica la solución a través de preguntas de toda lógica: ¿podía la inmutabilidad de los regímenes matrimoniales resistir sola, monóticamente impávida en este proceso de liberación de la voluntad de los integrantes de la pareja? El régimen elegido el día del casamiento, ¿debe ser conservado piadosamente para cubrirse con él en el momento de la muerte, como se hacía antes con el matrimonio en sí mismo?

La respuesta es negativa. La regla de la inmutabilidad fue concebida para una sociedad estática; por eso, es incompatible con la inestabilidad que marca a nuestro tiempo.⁽⁷⁶⁾

El texto del Código Civil y Comercial argentino, antes transcrito, no exige control judicial. Se ha tenido en cuenta las enseñanzas de los autores franceses:

Abramos los ojos: el cambio de régimen matrimonial que el art. 1397 del Código Civil francés ubica bajo el estándar del interés de la familia a la puntillosa apreciación del juez, ha derivado hoy a un modelo contractual. El cambio de régimen está programado, convenido, arreglado. El juez no tiene necesidad de apreciación objetivamente el interés de la familia; se para ante la apariencia de un consentimiento familiar puramente subjetivo. Si todo el mundo está contento, ¿por qué debe ser el juez más exigente que las partes del pacto?⁽⁷⁷⁾

Obviamente, tanto los pactos como sus modificaciones pueden haber sido celebrados en fraude a los acreedores de los cónyuges. En tal caso, funcionan las acciones para declararlos inoponibles.⁽⁷⁸⁾

(76) PETRONI-MAUDIERE, NICOLE, *Le déclin du principe de l'immutabilité des régimes matrimoniaux*, Limoges, Presses Universitaires de Limoges, 2004, p. 13.

(77) VAREILLES, BERNARD, "Prólogo", en Petroni-Maudiere, Nicole, *op. cit.*

(78) YAÑEZ VIVERO, FÁTIMA, *Las capitulaciones matrimoniales en perjuicio de acreedores y la anotación de embargo sobre bienes ex gananciales*, Madrid, Servicio de estudios del Colegio de Registradores, 2003.

13. La contratación entre cónyuges

Como se adelantó, la Argentina tenía un régimen único, legal, forzoso e inmodificable. Estos caracteres han llevado a prohibir la mayoría de los contratos entre cónyuges que puedan tener incidencia en ese régimen de orden público; así, se prohíbe la donación,⁽⁷⁹⁾ la compraventa⁽⁸⁰⁾ y con ella la permuta, la cesión de créditos, la dación en pago; la cesión de derechos hereditarios.⁽⁸¹⁾ No obstante, los principios constitucionales llevan a sostener que la regla es la capacidad, por lo que las prohibiciones deben ser de interpretación restrictiva.⁽⁸²⁾

Por eso, en el derecho comparado se consolida una decidida tendencia hacia la admisión de la capacidad contractual entre los esposos, ya sea por vía legislativa o jurisprudencial. En este sentido, la Corte Constitucional colombiana examinó la constitucionalidad del art. 1852 de su Código Civil que establece la nulidad del contrato de venta entre cónyuges y entendió que el mismo vulneraba el principio de buena fe según el cual esta se presume en los negocios que celebren los particulares entre sí y los particulares con el Estado.⁽⁸³⁾

(79) Arts. 1807 y 1820 CC. También hay otros contratos vedados con la finalidad de impedir que se empleen para disimular una donación o efectuarla indirectamente (por ejemplo, cesión gratuita de créditos, renta vitalicia gratuita, etc.).

(80) Esta prohibición no rige cuando la compraventa la celebren los futuros esposos aun cuando la escritura se realice después de la celebración del matrimonio (DÍAZ DE GUJARRO, ENRIQUE, "El contrato de compraventa entre futuros cónyuges", en JA 1961 I 68, sec. Doctrina). Tampoco resulta aplicable cuando un cónyuge adquiera un bien de otro en subasta pública como consecuencia de una ejecución forzada o de la división de condominio o poniendo fin a indivisiones (CNac. Apel. Civ., Sala F, 16/03/1971, en ED 41-453).

(81) La constitución de usufructo sobre cosas no fungibles se encuentra prohibida, pues se aplican las normas sobre capacidad para vender o donar, de acuerdo al art. 2831 CC. Tampoco pueden constituir derecho real de uso y habitación, pues se debe tener capacidad para constituir usufructo de cosas no fungibles.

(82) A favor de la libertad contractual entre esposos se ha sostenido que ciertos contratos, en particular los *intuitu personae* tienen su ámbito más propicio entre esposos y que todos en general favorecen la unidad del matrimonio, los intereses de los cónyuges y su familia (MÉNDEZ COSTA, MARÍA JOSEFA y D'ANTONIO, DANIEL HUGO, *Derecho de Familia*, Santa Fe, Rubinzal, T. II, p. 77).

(83) GUTIÉRREZ, JULIO CÉSAR, "El Código Civil y la reciente evolución jurisprudencial en la constitución colombiana. Derechos humanos y derecho de familia", en AAVV, *Aspectos Constitucionales y derechos fundamentales de la familia*; cit., p. 288; sentencia de la Corte Constitucional Colombia C 68 de 1999 "M. Alfredo Beltrán Sierra". La Corte sostuvo que si bien la prohibición de venta entre los cónyuges nació en el derecho romano para proteger los bienes de la mujer, para que estos no pasaran mediante cualquier contrato a manos del marido (es decir, que garantizaba al *alieni iuris* no perder el patrimonio), en la época actual

El Código Civil y Comercial no tiene una norma expresa semejante al art. 1321 CC español (“El marido y la mujer podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos”).⁽⁸⁴⁾

El Anteproyecto eliminaba las prohibiciones para contratar dispuestas para los contratos que implican transferencias de bienes existentes en el régimen anterior, bajo el convencimiento de que el punto de partida no puede ser la presunción irrefragable de fraude que suponen las prohibiciones. Por el contrario, la regla debe ser la de la buena fe. Si hay fraude, simulación, mala fe, abuso, etcétera... están los remedios generales que el Proyecto de unificación establece, incluso, en el Título Preliminar (arts. 10/12).

Lamentablemente, durante el trámite legislativo, sin comprender adecuadamente el nuevo sistema, se incorporó en el art. 1002 un inciso que literalmente destruyó el cambio pretendido. En efecto, bajo el título “Inhabilidades especiales”, la norma incorrectamente dispone que “No pueden contratar en interés propio (...) d) los cónyuges, bajo el régimen de comunidad, entre sí”.

En consecuencia, conforme a la norma sancionada, los cónyuges que han optado por el régimen de separación de bienes pueden contratar, pero no los que han celebrado matrimonio bajo el *régimen de comunidad*.

De cualquier modo, el contrato de mandato sigue siendo posible para los cónyuges, cualquiera sea el régimen que hayan optado. El art. 459 CCyC dispone:

Mandato entre cónyuges. Uno de los cónyuges puede dar poder al otro para representarlo en el ejercicio de las facultades que el régimen matrimonial le atribuye, pero no para darse a sí mismo el asentimiento en los casos en que se aplica el artículo 456. La facultad de revocar el poder no puede ser objeto de

esta prohibición no tiene razón de ser práctica ya que la Constitución política (art. 13) garantiza la igualdad de derechos entre las personas, establecida además en los pactos internacionales de derechos civiles y políticos, que prohíben toda forma de discriminación contra la mujer. En síntesis, sostuvo que las prohibiciones especiales deben obrar dentro de una demostrada razonabilidad que esta norma no tiene.

(84) Art. 1323 CC español: “El marido y la mujer pueden transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos”.

limitaciones. Excepto convención en contrario, el apoderado no está obligado a rendir cuentas de los frutos y rentas percibidos.

En general, se trata de la aplicación del régimen del contrato de mandato otorgado a un tercero. Puede consistir en un mandato tácito⁽⁸⁵⁾ o expreso, pero si está concebido en términos generales, comprende solo los actos de administración. Sostener lo contrario implicaría facultar la desnaturalización, por esta vía, de todo el régimen de gestión separada de la sociedad conyugal.

La norma contiene una excepción a las reglas del mandato en tanto exime al mandatario de la obligación de rendir cuentas. La eximición responde a fundamentos de naturaleza ética y al particular lazo que une a las partes del contrato, en tanto son cónyuges. Se propone evitar enojosos conflictos entre ellos o entre uno y los herederos del otro, y concuerda con la disposición que califica los frutos de todos los bienes (propios y gananciales) como gananciales. Nada impide a los cónyuges derogar convencionalmente lo dispuesto y pactar expresamente la obligación de rendir cuentas, pues no se trata de una disposición de orden público, tal como lo resuelve expresamente el art. 459.⁽⁸⁶⁾ De todos modos, debe tenerse presente que esta dispensa solo opera durante la convivencia del matrimonio, pues cesada la comunidad de vida, desaparecen los fundamentos de su previsión, la que de mantenerse podría provocar un serio perjuicio al mandante.

14. La calificación de los bienes en el régimen de comunidad

En el régimen argentino vigente, la doctrina coincide en que la calificación de los bienes (propios o gananciales) es una cuestión en la que impera el orden público; por lo tanto, las partes no pueden modificarla por acuerdo de voluntades.⁽⁸⁷⁾

(85) En la actualidad, no existe mandato legal ni presunto y se trata de una posibilidad sin distinción de géneros. Se concibe como mandato tácito el que resulta, no solo de los hechos positivos del mandante, sino también de su inacción o silencio al conocer que está haciendo algo en su nombre y no lo impide (arg. art. 1874 CC). En jurisprudencia, consultar CNac. Apel. Civ., Sala C, 15/09/1977, en ED 79-223.

(86) Ver ZANNONI, EDUARDO, *Derecho Civil. Derecho de Familia*, Bs. As., Astrea, T. I, p. 601. En contra, por considerarla una disposición de orden público, CORNEJO, "El régimen de bienes en el matrimonio y la ley 17.711", en LL 132-1350.

(87) Ver, entre otros, BISCARO, BEATRIZ y SANTANGELO, MARÍA, "Calificación única o dual. Casos dudosos", en *Rev. de Der. Priv. y Comunitario*, 2008-2-1; ORTIZ DE ROSAS, ABEL y ROVEDA, EDUARDO, *Régimen de Bienes del Matrimonio*, Bs. As., La Ley, 2004, pp. 8/10 y p. 52.

No obstante, a nivel jurisprudencial, en algunas ocasiones se ha admitido la validez del reconocimiento espontáneo de los cónyuges de las circunstancias fácticas y de tiempo que hacen a la calificación de los bienes, cuando no se advierte falsedad en los dichos, ni intención de perjudicar a un tercero: "Si bien los cónyuges no pueden alterar el régimen patrimonial del matrimonio, que es de orden público, tildando de propios o gananciales bienes que no lo son, no significa que ellos no puedan admitir por vía de espontánea confesión las circunstancias fácticas y de tiempo que la ley contempla para discernir uno u otro carácter de los bienes".⁽⁸⁸⁾

15. Los convenios que tienen en miras la disolución de la comunidad de vida

En la Argentina, al igual que en otros países, se discute la validez de los convenios celebrados teniendo en miras el divorcio, antes del acaecimiento de la causal disolutoria.

Hay coincidencia en que estos convenios son nulos cuando su contenido implica renunciar a la prestación alimentaria.⁽⁸⁹⁾

En cambio, sobre otros contenidos, especialmente los referidos a la partición y liquidación de bienes, existen discrepancias sobre sus alcances.

Para algunos autores, como el régimen de bienes de la sociedad conyugal está imperativamente impuesto por la ley, sin posibilidad de alteración por la voluntad de los esposos, "como regla, correspondería declarar la invalidez de los convenios de distribución de bienes gananciales celebrados con anterioridad a la fecha de disolución de la sociedad conyugal".⁽⁹⁰⁾ En la misma línea, numerosos pronunciamientos judiciales siguen manteniendo los conceptos decimonónicos de orden público matrimonial, aun si los cónyuges están separados de hecho.⁽⁹¹⁾

(88) CNAC. APEL. CIV., Sala C, "R., N. Y. c/ M., A.", 28/05/1981, en LL 1982-A-35, AR/JUR/3436/1981.

(89) Compulsar RIMINI, CARLOS, "Il problema della validità dei patti in vista della cessazione del vincolo matrimoniale", en Riv. La Nuova Giurisprudenza civile commentata, año IX, n° 6, 1993, p. 963; PEPE, ALESSADRO, "Convenzioni matrimoniali-Comunione convenzionale-Separazione dei beni", en Riv. La Nuova Giurisprudenza civile commentata, 1991, 2ª parte, p. 233.

(90) KIELMANOVICH, JORGE, *Derecho procesal de familia*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2008, p. 394.

(91) CAPEL. CIV. Y COM. BAHÍA BLANCA, Sala 2, "S. M. L. c/ O. C. R. s/ homologación", 11/03/2008, en Rev. Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia, n° 42, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2009, p. 171.

Sin embargo, una práctica frecuente muestra que los cónyuges, mediante convenios privados, acuerdan la manera de dividir los bienes gananciales con anterioridad a que sobrevenga la causal de disolución.

Frente a esta realidad, algunos tribunales comenzaron a decir que “La reiteración con que se recurre a estos convenios impide sostener su nulidad cuando se encuentra homologado, consentido y cumplido, y con mayor razón cuando tal nulidad no ha sido solicitada por los interesados”.⁽⁹²⁾

Otros admitieron una solución intermedia al reconocerles validez sujeta a la **confirmación o ratificación** que los cónyuges debían realizar luego de la disolución, quedando entonces diferidos sus efectos hasta esa oportunidad.⁽⁹³⁾

A comienzos de la década del 80, la jurisprudencia de las Cámaras nacionales era tan contradictoria que fue necesario el dictado de un pronunciamiento plenario para sortear los inconvenientes de inseguridad jurídica que presentaba el panorama judicial. El fallo dictado en el año 1982 fijó la siguiente doctrina: “Los convenios de separación de bienes, en los juicios de divorcios por presentación conjunta formulados con anterioridad a la sentencia de declaración de divorcio y disolución de la sociedad conyugal, son válidos”.⁽⁹⁴⁾

No obstante la fuerza del pronunciamiento plenario, recién con la sanción de la ley 23.515, en el año 1987, se logró despejar toda duda sobre la validez de los convenios de liquidación de bienes en los divorcios por presentación conjunta, pues el art. 236 autorizó a los esposos a realizar los acuerdos que consideren convenientes acerca de la distribución de bienes de la sociedad conyugal.

Ante este panorama, la jurisprudencia reconoció la validez de los convenios suscriptos en ocasión del divorcio por presentación conjunta celebrados con anterioridad a la sentencia, aunque los mismos queden sujetos a una doble condición: la disolución de la sociedad y la homologación judicial.⁽⁹⁵⁾

(92) CNAC. AP.EL. CIV., Sala G, 06/11/1980, en ED, 91-622.

(93) La CNac. Apel. Civ., Sala F, afirmó: “En virtud de lo que dispone el art. 1218 del Código Civil no corresponde atribuirle valor de obligación a los compromisos asumidos en tales convenios respecto de la división de los gananciales, pero sí con posterioridad a la disolución, ambos cónyuges manifiestan su acuerdo para que el convenio realizado previamente se aplique, tal decisión sería válida, porque se basaría en una declaración de voluntad posterior a la disolución y apta, por lo tanto, para actualizar tal compromiso”, 19/03/1980, en ED, 89-572.

(94) CNAC. AP.EL. CIV., en pleno, 24/12/1982, en LL 1983-A-483, con nota de Maffia “El divorcio por presentación conjunta y los convenios de liquidación de la sociedad conyugal”.

(95) MÉNDEZ COSTA, MARÍA JOSEFA, su nota al fallo de la Suprema Corte de Mendoza, en JA, 1997-II-628.

Esta solución es la que mejor se compadece con el interés familiar, pues tiende a evitar incidentes y cuestiones litigiosas que redunden en forma negativa en las futuras relaciones entre los ex cónyuges, con efectos perniciosos sobre los hijos.

16. Los convenios posteriores al divorcio.

Las facultades judiciales

Producida la causal que disuelve el matrimonio, la regla es que los cónyuges son libres de decidir su futuro.

No obstante, en la Argentina, igual que en el derecho italiano, se discute la extensión de la facultad judicial de contralor de estos acuerdos.

Así, por ejemplo, el art. 158 CC italiano dispone para la separación consensual que “cuando el acuerdo de los cónyuges relativo a la guarda y al mantenimiento de los hijos contraría el interés de éstos, el juez cita a los cónyuges indicándoles las modificaciones que deben tomarse en el interés de los hijos y, si la solución no es idónea, puede rechazar la homologación”.

Sobre la base de este texto, algunos autores sostienen que el juez solo puede controlar las cláusulas relativas a los hijos menores de edad; el resto, en cambio, se dejaría al libre acuerdo de las partes.⁽⁹⁶⁾

En el derecho argentino, el art. 236 CC, que regula la separación y el divorcio por presentación conjunta, dispone que la demanda conjunta **podrá** contener acuerdos sobre la tenencia y régimen de visitas de los hijos, la atribución del hogar conyugal, y el régimen de alimentos para los cónyuges e hijos menores o incapaces, incluyendo los modos de actualización. Las partes también podrán realizar los acuerdos que consideren convenientes acerca de los bienes de la sociedad conyugal. A falta de acuerdo, la liquidación de la misma tramitará por vía sumaria. El juez podrá objetar una o más estipulaciones de los acuerdos celebrados cuando, a su criterio, ellas afectaren gravemente los intereses de una de las partes o el bienestar de los hijos.

(96) Para estos temas ver CAFARO, ROSANNA, *Autonomia privata e controllo del giudice nella separazione consensuale*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 2; MURGO, CATERINA, *op. cit.*; BARBALUCCA, VINCENZA y GALLUCCI, PATRIZIA, *op. cit.*; GORGONI, ANTONIO, *Accordi traslativi e crisi coniugale*, Milano, Giuffrè, 2009; DORIA, GIOVANNI, *Autonomia privata e causa familiare. Gli accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio*, Milano, Giuffrè, 1996; CAPOBIANCO, ERNESTO, *I trasferimenti patrimoniali nella crisi familiare*, en Ruscello, Francesco, *Relazione introduttiva*, en Ruscello, Francesco (a cura di) *Accordi sulla crisi della familia e autonomia coniugale*, Padova, Cedam, 2006, p. 181.

Otra cuestión es si la regla de la partición por mitades tiene carácter imperativo. El art. 1315 CC dispone: "Los gananciales de la sociedad conyugal se dividirán por iguales partes entre marido y mujer, o sus herederos sin consideración alguna al capital propio de los cónyuges, y aunque alguno de ellos no hubiese llevado a la sociedad bienes algunos".

Cesada la comunidad, es posible que las partes dividan los bienes comunes en forma distinta y que se formen hijuelas de diferente valor, dado que ha finalizado la imperatividad del sistema. Rige aquí la autonomía de la voluntad, en la medida que también cesan, entre otras limitaciones, las restricciones para realizar compraventas así como la incapacidad para hacerse mutuamente cesiones de derechos.⁽⁹⁷⁾ Por eso, debe rechazarse la opinión de aquellos que entienden que el juez tiene la obligación de controlar si el acuerdo respeta el principio de la partición por mitades de los adquiridos.⁽⁹⁸⁾

Lo dicho no excluye la posibilidad de que el juez, en el marco de sus facultades discrecionales, convoque a una audiencia para que las partes expliquen el motivo de esa partición, en la cual podrá verificar el estado de vulnerabilidad de los cónyuges y detectar la eventual existencia de algún vicio que pudiera haber afectado la libre voluntad de alguno de ellos.

El Código Civil y Comercial innova en tanto impone que toda petición de divorcio sea acompañada de una propuesta que regule los efectos derivados de este (art. 438). Por lo demás, admite una amplia revisibilidad al disponer que "si el convenio regulador perjudica de modo manifiesto los intereses de los integrantes del grupo familiar, las cuestiones pendientes deben ser resueltas por el juez...". Por su parte, el art. 440, 2º párr, dispone: "El convenio homologado o la decisión judicial pueden ser revisados si la situación se ha modificado sustancialmente". Finalmente, el art. 498, que regula la división, dice:

... La masa común se divide por partes iguales entre los cónyuges, sin consideración al monto de los bienes propios ni a la contribución de cada uno a la adquisición de los gananciales. Si se produce por muerte de uno de los cónyuges, los herederos reciben su parte sobre la mitad de gananciales que hubiese

(97) Ver ZANNONI, EDUARDO, *op. cit.*, p. 732.

(98) Ver VIDAL TAQUINI, CARLOS, *Régimen de bienes en el matrimonio. Con las modificaciones de las leyes 23.264 y 23.515*, 3ª ed. amp. y actualiz., Bs. As., Astrea, 1987, p. 412; y FANZOLATO, EDUARDO, "Comentario al art. 236", en Bueres, Alberto (dir.) y Highton de Nolasco, Elena (coord.), *Código Civil y normas complementarias*, T. Ib; 1ª ed. 3ª reimp., Bs. As., Hammurabi, 2007, p. 304.

correspondido al causante. **Si todos los interesados son plenamente capaces, se aplica el convenio libremente acordado.** (El resaltado pertenece a la autora).

Obviamente, al igual que en España, aunque hayan sido homologado, el convenio de liquidación de gananciales puede ser atacado por el vicio de lesión, desde que, en tal caso, hay un vicio que lo afecta.⁽⁹⁹⁾

17. La autonomía de la voluntad como fuente de la prestación alimentaria

17.1. Preliminares

Los alimentos pueden tener origen en la voluntad, sin que opere un vínculo de parentesco, matrimonio o filiación y sin que medie un contrato de donación. A diferencia de los alimentos legales, se pueden establecer a favor de cualquier persona.⁽¹⁰⁰⁾

Los alimentos derivados de la autonomía de la voluntad pueden surgir de un acto jurídico **entre vivos** (un contrato, por ejemplo),⁽¹⁰¹⁾ o de un acto jurídico de última voluntad (testamento).

Dado que esta obligación no tiene por presupuesto a los vínculos familiares ni a la solidaridad familiar, sus características, efectos y posibilidades de modificación se rigen por el acuerdo de partes y no por las previsiones legales establecidas para los alimentos fundados en los lazos de familia.⁽¹⁰²⁾

Estos convenios no deben confundirse con los pactos celebrados entre alimentado y alimentante que acuerdan el monto de la cuota o la forma de cumplimiento de los alimentos estipulados por ley; estos últimos responden a los mismos caracteres que los alimentos de fuente legal y se sujetan a idénticas prohibiciones.⁽¹⁰³⁾

(99) Tribunal Supremo de España, 08/03/1997, Reseñado y comentado por Castro Lucini, Francisco, en *Rev. Crítica de Derecho inmobiliario*, año LXXII, n° 635, julio-agosto, p. 1662.

(100) PADIAL ALBÁS, ADORACIÓN, *La obligación de alimentos entre parientes*, Barcelona, José María Bosch, 1997, p. 50.

(101) Para la cuestión en el derecho español, ver NÚÑEZ ZORRILLA, MARÍA DEL C., *El contrato de alimentos vitalicio: configuración y régimen jurídico*, Madrid, Marcial Pons, 2003.

(102) Ampliar en BELLUSCIO, CLAUDIO, *Prestación Alimentaria. Régimen Jurídico*, Bs. As., Universidad, 2006, p. 39.

(103) PADIAL ALBÁS, ADORACIÓN, *op. cit.*, p. 52. Sobre las diferencias entre estas clases de acuerdos, puede consultarse: ÁLVAREZ, OSVALDO ONOFRE, "Un nuevo avance de la autonomía

17.2. Convenio de alimentos entre cónyuges

La doctrina argentina ha discutido profusamente la validez de los convenios suscriptos entre los cónyuges cuyos contenidos incluyen los alimentos entre cónyuges.

La respuesta correcta es la que admite la validez de estos pactos. En efecto, la regla general es la libertad de contratar de las personas capaces, incluyendo a los cónyuges. Por lo tanto, los esposos pueden celebrar contratos entre sí, excepto en los siguientes supuestos: i) Contratos expresamente prohibidos; ii) Contratos que por su naturaleza implican una alteración del régimen patrimonial del matrimonio; iii) Contratos de los que resultan relaciones jurídicas, derechos u obligaciones, incompatibles con las características personales de la relación matrimonial.⁽¹⁰⁴⁾ Los convenios sobre el monto y la modalidad de la prestación alimentaria durante la vida en común matrimonial no se ubican dentro de esas limitaciones; consecuentemente, deben reputarse válidos.

En alguna ocasión, erróneamente se ha sostenido que estos convenios son inválidos si se suscribieron durante la separación de hecho con el argumento que implican, implícita o explícitamente, relevar del deber de cohabitación. La validez se funda, acertadamente, en las siguientes razones: puede ocurrir que durante la separación de hecho se promueva juicio de separación personal o divorcio. En tal supuesto, cualquiera de los cónyuges puede solicitar fijación judicial de alimentos provisionales (art. 231 CC). ¿Cuál es la razón jurídica para no aceptar un convenio celebrado entre las partes? ¿Puede la ley presumir que lo pactado no es lo razonable?

Los cónyuges también pueden llegar a acuerdos válidos sobre alimentos durante la tramitación del juicio de separación personal o divorcio con atribución de culpas. El caso no es frecuente, pero posible.

Se ha discutido si los cónyuges pueden pactar la culpabilidad de uno de los dos y, consecuentemente, el régimen de alimentos. Bajo la vigencia de la ley 17.711, un fallo plenario de la Cámara Nacional Civil negó eficacia a esos acuerdos fundado en que los efectos del divorcio por presentación

de la voluntad en el derecho de familia", en *ED*, 181-507; el autor compara las distintas clases de convenios de alimentos cuya homologación puede solicitarse judicialmente.

(104) RIVERA, JAVIER y RAGANATO, CLAUDIA GRACIELA, "Contratos entre cónyuges. Usufructo a favor del cónyuge no titular", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, año 2008-2, "Sociedad conyugal - II", Rubinzal-Culzoni, p. 155.

conjunta estaban regulados en la ley (art. 67 bis, “los mismos efectos del divorcio por culpa de ambos”). Al entrar en vigor la ley 23.515, un sector sostuvo que el fundamento invocado en el citado plenario había desaparecido, al eliminarse la frase que remitía a la culpa de ambos, por lo que los convenios eran válidos. Otro entendió que la posibilidad de pactar la culpabilidad implica alterar esencialmente el sistema del Código Civil, que prevé un régimen de divorcio sin culpa, absolutamente diferenciado del que se obtiene sobre la base de alegar, discutir y probar la culpa; justamente, es por eso que el art. 236 omite equiparar sus efectos al divorcio por culpa de ambos, como lo hacía el art. 67 bis.⁽¹⁰⁵⁾ Este debate queda concluido en el Código Civil y Comercial que, como se dijo, elimina el divorcio con invocación de causas (sean objetivas o subjetivas).

Como se adelantó, en el régimen vigente, la demanda presentada en forma conjunta por ambos cónyuges para solicitar la separación personal o el divorcio (arts. 205 y 215 CC) puede contener acuerdos sobre los alimentos (art. 236 CC). La discusión doctrinal se centra, principalmente, en la posibilidad de modificarlos judicialmente a pedido de uno de los ex cónyuges. La diferencia de posturas parece derivar de la naturaleza que se atribuya a este tipo de convenios.

Una posición sostiene que la naturaleza de tales acuerdos es puramente **contractual**;⁽¹⁰⁶⁾ en consecuencia, excepto nuevo acuerdo entre las partes o que el contrato lo prevea expresamente, las prestaciones acordadas no están sujetas a variación por pedido unilateral de uno de ellos ante los tribunales, aun cuando las circunstancias económicas de las partes hayan cambiado; las prestaciones convenidas no se rigen por las normas que regulan los alimentos derivados del matrimonio, sino por el art. 1197 CC, toda vez que se trate de un contrato privado en el que no median normas de orden público. En esta línea, se ha decidido que:

A diferencia del régimen alimentario entre cónyuges que regulan los arts. 207, 208 y 209 del Código Civil, y que se orienta a tutelar intereses superiores, los alimentos negociales carecen de fuente legal directa y no están revestidos de las notas propias de

(105) BOSSERT, GUSTAVO A., *Régimen Jurídico de los alimentos*, 2ª ed., Bs. As., Astrea, 2004, p. 130 y ss.

(106) FANZOLATO, EDUARDO I., *Alimentos y reparaciones en la separación y en el divorcio*, Bs. As., Depalma, 1991, p. 167 y ss.; LLAMBIAS, JORGE J., *Código Civil Anotado*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1978, T. II, p. 163.

aquellos (por ej. orden público familiar) a poco que se advierta que nacen de la voluntad privada de las partes y para utilidad exclusiva de su beneficiario, generando un derecho puramente patrimonial y derivando en una relación creditoria apropiada al acto jurídico generador que opera como fuente y cuyas normas lo gobiernan.⁽¹⁰⁷⁾

Otros autores, en cambio, consideran que la fuente de estos convenios es la ley;⁽¹⁰⁸⁾ más específicamente, las normas referidas a los alimentos derivados del matrimonio y su consecuente deber de asistencia debido entre los cónyuges. Por eso, si bien las prestaciones alimentarias se pueden instrumentar mediante convenio, la autonomía de las partes se encuentra limitada. Esto es, una vez formalizado el acuerdo, su contenido está regulado no solo por las estipulaciones allí contenidas, sino también por lo dispuesto por la ley. En consecuencia, lo convenido puede ser modificado judicialmente en tanto varíen las circunstancias fácticas que se tuvieron en cuenta al pactar; esto es, las necesidades del alimentado y la fortuna del alimentante. En este sentido, se ha decidido que “El convenio no implica, de por sí, un apartamiento del régimen legal de los alimentos. No puede derivarse de ahí que la materia se desplace al ámbito de las obligaciones contractuales. El origen de la prestación acordada es siempre la ley y no el convenio, de lo que sigue la atinencia de la 23.515, para juzgar la situación que se propone”.⁽¹⁰⁹⁾

(107) CNAC. APEL. CIV., Sala G, 10/03/2010, “O., M. M. c/ F., P. C. A.”, en LL, 2010-D, p. 190, AR/JUR/10479/2010. En el mismo sentido, CAPEL. CIV., COM. Y MINERÍA SAN JUAN, Sala II “Z. C., M. R. c/ Z., J. M.”, 23/04/2008, en LL Online, AR/JUR/3389/2008.

(108) BOSSERT, GUSTAVO A., *op. cit.*, p. 137; BELLUSCIO, CLAUDIO A., *op. cit.*, p. 590; SOLARI, NÉSTOR E., “Naturaleza jurídica del convenio de alimentos en el divorcio consensual”, en LL, 1996-B-993. En el mismo sentido, MIZRAHI, MAURICIO LUIS, “El régimen de alimentos para cónyuges divorciados y los acuerdos en el divorcio consensual”, en LL 1997-D-1163; AZPIRI, JORGE OSVALDO, “El convenio de alimentos entre cónyuges en el juicio de divorcio por mutuo acuerdo”, en *Revista de Derecho de Familia*, 1998-13-317; BERBERE, JORGE CARLOS y HAISSINER, LILIANA, “Límite y extensión del derecho alimentario entre cónyuges divorciados por causal objetiva”, en DFyP, 2-2009-8. Ver una postura intermedia en: CAPPARELLI, JULIO CÉSAR, “La naturaleza de los alimentos acordados en el divorcio a favor de uno de los cónyuges”, en ED, 181-495; el autor sostiene que los convenios del art. 236 admiten una diversidad en su naturaleza jurídica, ya que la obligación en uno u otro caso nace del convenio, y la diversidad de naturaleza emana de la voluntad real de las partes; las partes son quienes, con el debido asesoramiento, deben estipular si se someten a las pautas de los alimentos legales o si el acuerdo no responde a esas pautas y se funda en la libertad de convenios consagrada por el art. 236.

(109) CÁMARA PRIMERA DE APELACIÓN DE SAN NICOLÁS DE LOS ARROYOS, “F. del C. C. R. C. A. E. N. Incidente de cesación de alimentos”, 03/09/1996, en ED, 181-495. En el mismo sentido, CÁM.

La jurisprudencia acepta que los alimentos convenidos pueden ser modificados. Ahora bien, la posibilidad de modificar la cuota no significa privar de todo valor a lo convenido. Por eso, en caso de conflicto respecto de un convenio alimentario entre cónyuges, el juez debe seguir los siguientes pasos: en primer lugar, discernir la real voluntad de las partes según las pautas previstas en el art. 1198 CC. En el supuesto de que no se pueda desentrañar tal voluntad, o la solución al problema no se encuentre prevista en el texto del acuerdo, entonces se debe adecuar a lo contemplado en el Código Civil vigente respecto de los alimentos entre cónyuges.

En suma, si el conflicto se genera por el pedido de uno de los cónyuges de modificar la cuota convenida, se debe revisar si las circunstancias tenidas en cuenta por las partes al acordar se modificaron, y tal modificación justifica el ajuste de la cuota según lo solicitado.

La imposibilidad de modificarlos debe ser rechazada aun desde la perspectiva puramente contractualista. Morello recuerda el juego de la teoría de la imprevisión, que autoriza a adecuar las prestaciones contenidas en el acuerdo por cuestiones que afectan el equilibrio de las prestaciones de las partes que se tuvieron en cuenta al celebrarlo.⁽¹¹⁰⁾

En conclusión, los convenios alimentarios, como todo acuerdo, son revisables por los tribunales a pedido de una de las partes, en la medida en que hayan variado las circunstancias tenidas en cuenta por las partes al pactar, especialmente, en lo que concierne a las necesidades y estado de fortuna.

Muchos de los problemas planteados en el Código Civil encuentran solución en el Código Civil y Comercial, desde que este ordenamiento da entrada a la autonomía de la voluntad de manera más amplia. En definitiva, bajo esta normativa:

- a. No caben dudas sobre la validez de los convenios alimentarios celebrados durante la vida en común y la separación de hecho. En efecto, los convenios reguladores de la modalidad en que se prestarán los alimentos durante la vida en común o separación de hecho no se encuentran prohibidos.

DE APEL. DE CONCEPCIÓN DEL URUGUAY, Sala Civ. y Com., "C., S. T. c/ T., G.", 29/02/2000, en LL, 2001-A, p. 645, AR/JUR/2701/2000, Sum 1; CNAC. APEL. CIV., Sala I, "S., M. E. c/ B., M. A. s/ Aumento de cuota alimentaria", 29/03/2011, Expte. N° 1090517, sumario N° 20.696, Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Boletín Trimestral de Jurisprudencia N° 1, 2011.

(110) MORELLO, AUGUSTO M., "La teoría de la imprevisión y la revisión del contrato", en JA 1976-I-678.

- b. Conforme el art. 439 CCyC, con la petición de divorcio, sea unilateral o por presentación conjunta, los cónyuges deben presentar acuerdos o propuestas de convenios reguladores, en los cuales pueden preverse cláusulas sobre los alimentos que se prestarán durante el juicio y posteriormente al divorcio. De arribarse a acuerdos alimentarios, debe estarse a lo allí convenido (art. 434 CCyC). Claro está, el convenio homologado o la decisión judicial pueden ser revisados si la situación se ha modificado sustancialmente (art. 440 CCyC).

Dado que la regla general del Código Civil y Comercial es la inexistencia de obligaciones alimentarias legales entre los cónyuges luego del divorcio, al parecer, los acuerdos entre cónyuges fuera de los casos de excepción deben entenderse típicamente contractuales.

Este carácter no implica que los acuerdos pactados entre los ex cónyuges no puedan ser modificados si varían las circunstancias tenidas en cuenta al pactar, dado que, como se adelantó, el art. 440 CCyC establece expresamente que el convenio homologado podrá ser revisado si la situación se ha modificado sustancialmente. La norma deja abierta las causales que puedan haber provocado ese cambio significativo.

18. Autonomía y derecho societario

La naturaleza propia de las formas societarias hizo que, en sus orígenes, se las considerara incompatibles con los intereses y la dinámica de la vida familiar. A poco de andar, comenzó a advertirse la existencia de importantes puntos de contacto pues tanto en la familia como en la sociedad hay riquezas para repartir y distintas personas susceptibles de administrarlas. De allí que se hable de la progresiva "intrusión" de la sociedad en la familia y con ella, la mezcla del derecho de sociedades con el derecho de familia.⁽¹¹¹⁾

En este sentido, una directiva de la Unión Europea de 1986 prescribe que "... los Estados miembros de la Unión tomarán las medidas necesarias con el fin de que las condiciones de constitución de una sociedad entre esposos no sean más restrictivas que las condiciones de constitución de una sociedad entre personas no casadas". En Francia, la prohibición de constitución de sociedades entre esposos fue completamente abolida en el año 1985 y en la actualidad se las facilita sometiéndolas a un régimen favorable, pues el legislador desconfía más de la sociedad constituida por un solo esposo, sin su cónyuge, estrategia que podría servirle para evadir

(111) GRIMALDI, MICHEL, "Sociedad y Empresa familiar", en Kemelmajer de Carlucci, Aída (coord.), *El derecho de Familia y los nuevos paradigmas*, T. II, p. 55.

la igualdad que se impone en la gestión de los bienes comunes y la inversión de activos de la comunidad en una sociedad comercial, a espaldas del otro.

Lamentablemente, la perspicacia del legislador francés para percibir la realidad no se ha trasladado al derecho argentino. La ley 19.550 permite la constitución de sociedades entre esposos, pero las limita a las sociedades por acciones y las de responsabilidad limitada (art. 27).⁽¹¹²⁾ El fundamento de la prohibición de los otros tipos societarios radica en el principio de separación de responsabilidad por deudas de los cónyuges y, consecuentemente, en evitar que este se vulnere por la conformación de figuras societarias con responsabilidad ilimitada y solidaria.⁽¹¹³⁾

El Código Civil y Comercial ha recogido las nuevas tendencias y permite todo tipo de sociedades entre cónyuges, incluso, las irregulares.

19. Breves palabras sobre autonomía y régimen sucesorio

El prestigioso profesor Grimaldi afirma que es en la familia donde la sucesión encuentra uno de sus principales fundamentos; los bienes se convierten así en el lugar de fusión de las sucesivas generaciones; es a través de este régimen en el que aparece también la cohesión y la solidaridad familiar, sobre todo cuando la trasmisión se hace anticipadamente por vía de las donaciones. Por eso, llama la atención la gran desproporción entre la bibliografía dedicada a la autonomía privada en el derecho de familia y en el derecho sucesorio. Pareciera que en este último ámbito, el interés por el tema no es tan intenso.⁽¹¹⁴⁾

(112) Art. 27, Ley de Sociedades Comerciales: "Los esposos pueden integrar entre sí sociedades por acciones y de responsabilidad limitada. Cuando uno de los cónyuges adquiera por cualquier título la calidad de socio del otro en sociedades de distinto tipo, la sociedad deberá transformarse en el plazo de seis (6) meses o cualquiera de los esposos deberá ceder su parte a otro socio o a un tercero en el mismo plazo".

(113) Se ha sostenido que su admisión podría imponer la obligación de responder con sus bienes a quien no administró o a quien, fuera del marco societario no tendría responsabilidad alguna. Este argumento ha sido criticado con fundamento en que el carácter *intuitu personae* de las sociedades prohibidas fortalece la comunidad de intereses existente entre los esposos. (MAZZINGHI, JORGE, *Derecho de Familia*, 4ª ed. actual., Bs. As., La Ley, 1995, T. II, p. 351).

(114) En menor cantidad no significa que no exista. Ver, entre otros, PALAZZO, ANTONIO, *Autonomia contrattuale e successioni anormale*, Napoli, Jovene, 1983; AMADIO, GIUSEPPE, "Autonomia privata e successioni a causa di morte", en *Lecture sull'autonomia privata*, Padova, Cedam, 2005, pp. 3/38.

De cualquier modo, la voluntad parece haber sido el pilar sobre el que se sustenta el derecho sucesorio testamentario. Giovanni Battista Vico decía: "Así como todo lo que quiere el príncipe tiene vigor de ley, todo aquello que ordena el testador en el testamento es ley". En la misma corriente, Domat afirmaba: "Todas las voluntades de un testador tienen el lugar de una ley".⁽¹¹⁵⁾

Muchos temas modernos sobre autonomía y derecho sucesorio preocupan a la doctrina. Por ejemplo:

- a. Si un sistema de legítimas hereditarias tan alto y, consecuentemente restrictivo de la facultad de disposición, como es el argentino, viola o no los principios constitucionales. La obra argentina más completa es la tesis doctoral de Marcelo Salomón, cuya conclusión es: "la actual reglamentación legislativa del derecho constitucional a testar, en especial las limitaciones patrimoniales impuestas por la legítima hereditaria, no guardan correspondencia axiológica ni reglamentaria con los valores, principios y mandatos de nuestra Constitución Nacional".⁽¹¹⁶⁾
- b. Si las prohibiciones de pactos sucesorios deben seguir siendo tan estrictas⁽¹¹⁷⁾ o hay que abrir las puertas a algunos pactos, especialmente, si benefician la mejor administración societaria.

Para cerrar, solo me basta transcribir uno de los párrafos más hermosos escritos sobre el respeto a la voluntad de quienes ya no están en el mundo de los vivos. Me refiero a la obra de Milan Kundera, *Los testamentos traicionados*:

Ah, qué fácil es desobedecer a un muerto. Si pese a ello, a veces, nos sometemos a su voluntad, no es por temor, por obligación, es porque le queremos y nos negamos a creer que está muerto. Si un viejo campesino, en su agonía, le ha rogado a su hijo que no tire abajo el viejo peral que hay delante de la ventana, el peral no será abatido mientras el hijo recuerde con amor a su padre. Poco tiene que ver esto con una fe religiosa en la vida eterna del alma. Simplemente, un muerto a quien quiero, jamás será un muerto para mí. No puedo siquiera decir: le he querido; no, le quiero. Y si me niego a hablar de mi amor por él en el pasado, eso quiere decir que el que está muerto, **está**. Ahí es donde tal

(115) Ambas frases recordadas por BONILINI, GIOVANNI, "Autonomia negoziale e diritto ereditario", en Fuccillo, Guido (dir.), *op. cit.*, p. 62.

(116) SALOMÓN, MARCELO, *Legítima hereditaria y Constitución Nacional. Examen constitucional de la herencia forzosa*, Córdoba, Alveroni, 2011.

(117) Compulsar ACHILLE, DAVIDE, *Il divieto dei patti successori. Contributo allo studio dell'autonomia privata nella successione futura*, Napoli, Jovene, 2012.

vez se encuentre la dimensión religiosa del hombre. En efecto, la obediencia a la última voluntad es misteriosa: supera toda reflexión práctica y racional: el viejo campesino nunca sabrá, en su tumba, si el peral ha sido o no abatido; sin embargo, para el hijo que le quiere resulta imposible no obedecerle.⁽¹¹⁸⁾

20. Conclusiones provisionarias

Estas líneas no son una adhesión a la utopía iluminista condensada en el famoso brocárdico "*qui dit contractuel dit juste*"; para que esa justicia exista es necesario que las partes se encuentren en un plano de efectiva y sustancial igualdad y ello no siempre acontece en las relaciones familiares.

No creo en la bondad de la "fuga" de derecho estadual, plasmada en aquella sugestiva alegoría, atribuida a Jemolo y fundada en la convicción de que la familia es una "sociedad natural", según la cual la familia es una "isla que el mar del derecho puede lamer, pero solo lamer".⁽¹¹⁹⁾ Otra imagen complementaria surge de otra frase de mismo Jemolo, menos conocida, según la cual "el legislador aparece, muy seguido, como aquel que no domina la materia, sino que es dominado; no le pone riendas al río pero pone carteles donde las aguas empujan".⁽¹²⁰⁾ Busnelli teme a este parangón cuando dice: "en el mar que lame la familia, corre un viento tormentoso; ¿llegarán los flujos amenazantes a devorar a la isla, o la isla se romperá en muchas islitas?".⁽¹²¹⁾

Por mi parte, creo con Trabucchi que "en lo interno de la familia debe haber el menos derecho posible, pero todo el derecho que sea necesario"⁽¹²²⁾ y no tengo dudas de que la auto-regulación también es derecho.



(118) KUNDERA, MILAN, *Los testamentos traicionados*, Bs. As., Fabula TusQuets, 2004, p. 297.

(119) JEMOLO, ARTURO CARLO, "*La famiglia e il diritto*", en *Annali del seminario giuridico dell'Università de Catania*, 1948, p. 38 y ss., citado, entre muchos, por FRANCO, LUIGI, *op. cit.*, p. 1; BARBALUCCA, VINCENZA y GALLUCCI, PATRIZIA, *op. cit.*, p. 1.

(120) JEMOLO, ARTURO CARLO, *op. cit.*, citado por ANDRINI, MARÍA C., *L'autonomia privata dei coniugi tra status e contratto*, *op. cit.*, p. 32.

(121) Citado por MURGO, CATERINA, *L'autonomia negoziale nella crisi della famiglia*, Milano, Giuffrè, 2006, p. V.

(122) Recuerda este diálogo entre juristas: DONISI, CARMINE, *Limite all'autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia*, en *Famiglia e circolazione giuridica*, Fuccillo, Guido (dir.), Corsico, Ipsoa, 1997, p. 27 y en *Rassegna di Diritto civile*, 1997/3/494 y ss.

El rol del juez de familia a la luz de los cambios legislativos

PABLO ERNESTO RAFFO⁽¹⁾



1. Introducción

Pensar en el rol que en la actualidad está llamado a cumplir un juez de familia implica analizar dos variables trascendentales: por un lado, la modificación producida en la normativa nacional a partir de la internacionalización, o globalización, de los derechos humanos, y por otro, la transformación y aumento de litigiosidad que en el presente sufren los Juzgados de Familia, indudablemente ligada a la primera.

Estos hechos han provocado, a su vez, la reformulación de los principios procesales del derecho familiar. Con relación a estos, y partiendo de la base de que todo el procedimiento civil ha recibido importantes innovaciones que tienen que ver con la oralidad, la intermediación y el activismo de los magistrados durante el proceso, entendemos que los jueces de familia se enfrentan a un desafío mayor: el de constituirse en jueces de los derechos humanos de ciertas personas en situación de vulnerabilidad social.

Intentaremos en las siguientes páginas dar cuenta de estas transformaciones y las dificultades que afectan el ejercicio de la función judicial.

(1) Juez de Familia de San Miguel, Departamento Judicial San Martín, Provincia de Buenos Aires. Especialista en Derecho de Familia, Universidad de Buenos Aires.

2. Los cambios en la legislación y en la función jurisdiccional

El derecho de familia ha sufrido, en nuestro país y en las últimas tres décadas, tan importantes cambios que resulta difícil trazar una comparación entre la actividad jurisdiccional actual y la de, aproximadamente, cuarenta años atrás. Debemos considerar que es a partir de los años 80, finalizada la dictadura militar, cuando se inicia un trascendental proceso de reconocimiento de nuevas —por algunos sectores resistidas— estructuras familiares, mediante la sanción de un conjunto de leyes que procuraba su protección legal. Piénsese en la ley 23.264, que derogó la norma que establecía el ejercicio de la patria potestad en cabeza exclusiva del padre, o la ley 23.515, que permitió que muchas personas pudieran regularizar su situación de separación matrimonial por medio del divorcio vincular, o la incorporación al derecho interno de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CDN) —ley 23.849—.

Estas tres normas, como se dijo, han iniciado un camino irreversible de transformación en el derecho de familia argentino, que se consolidó con la incorporación al texto constitucional de principios y normas del derecho internacional de los derechos humanos,⁽²⁾ y se profundizó en la actualidad con el reconocimiento de derechos que garantizan y resguardan la diversidad y las nuevas relaciones de familia.

Decíamos que resulta difícil comparar la función jurisdiccional actual con la de hace cuarenta años. Cuesta pensar, en nuestros días, en la fundamentación de una decisión judicial que no contemple nociones básicas del derecho familiar como, por ejemplo, el derecho a constituir una nueva familia tras un fracaso matrimonial, la escucha y valoración de la palabra del niño, la igualdad y la perspectiva de género, la no discriminación hacia la mujer, la protección a las víctimas de violencia familiar, el derecho a la identidad de niños, niñas y adolescentes, y el respeto a la subjetividad de la persona que padece una disminución física o psíquica en su salud. Estos principios, entre otros, se encuentran incorporados al derecho de familia y su aplicación en las resoluciones judiciales parece ya no ser discutida. El Código Civil no resulta en la actualidad la única ni la principal legislación en la que deben fundarse los fallos judiciales relativos a los conflictos familiares, y toda la

(2) En el que el hombre va a ser considerado “sujeto del derecho internacional”, teniendo incluso “la posibilidad de reclamar per se ante los órganos metanacionales”. HITTERS, JUAN CARLOS y FAPPIANO, OSCAR L., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, 2ª ed., T. I, vol. I, Buenos Aires, Ediar, 2007, p. 404.

normativa local debe respetar los principios reconocidos por nuestra Constitución Nacional y los tratados internacionales sobre derechos humanos.⁽³⁾

Esta ampliación y reconocimiento de derechos familiares se ha dado en el marco de un significativo proceso de “constitucionalización del derecho de familia”,⁽⁴⁾ el que además de instituir como normas supremas a algunos principios del derecho de familia, ha originado nuevas prácticas y responsabilidades, de jueces y funcionarios públicos, en las que cada acto judicial o administrativo habrá de sujetarse al nuevo marco trazado por la normativa de los derechos humanos. De no ser así, nuestro país incumpliría una responsabilidad internacional y podría ser sancionado por los organismos internacionales reconocidos como autoridad jurisdiccional, como es el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) —cabe recordar los precedentes “Bulacio”⁽⁵⁾ y “Fornerón”—.⁽⁶⁾ Esta obligación abarca tanto las acciones del Estado como sus omisiones, las que, a su vez, pueden darse por la falta del dictado de una legislación que se ajuste a la normativa de los derechos humanos, o directamente por la no aplicación de esta.

Diremos, entonces, que existe una obligación del Estado de realizar acciones positivas tendientes a garantizar la vigencia de los derechos fundamentales. A modo de ejemplo, y como tiene dicho la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en la Opinión Consultiva 17/2002, punto 7:

... el respeto del derecho a la vida, en relación con los niños, abarca no solo las prohibiciones, entre ellas, la de la privación arbitraria, establecidas en el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino que comprende también la obligación de adoptar las medidas necesarias para que la existencia de los niños se desarrolle en condiciones dignas.

En este marco, la actuación de los magistrados y funcionarios —tanto del Poder Ejecutivo como del Judicial—, debe ajustarse al estricto cumplimiento de las normas y principios rectores del derecho internacional humanitario

(3) De carácter operativos según el fallo de la CSJN, “Ekmekdjian, Miguel Ángel c/ Sofovich, Gerardo y otros”, Fallos 315:1492, 1992.

(4) El concepto ha sido extensamente desarrollado por GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS; FAMÁ, MARÍA VICTORIA y HERRERA, MARISA, en *Derecho Constitucional de Familia*, vol. I, Buenos Aires, Ediar E, 2006, cap. I.

(5) CIDH [en línea], http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_100_esp.pdf

(6) CIDH [en línea], http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf

reconocidas por nuestro país. Este principio se puede observar con total claridad en el ya citado caso “Fornerón”, en el que se dispone que el Estado argentino debe:

... verificar, de acuerdo con la normativa disciplinaria pertinente, a partir de la notificación de la presente Sentencia y en un plazo razonable, la conformidad a derecho de la conducta de los funcionarios que intervinieron en los distintos procesos internos relacionados con el presente caso y, en su caso, establecer las responsabilidades que correspondan.

Esta “conformidad a derecho” se le exige a nuestro país más allá de las responsabilidades que individualmente podrían haber tenido los funcionarios que intervinieron en el caso. Se dispuso, asimismo, en el citado fallo que:

El Estado debe implementar, en el plazo de un año y con la respectiva disposición presupuestaria, un programa o curso obligatorio dirigido a operadores judiciales, incluyendo jueces, defensores, fiscales, asesores y demás funcionarios de la Provincia de Entre Ríos vinculados a la administración de justicia respecto de niños y niñas que contemple, entre otros, los estándares internacionales en derechos humanos, particularmente, en materia de los derechos de los niños y niñas y su interés superior y el principio de no discriminación.

En su labor “como juez, el Estado debe aplicar los tratados, descartar las normas internas incompatibles o contrarias, suplir los vacíos normativos internos remitiendo al derecho internacional, y garantizar el debido proceso”.⁽⁷⁾ Queda claro que “los derechos reconocidos por los tratados constituyen un plus que se adiciona a los declarados en el orden interno. Si el alcance de aquellos fuese menor, prevalece el derecho interno, o, por el contrario, el del tratado que otorgue mayor protección”.⁽⁸⁾

Como sostuviera en un reciente artículo la Jueza de Familia de Esquel, Mariela González de Vicel:⁽⁹⁾ “Debemos conocer el derecho constitucional con

(7) GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS; FAMÁ, MARÍA VICTORIA y HERRERA, MARISA, *op. cit.*, p. 37.

(8) GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, 3ª edición, Buenos Aires, La Ley, 2005, p. 718.

(9) GONZÁLEZ VICEL, MARIELA, “El rol del juez de familia en el derecho proyectado”, en *Revista de Derecho Privado*, año II, n° 6, Bs. As., Infojus, 2014, p. 83.

la misma profundidad que el civil, los análisis jurisprudenciales de los organismos con competencia constitucional para brindar respuestas razonablemente fundadas, y en un lenguaje comprensible y asequible a quienes trajeron sus pretensiones”.

Ello conlleva la necesidad de la preparación del juez de familia, y del sistema judicial argentino en su integridad, para la aceptación y acatamiento de las decisiones de instancias supranacionales que serán las que, en última instancia, velen por el cumplimiento de las normas internacionales de derechos humanos. Esta nueva visión de la función jurisdiccional convierte a los jueces en “jueces de los derechos humanos (...) en jueces constitucionales que aplican la Constitución, de jueces que aplican el Convenio Europeo de Derechos Humanos y de jueces vinculados por el Derecho de la Unión Europea”,⁽¹⁰⁾ lo que traspuesto a nuestro país nos remite a la observancia de los tratados, americanos y universales, de derechos humanos —art. 75, inc. 22 CN—.

Como se observa, la labor de este “juez de los derechos humanos” dista considerablemente de la de aquel otro juez, de cuarenta años atrás, al que le bastaba el derecho civil nacional para fundar sus resoluciones. Pero, al mismo tiempo, debemos reconocer que las resoluciones de algunos jueces de familia y cierta doctrina nacional pionera invocaban principios internacionales de los derechos humanos y han precipitado el proceso de constitucionalización del derecho familiar en nuestro país.

3. La “nueva litigiosidad”

Ha habido, como se dijo, una variación importante en el derecho aplicable, en la fundamentación de los fallos y en la responsabilidad que, como agente estatal, corresponde al juez de familia en cuanto a la sujeción de su actuación al derecho internacional de los derechos humanos. Pero también se produjo un cambio notorio en la litigiosidad que deben asumir los juzgados de familia. Ello como consecuencia directa de la sanción de nuevas leyes que receptaron principios de derechos fundamentales y establecieron nuevas prerrogativas y obligaciones dentro del derecho de familia.

Mencionaremos como grandes temas, que atañen tanto al derecho familiar como al derecho internacional de los derechos humanos y que

(10) ORDÓÑEZ-SOLÍS, DAVID, “Los Jueces Europeos en una Sociedad Global: Poder, Lenguaje y Argumentación”, vol. 1 EJLS n° 2, [en línea] <http://www.ejls.eu/2/27ES.pdf>

contribuyeron a esta evolución de la litigiosidad de los juzgados de familia, a las situaciones de violencia de género, al control de legalidad de las medidas excepcionales de protección de derechos de niños, niñas y adolescentes, y a los procesos de salud mental. Sobre todo porque en ellas se encuentran en juego la libertad, la integridad física y la salud mental de personas en situación de vulnerabilidad social —de acuerdo a la definición adoptada por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, “100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad”—,⁽¹¹⁾ lo cual impone al juez la obligación de actuar como “juez de los derechos humanos”, como se expresara en el punto anterior.

Las acciones correspondientes a estas categorías han alterado la litigiosidad, tanto en la materia y cantidad de causas en trámite, como en la forma de intervención del juez y demás operadores judiciales.

3.1. Protección contra la violencia familiar

En especial la temática de la violencia de género, que representa el mayor volumen de causas y a la vez las de mayor complejidad en términos de situaciones de urgencia y derechos vulnerados, evidencia una alteración en las proporciones de las materias de expedientes iniciados.⁽¹²⁾

Sin embargo, debemos decir que la “denuncia por violencia familiar”, al no requerir patrocinio letrado y permitir la intervención directa de un juez y un equipo de profesionales, facilita el acceso a la justicia y brinda una posibilidad de escucha e intervención inmediata del órgano judicial. Ello a menudo genera una gran cantidad de denuncias que no se relacionan con situaciones de violencia, sino con conflictos familiares cuya adecuada presentación requeriría de patrocinio jurídico e implicaría una mayor complejidad en su sustanciación. Entendemos que esta circunstancia se relaciona con falencias del sistema judicial para receptor y tramitar las distintas demandas sobre conflictos familiares en forma ágil y eficiente. La denuncia sobre “violencia familiar”, pese

(11) “3. Se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico”.

(12) Resultaría de sumo interés la realización de un estudio sobre la evolución de la litigiosidad en los juzgados de familia —por materia, plazos de tramitación y formas de conclusión— de las causas que versen sobre violencia familiar, salud mental y protección de derechos de niños, niñas y adolescentes.

a los objetivos de la norma, se ha constituido, entonces, en una forma alternativa de acceso a la Justicia. El juez deberá esclarecer cuáles de aquellas peticiones se corresponden con la necesidad de arbitrar una medida de protección contra la violencia familiar, y cuáles corresponden a otro tipo de conflictiva familiar, y disponer su tramitación por el procedimiento correspondiente.

Ahora bien, este juez tendrá que asumir nuevas compromisos y responder a los estándares internacionales de derechos humanos referidos a los casos de violencia hacia la mujer —que representan más del 80% de las denuncias recibidas por la Oficina de Violencia Doméstica (OVD) de la CSJN—,⁽¹³⁾ entre los que se incluye la garantía de acceso a la justicia y la perspectiva de género.

Esta última constituye, no ya un principio orientador, sino una obligación de los jueces, correspondiente al derecho de la mujer a recibir una atención prioritaria y especial, con perspectiva de género. Ahora, ¿en qué consiste asumir una perspectiva de género?: en reconocer que en toda situación de violencia de un hombre hacia una mujer existe una relación asimétrica, de desigualdad y de poder, construida histórica, social y culturalmente, que deberá considerarse al momento de impartir justicia y durante la sustanciación del proceso judicial. Esto no significa fallar conforme a las pretensiones de la mujer, sino procurar en todo momento garantizar situaciones de igualdad entre las partes y resguardar a la mujer de ser victimizada por el Estado. La prohibición de tomar audiencias conjuntas a la víctima y el victimario, la valoración de la prueba indiciaria y el hecho de comprender la retractación de la denuncia formulada por la mujer como mecanismo inconsciente de sometimiento a la voluntad del agresor, son algunas de las expresiones de la aplicación de la perspectiva de género desde el Poder Judicial.

¿De dónde surge esta obligación de asumir una mirada de género? Surge de un marco normativo basado en la garantía que debe brindar el Estado de satisfacer el derecho de prevenir y sancionar la violencia hacia la mujer, dentro del conjunto de derechos fundamentales que nuestro país se obligó a asegurar.⁽¹⁴⁾ Y estos “nuevos derechos”, como se dijo, requieren otro

(13) Ver [en línea] <http://www.csjn.gov.ar/docus/documentos/verdoc.jsp>

(14) El art. 3 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Violencia contra la Mujer (CEDAW) —celebrada en 1979 por la ONU—, incorporada al texto constitucional por el art. 75, inc. 22 CN, obliga a nuestro país a eliminar patrones socioculturales basados en la superioridad de uno u otro sexo. A su vez, el Comité de seguimiento de la CEDAW dijo en

compromiso del órgano jurisdiccional frente a una mujer víctima de violencia, por el cual la gratuidad de las actuaciones, la obligación del Estado de garantizarle un patrocinio letrado, la respuesta eficaz y oportuna a la denuncia, el respeto a la intimidad, la amplitud probatoria, la no revictimización, la obligación de producir prueba de oficio, entre otras, constituyen la esencia del actual posicionamiento que debe asumir el juez de familia frente a esta problemática.

3.2. Control de legalidad de medidas excepcionales de protección de derechos de niños, niñas y adolescentes

Otra materia que ha alterado tanto la litigiosidad de los juzgados de familia, como la función del órgano judicial, es la del control de legalidad de las medidas excepcionales de protección de niños, niñas y adolescentes —arts. 39 y 40 de la ley nacional 26.061 y 35 bis de la ley 13.298, modificada por la ley 14.537—. Estas normas —como muchas de las correspondientes al resto de las provincias de nuestro país— han adoptado un sistema de protección integral de derechos en base a preceptos trazados por la CDN, que trajo aparejado el desmantelamiento de la estructura tutelar erigida en torno a la figura del patronato del Estado. Paralelamente, este nuevo sistema de “protección integral de derechos” —como lo define el art. 1 de la ley 26.061— otorgó al poder administrador la facultad de tomar las decisiones relativas a la separación de un niño de su familia, y al Poder Judicial la de controlar la legalidad de esta medida —art. 40 de la ley 26.061, citado—.

Ahora bien, más allá de la función del organismo administrativo, la incorporación de esta nueva materia a la competencia de los juzgados de familia, impone al juez la tarea de garantizar el cumplimiento de la obligación

su Recomendación N° 19 (1992) que “La violencia contra la mujer, que menoscaba o anula el goce de sus derechos humanos y sus libertades fundamentales en virtud del derecho internacional o de los diversos convenios de derechos humanos, constituye discriminación, como la define el artículo 1 de la Convención”. Por lo tanto, la violencia de género es una violación a los DDHH y tiene protección constitucional. También el art. 4 de la ley 26.485 incorpora la noción de género: “Se entiende por violencia contra las mujeres toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal”. A su vez, en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, el art. 19 de la ley 14.509 dispone: “La Suprema Corte de Justicia y la Procuración General, deberán garantizar acciones tendientes a la formación sobre Violencia Familiar, con perspectiva de género, especialmente a Juzgados de Familia, Juzgados de Paz, Fiscalías, Defensorías y Asesorías de Incapaces, dictando los reglamentos e instrucciones que resulten necesarios”.

estatal de protección especial de los niños, niñas y adolescentes —arts. 18 a 21 CDN— a través del control jurisdiccional.

Por ello corresponde al juez

ejercer un control judicial de oficio sobre los siguientes puntos: a) que se haya probado que se agotaron todas las medidas de protección posibles sin un resultado positivo, b) que la medida adoptada guarda una relación proporcional con el caso concreto, c) que la medida adoptada es la más idónea de todas las disponibles y d) que la medida adoptada conlleva más beneficios que perjuicios al sistema de derechos en general.⁽¹⁵⁾

Sin embargo la actuación del juez no podrá limitarse al simple dictado de un auto de “legalidad” de la medida excepcional, sino que deberá cumplir con el mandato que le atribuyen el art. 75, inc. 23 CN —adoptar “medidas de acción positivas que garanticen el goce y ejercicio de derechos (...) respecto de niños”—, y los citados arts. 18 a 21 CDN. El juez deberá, entonces, garantizar la efectividad de los derechos del niño, más allá de la simple verificación de que el Poder Ejecutivo ha respetado las prohibiciones que la normativa le impone. Su tarea es constatar que se han tomado las medidas de protección apropiadas a la situación del niño y ajustadas a los derechos fundamentales de la infancia; es decir, que se han adoptado las “medidas necesarias para que la vida —del niño— revista condiciones dignas”,⁽¹⁶⁾ y de no ser así, ordenarlas.

Esta visión del juez como operador y ejecutor de la normativa protectora de derechos de la infancia, no solo no se opone con los principios rectores de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes, sino que es la máxima garantía de su debido respeto y la única herramienta de control de juridicidad de los actos dispuestos por el órgano administrador.

Como hemos sostenido anteriormente:

... una correcta interpretación de la Convención sobre los Derechos del Niño nos llevaría a rechazar las nociones de “subsidiariedad”, “desjudicialización”, “descentralización” y “última

(15) FAMÁ, MARÍA VICTORIA; GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS; HERRERA, MARISA, “Las medidas excepcionales previstas en la ley 26.061. Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes”, en *La Ley*, 29/06/2007, 1 - LA LEY2007-D, 876.

(16) En palabras de la ya citada OC 17, CIDH.

ratio” de la injerencia del poder público a través del órgano jurisdiccional. Deben ser nuestros tribunales los principales garantes del respeto de los derechos de niños y adolescentes, entendiendo dicho accionar como la manera más efectiva y democrática de reconocimiento de la subjetividad de la niñez.⁽¹⁷⁾

3.3. *Procesos relacionados a la salud mental*

Tanto la ley nacional 26.657 como el conjunto de convenciones y principios relacionados a la problemática de salud mental, reconocidos por nuestro país, han contribuido en forma indiscutible a la modificación del rol del juez de familia. Pese a que no es objeto del presente artículo realizar un análisis pormenorizado de las materias citadas en este punto, resulta sí necesario mencionar aquellos postulados que favorecieron tan importante cambio en la función jurisdiccional.

En principio, habremos de mencionar la trascendencia de la Ley Nacional de Salud Mental, como constitutiva de un piso mínimo de derechos a nivel nacional. Tal como había ocurrido con relación a la ley 26.061 en materia de infancia, las legislaciones locales referidas a salud mental poco a poco han ido adaptándose —proceso que aún no ha concluido— al marco legal nacional establecido por la ley 26.657.

La Ley de Salud Mental, junto a los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de Salud Mental —ONU, res. 46/119 de 1991—, la Declaración de Caracas y los Principios de Brasilia —considerados parte integrante de la Ley de Salud Mental, según su art. 2—, la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, imponen al juez de familia nuevas prácticas y un mayor compromiso.

Este marco normativo va a requerir del juez un accionar preponderante, activo y oficioso, en el que el control de las condiciones de internación será su principal obligación. La ley 26.657 y los instrumentos internacionales de DDHH sobre salud mental, van a delinear un conjunto de derechos del paciente cuyo respeto y satisfacción debe vigilar el juez interviniente en el proceso correspondiente.

(17) RAFFO, PABLO ERNESTO, “¿Repensar la ‘guarda de menores’ en el sistema de protección integral de derechos del niño?”, en *Revista Derecho de Familia*, n° 40, Bs. As., Abeledo Perrot, octubre de 2008.

Mayor responsabilidad le cabe, teniendo en cuenta que la internación, de acuerdo a los lineamientos de la normativa referida, se considera una privación de la libertad, y las condiciones en las que la misma se desarrolla deben ser celosamente constatadas por el órgano judicial. Principalmente, deberá constatar que se cumpla con el principio que establece que la internación es “un recurso terapéutico de carácter restrictivo, y solo puede llevarse a cabo cuando aporte mayores beneficios terapéuticos que el resto de las intervenciones realizables en su entorno familiar, comunitario o social” —art. 4 de la ley 26.657—.

La mencionada Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad dispone en su artículo 13 que:

Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares.

El derecho de toda persona de poder designar un abogado, y de participar activamente del proceso en el que se está decidiendo su capacidad, surgen asimismo del Principio 18, de los Principios de Naciones Unidas para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de Salud Mental, considerados parte integrante de la Ley de Salud Mental —según el art. 2 de la ley 26.657—.

De modo que será responsabilidad ineludible del juez de familia asegurar la efectiva participación en el proceso de la persona cuya capacidad se encuentre cuestionada. Ello incluye el deber de escucharla en forma directa —arts. 633 y 827 de los Códigos Procesales de la Nación (CPCCN) y Provincia de Buenos Aires (CPCPCBA), respectivamente—, antes del dictado de la sentencia. Más allá de la previsión de estas normas locales, la obligación del juez de escuchar al presunto insano, antes de decidir sobre su capacidad jurídica, surge del Principio 1.6, de los antes referidos.

Una importante mención cabe realizar sobre la necesidad de revisión de la sentencia que dispone la declaración de incapacidad de la persona. En primer lugar, diremos que la misma debe realizarse en un plazo no

superior a tres años sobre la base de nuevos dictámenes interdisciplinarios y mediando la audiencia, personal con el interesado —conforme art. 40 CCyC—, de conformidad con la noción establecida en el principio 1.6 de los Principios referidos. Pero también habrá de considerarse la necesidad de revisión de la sentencia de incapacidad por un tribunal superior. Ello está previsto en el mismo principio como “derecho a apelar” por parte de la persona de cuya capacidad se trate, y como “elevación en consulta” por el art. 633 CPCCN; pero no así en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, a raíz de la reforma del Código de Procedimientos introducida por la ley 13.634, que dejó sin efecto la “revisión” de la sentencia de incapacidad por el Tribunal —al haber dispuesto la creación de los juzgados unipersonales de familia y no haber previsto la elevación en consulta a la Cámara Civil y Comercial—, en lo que constituye un retroceso en la aplicación de los principios para la protección de los enfermos mentales, en el sentido que se viene considerando.

4. La reformulación de algunos principios básicos del procedimiento de familia

Como resultado de los cambios normativos y prácticas jurisdiccionales que venimos refiriendo, algunos de los importantes principios procesales del derecho de familia deben también resignificarse, entre ellos el de acceso a la justicia, oficiosidad de las actuaciones y oralidad e intermediación.

4.1. Acceso a la Justicia

Entendemos el acceso a la Justicia de las personas que pretenden efectivizar sus derechos familiares, como un derecho fundamental e indispensable en un Estado democrático de derecho. Sin la efectivización de este derecho fundamental, que debe ser garantizado por el Estado, ninguno de los principios de derechos humanos que rigen las relaciones de familia tendría plena vigencia.

Cuando nos referimos al acceso a la Justicia lo hacemos en sus —al menos— tres representaciones:

- a. Como el derecho a que se garantice la proximidad geográfica del órgano judicial, mediante la creación de juzgados en barrios o lugares alejados de las cabeceras departamentales. La cercanía del juez de familia facilita no solo el acceso de los justiciables a la sede del juzgado, sino también la interrelación de aquel con los distintos efectores involucrados en las diversas problemáticas familiares. Habrá de tenerse en cuenta la necesidad del contacto personal que el

juez debe mantener con niños, niñas y adolescentes —muchas veces alojados en ámbitos alternativos a su hogar— y con personas internadas por patologías psiquiátricas —como se refiere en el apartado 4.4.—. Será indispensable también la creación de defensorías oficiales que garanticen el patrocinio letrado a quienes no pueden costear los gastos de un abogado particular.

- b. En el sentido de obtener una rápida y eficaz respuesta de parte del órgano jurisdiccional, acorde con la petición formulada. A modo de ejemplo, podemos mencionar las medidas cautelares —imaginemos un pedido de restitución de un hijo en cumplimiento de una sentencia—, o las autosatisfactivas —pensemos en las medidas de protección contra la violencia familiar—, que en ocasiones no reciben en un tiempo razonable un pronunciamiento jurisdiccional adecuado —ya sea haciendo lugar o rechazando la petición—.
- c. Como posibilidad cierta y efectiva de participar de un proceso. Para ello, además de cumplirse con los presupuestos de los puntos anteriores, deberá modificarse el procedimiento en base a los principios de la oralidad y oficiosidad —como se menciona en los apartados siguientes, estas nociones se encuentran incorporadas en el Código Civil y Comercial de la Nación (art. 706)—.

Las 100 Reglas de Brasilia, ya citadas, contienen principios esenciales relativos a la participación en el proceso judicial de “aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico”, e instan: “Los servidores y operadores del sistema de justicia otorgarán a las personas en condición de vulnerabilidad un trato adecuado a sus circunstancias singulares”.⁽¹⁸⁾ Las materias relativas a violencia de género, salud mental y niños con derechos vulnerados —que representan el mayor cúmulo de causas en trámite en los juzgados de familia—, sumadas a las que comprenden a personas que por su condición social o económica se encuentran en “especiales dificultades” para acceder a la justicia, constituyen un porcentaje muy elevado dentro de la totalidad de los conflictos que debe resolver un juez de familia. De modo que estos principios resultan de estricta aplicación a las reglas procesales del derecho familiar.

Un aspecto interesantísimo relativo a la noción que venimos desarrollando, y que por la extensión de este trabajo no podrá analizarse acabadamente, lo constituye el lenguaje judicial como obstaculizador del acceso a la justicia.

(18) “100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad”, cit. Reglas 2 y 3.

Entendemos que la falta de comprensión de los actos procesales puede imposibilitar, o al menos dificultar, el pleno ejercicio de los derechos de las personas. En tal sentido, las Reglas antes citadas establecen:

(58) 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; (59) En las notificaciones y requerimientos, se usarán términos y estructuras gramaticales simples y comprensibles, que respondan a las necesidades particulares de las personas en condición de vulnerabilidad incluidas en estas Reglas. Asimismo, se evitarán expresiones o elementos intimidatorios, sin perjuicio de las ocasiones en que resulte necesario el uso de expresiones conminatorias; (60) En las resoluciones judiciales se emplearán términos y construcciones sintácticas sencillas, sin perjuicio de su rigor técnico.

Resulta entonces esencial que la actividad jurisdiccional, se trate de una simple comparecencia o de la resolución definitiva del conflicto, contenga expresiones claras y comprensibles para sus destinatarios —no debiendo implicar una merma en la fundamentación y rigurosidad del acto procesal—. Fundamentalmente, si consideramos que “El texto judicial, en tanto texto que pertenece a una institución, es un texto de poder, como también lo son los textos provenientes del Poder Legislativo, del Ejecutivo...”⁽¹⁹⁾ que el magistrado debe fundar valorando aquellos hechos que le permitan la constitución lógica, razonada y justificada del decisorio. Ello, de por sí, implica un recorte de los hechos y pruebas tomadas en cuenta en la resolución.

“Solo puede estar presente en la sentencia aquella voz de los otros que es elegida, querida por el juez”⁽²⁰⁾ lo que supone que el juez “otorgue claras y convincentes razones de lo que decide, y no solo que invoque la existencia de una norma legal que atienda en derecho positivo la respuesta brindada”.⁽²¹⁾

(19) PARDO, M. LAURA, *Derecho y lingüística. Cómo se juzga con palabras*, Buenos Aires, Nueva Visión, 1992, p. 53.

(20) PARDO, M. LAURA, *ibid.*, p. 69.

(21) ANDRUET (h), ARMANDO S, *Teoría general de la argumentación forense*, 3ª reimpresión, Córdoba, Alveroni Ediciones, 2013, p. 143.

Al mismo tiempo, debemos mencionar que el derecho de acceso a la justicia comprende, o mejor dicho se complementa, con el de garantía de ejecución de las decisiones judiciales, si adherimos a una “concepción de este derecho amplia e inclusiva de las fases posteriores de la sentencia definitiva”.⁽²²⁾ Resulta esencial que la noción de acceso a la justicia no concluya al momento del pronunciamiento definitivo del juez, sino que acompañe el proceso posterior de su efectivización. En palabras del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: “...será ilusorio si el ordenamiento jurídico interno de un Estado contratante permitiera que una sentencia judicial definitiva y obligatoria quedara inoperante”.⁽²³⁾

Debemos apuntar, además, que la cuestión de la ejecución de la sentencia está ligada a la del lenguaje utilizado en su redacción abonando a las consideraciones de los párrafos anteriores. Como sostiene la Dra. Ballarín: “para lograr una sentencia eficaz que cumpla un rol motivador del comportamiento de sus destinatarios la sentencia debe alejarse del modelo de monólogo incomprensible a los legos y utilizar un lenguaje accesible”.⁽²⁴⁾

4.2. Actuación de oficio del juez o “publicización” del procedimiento

La oficiosidad en los procesos de familia es uno de los principios que consagra el Código Civil y Comercial de la Nación. Y, al hacerlo, fija un claro posicionamiento con relación a la función del juez de familia. Dispone el art. 709: “En los procesos de familia el impulso procesal está a cargo del Juez, quien puede ordenar pruebas oficiosamente. El impulso oficioso no procede en los asuntos de naturaleza exclusivamente económica en los que las partes sean personas capaces”. Es decir, la regla es la actuación de oficio del juez de familia, y la excepción son los “asuntos de naturaleza exclusivamente económica” de personas capaces.

La consagración normativa de este principio adecua la legislación procesal a los mandatos impuestos por nuestra Constitución Nacional y los tratados sobre derechos humanos, en virtud del compromiso asumido por el Estado argentino en las materias que son competencia de los jueces

(22) VARGAS PAVEZ, MACARENA, “Investigación exploratoria sobre la ejecución civil en América Latina”, en *Aportes para un diálogo sobre el acceso a la justicia y reforma civil en América Latina*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, Santiago de Chile, 2013, p. 171.

(23) En VARGAS PAVEZ, MACARENA, *ibid.*

(24) BALLARIN, SILVANA, *La eficacia de la sentencia en el sistema de comunicación entre padres e hijos*, La Plata, Librería Editora Platense, 2013, p. 203.

de familia —conforme se mencionara en el apartado 2—. Esa ha sido la intención del mencionado Proyecto al incorporar en su texto normas de claro contenido procesal, en el entendimiento de que su observancia se relaciona en forma directa con una garantía mínima de sujeción a normas básicas del derecho familiar.

El juez de familia debe, entonces, pensarse como director del proceso, y no solo como tercero imparcial frente a las pretensiones de cada parte, sobre todo si tenemos en cuenta que, en las acciones de familia, a menudo existe un desequilibrio entre los posicionamientos de las partes y corresponde a quien lleva el curso del juicio asegurar la completa igualdad entre ellas. Un claro ejemplo es la prohibición de celebrar audiencias conjuntas en situaciones de violencia familiar —art. 28 de la ley 26.485—⁽²⁵⁾ en tanto la víctima se encuentra en una clara inferioridad de condiciones para la negociación frente al agresor.

“La figura del juez resulta pues decisiva en cuanto a sus facultades de instrucción y de dirección del proceso. La conclusión lógica es advertir que son particulares los rasgos del juez que debe juzgar la materia de familia y minoridad”.⁽²⁶⁾ Lejos queda la idea del juez que se limita a aplicar el principio dispositivo del proceso en el que “solo el titular del derecho afectado es quien puede decidir si frente a su posible inobservancia habrá de requerir o no la intervención de un tribunal y la concreta medida en que requerirá la tutela estatal”.⁽²⁷⁾ Este cambio trascendental de la función del juez de familia se ha denominado “publicización” del proceso de familia.⁽²⁸⁾

En la Provincia de Buenos Aires, la sanción de tres recientes normas ha acelerado este camino hacia el acogimiento de la oficiosidad como principio del derecho procesal de familia. Se trata de las leyes 14.509 —modificatoria de la ley 12.569, Ley de Violencia Familiar—, 14.528 —Procedimiento de Adopción en la Provincia de Buenos Aires— y 14.537 —que modifica la ley 13.298, de Protección de los Derechos del Niño—.

(25) Art. 28, ley 26.485: “... Quedan prohibidas las audiencias de mediación o conciliación”.

(26) RAUEK DE YANZON, INÉS B., “La capacitación de los jueces de familia y minoridad. Relato de una experiencia concreta”, en *Revista de Derecho Procesal. Derecho Procesal de Familia II*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2002, p. 24.

(27) KIELMANOVICH, JORGE L., *Procesos de familia*, Bs. As., Abeledo Perrot, 1998, p. 14.

(28) KIELMANOVICH, JORGE L., *ibid.*, p. 15.

La ley 14.509 fija principios relativos a la actuación oficiosa del juez ante casos de violencia familiar, en especial ante situaciones de violencia de género, o contra niños, ancianos o personas discapacitadas —arts. 4 y 4 bis—; la obligación de controlar la eficacia de la medida adoptada —art. 14—. A su vez, el art. 8 bis dispone:

La Jueza o Juez tendrá amplias facultades para ordenar e impulsar el proceso pudiendo disponer las medidas que fueren necesarias para indagar los sucesos, ubicar el paradero del presunto agresor, y proteger a quienes corran el riesgo de padecer nuevos actos de violencia, rigiendo el principio de obtención de la verdad material.

La ley 14.528 también recepta la noción de oficiosidad al posibilitar al juez la declaración “de oficio” del niño en situación de adoptabilidad, —art. 14—. Asimismo, “de oficio” podrá aquel revocar una guarda otorgada —art. 21— e iniciar el juicio de adopción —art. 22—.

Finalmente, la ley 14.537, modificatoria de la 13.298, otorga amplias facultades al juez de familia en cuanto al control de legalidad de la “medida de abrigo”, adoptada por el Servicio de Promoción y Protección de Derechos de Niños interviniente —art. 35 bis—.

4.3. Oralidad, inmediatez y conciliación

Sin pretender agotar el tema en este trabajo, y con la sola intención de mencionar su importancia, habremos de señalar la trascendencia que representan la oralidad y la inmediatez a partir del contacto directo del juez con las partes, para la resolución judicial de los conflictos familiares. La celebración de audiencias conciliatorias, la recepción directa de la prueba mediante un sistema oral, y el conocimiento personal de las partes por el juez, van a constituir una plataforma sólida y democrática para el dictado de un pronunciamiento oportuno y útil para los litigantes.

La oralidad en el procedimiento de familia es otro de los principios esenciales que encuentran recepción en el Código Civil y Comercial — conf. art. 706—.

Ahora bien, sin perjuicio de la normativa ya mencionada referida a las personas en “condición de vulnerabilidad” que contiene claras disposiciones sobre la inmediatez, como la obligación de escuchar en forma personal a niños, niñas y adolescentes —art. 12.2 CDN, Observación General 12/09 del Comité de Derechos del Niño, art. 27, incs. a y b de la ley 26.061—;

enfermos mentales —Principio 1.6 de los Principios citados de Naciones Unidas para la Protección de los Enfermos Mentales, art. 833 CPCCN y 627 CPCCBA—; y mujeres víctimas de violencia familiar —art. 28 de la ley 26.485, art.11 de la ley 14.509 de la Provincia de Buenos Aires—, la oralidad debe estar presente en todo proceso contencioso de familia, ya que aporta elementos de conocimiento y prueba únicos e irremplazables para la resolución del caso. Como sostiene Kielmanovich: “Los intereses comprometidos en el litigio de familia tornan imperioso el de por sí conveniente y necesario contacto directo del juez con las personas que intervienen en el proceso”.⁽²⁹⁾

Por lo tanto, entendemos necesario en este punto la consideración de posibles reformas procesales que tiendan hacia una mayor oralidad, con base en las nociones de intermediación, abreviación, publicidad, contradicción y concentración de la prueba, en concordancia con el Código Civil y Comercial.

Esta reforma podría contener disposiciones que prevean la formulación de peticiones en forma oral durante las audiencias, las que deberían ser proveídas por el juez en el momento y oralmente. Las resoluciones judiciales en las audiencias podrían tenerse por notificadas, sin necesidad de formalidad alguna, a quienes estén presentes o debieron haber estado. También resultaría auspiciosa la grabación en video digital de las audiencias —mecanismo que no resulta en absoluto costoso— como dispositivo que garantice la fidelidad y la publicidad del juicio, y la posibilidad de revisión de las decisiones por parte de la instancia superior —en la actualidad, en la Provincia de Buenos Aires, las Cámaras de Apelación no cuentan con la información de la prueba producida durante la audiencia de vista de causa, a los fines de la revisión de la sentencia de primera instancia—.

Incluimos dentro de este principio general de “oralidad” a la función eminentemente conciliadora que debe cumplir el juez de familia durante toda la tramitación del proceso. Muestra de ello resulta el art. 849 CPCCBA, que prevé como primera tarea del juez en la audiencia de vista de causa —el acto procesal anterior a la sentencia— intentar la conciliación entre las partes. “La primera función es intentar, una vez más, la conciliación, objetivo siempre latente en el proceso familiar. Esta es

(29) *Ibid.*, p. 15.

la postrer oportunidad con la que cuenta el Tribunal para acercar a las partes a componer la solución de sus diferencias”.⁽³⁰⁾ Cabe recordar que desde el inicio de las actuaciones, primero a través de la intervención de los Consejeros de Familia —arts. 828/837 CPCCBA— y luego de la suya propia —art. 843.3—, el juez debe procurar la resolución amigable del conflicto, según marca la normativa procesal de la Provincia de Buenos Aires. Asimismo, el CPCCN, en sus arts. 34.1 y 36.2, contempla la conciliación entre los deberes y facultades de los jueces.

Sin embargo, la utilización de esta herramienta presenta algunas características que resulta oportuno mencionar. En primer lugar, diremos que no todas las cuestiones de familia son conciliables. Hay límites impuestos por el orden público que la voluntad de las partes no puede contradecir —como la imposibilidad de transacción en las causas de impugnación de paternidad o en las de nulidad de matrimonio— y otros impuestos por normas especiales que, por la característica propia de la materia, lo prevén expresamente —prohibición de celebrar audiencias conjuntas en las causas sobre violencia familiar, ya mencionada—.

En segundo término, resulta recomendable que, al momento de la celebración de la audiencia, el juez concurra a ella con una propuesta que sea sometida a discusión de los litigantes.⁽³¹⁾ Esto constituiría una ayuda esencial para las partes ya que serviría de ordenador de los hechos en cuestión, determinaría la prueba de la que el juez habría de valerse y pondría sobre la mesa eventuales formas de resolución del litigio. A la vez, diremos que esta actuación requiere un completo y pormenorizado estudio de la causa por parte del juez, a los fines de poder realizar a las partes una propuesta atinente y, a la vez, evitar el dispendio de tiempo y recursos.

En tercer lugar, señalaremos que ante la imposibilidad de la realización de un acuerdo definitivo sobre las materias en conflicto, podrá ser de utilidad a las partes la celebración de convenios parciales que vayan allanando el camino hacia una resolución integral del problema. Pequeños acuerdos que se constituyan como base de la sentencia.

(30) BERIZONCE, ROBERTO O., BERMEJO, PATRICIA S. y AMENDOLARA, ZULMA A., *Tribunales y proceso de familia*, La Plata, Librería Editora Platense, 2001, p. 227.

(31) RÍOS LEIVA, ERICK, “La oralidad en los procesos civiles en América Latina. Reflexiones a partir de una observación práctica”, en *Aportes para un diálogo sobre el acceso a la justicia y la reforma civil en América Latina*, op. cit., p. 126.

De este modo, podemos decir que la sentencia resultará la consecuencia lógica de un proceso, protagonizado por las partes y dirigido por el juez, de construcción de las normas que van a regir las nuevas situaciones familiares traídas a resolución judicial.

5. Consideraciones finales

Hemos intentado, a través de estas escasas líneas, reflejar los cambios que ha sufrido la función del juez de familia a raíz de las modificaciones normativas producidas por un notorio proceso de constitucionalización del derecho familiar.

Hoy en día, la sociedad exige del juez de familia otras obligaciones y respuestas. Entre ellas, que su actuación tenga por marco, y se sujete, a la doctrina internacional de los derechos humanos, que garantice el acceso a la justicia mediante la efectiva participación de las personas en el proceso judicial y procure su escucha directa a través de mecanismos oportunos y eficaces para la resolución de los litigios. Asimismo, persiga la conciliación a través de su intervención activa, formulando propuestas de acuerdos que contemplen el interés de las partes y el respeto por sus derechos humanos, en especial de aquellos que se encuentran en situación de vulnerabilidad social.

La oficiosidad, la oralidad y la inmediación del juez deben ser los pilares del nuevo procedimiento de familia, como lo refleja el Código Civil y Comercial de la Nación. Su tan esperada sanción contribuirá a acercar un poco más los juzgados de familia a las personas y a hacer más efectivos los procedimientos judiciales.

La actuación del juez de familia que responda a los parámetros fijados por estos derechos fundamentales hará más accesible y efectiva la función jurisdiccional.

En definitiva, contribuirá a “destruir barreras y reducir obstáculos que (...) bloquean la visión democrática de la justicia”.⁽³²⁾



(32) MORELLO, AUGUSTO M., *El proceso justo*, La Plata, Librería Editora Platense, 1994, p. 246.

El rol del consejero de familia en los juzgados de la Provincia de Buenos Aires

DANIEL ALBERTO RODRÍGUEZ CUZZANI⁽¹⁾



1. Introducción⁽²⁾

La ley 11.453, posteriormente modificada por la ley 13.634, regula el procedimiento en los juicios de familia en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires: de los 27 artículos que oportunamente se incorporaron al CPCCBA, el 62% está dedicado a normas que ayudan a las partes a arribar a una solución consensuada de su problemática y solo el 38% de la reforma se ocupa de la etapa probatoria, las pericias, sentencias y recursos.⁽²⁾

Los procesos donde se discutan cuestiones de familia constarán de dos etapas: la primera de ellas, la etapa previa, donde se tratarán las cuestiones contradictorias ante un funcionario denominado "Consejero de Familia", que procurará avenir a las partes a los fines de que realicen convenios en las cuestiones planteadas.

(1) Abogado. Especialista en Derecho de Familia (UBA). Consejero de Familia en el Tribunal de Familia N° 3 del Departamento Judicial de Morón, Pcia. de Buenos Aires. Docente de la materia Derecho de Familia y Sucesiones (UBA).

(2) CÁRDENAS, EDUARDO J., "El Proceso de Familia en la Provincia de Buenos Aires", en *Revista Jurídica La Ley*, LL T° 1998-A, Sec. doctrina, pp. 1088/1109.

En caso de que los justiciables no arriben a un acuerdo, se pasará a la segunda etapa del proceso, denominada etapa de conocimiento. En esta etapa, los procesos serán siempre sumarios. En ella también existen otras dos nuevas oportunidades para consensuar la problemática sin necesidad de dictar una sentencia: la audiencia preliminar y la audiencia de vista de causa (arts. 842 y 849 CPCCBA).

En el presente trabajo, nos abocaremos a la tarea del consejero de familia durante el trámite de la etapa previa y la intervención que puede solicitar el Juez a este funcionario en la etapa de conocimiento.

2. La etapa previa

De acuerdo a lo previsto por el art. 828 CPCCBA, en esta etapa se tratan prácticamente, todas las cuestiones consignadas en el art. 827 CPCCBA, es decir, todas salvo: las medidas cautelares, las causas sobre nulidad de matrimonio, privación de la patria potestad, acciones de desplazamiento filiatorio o las que tengan un procedimiento especial (como los procesos de alimentos, declaración de incapacidad e inhabilitaciones); los demás trámites deberán radicarse en la etapa previa y serán tratados por las partes y sus letrados ante el consejero de familia.

El último párrafo del art. 828 CPCCBA dispone que en la etapa previa todas las actuaciones sean sin formalidades. Esto implica que para iniciar un proceso de familia en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, no será necesario —salvo para determinados procesos en los que, en principio, no interviene el consejero de familia— acompañar demanda ni documentación alguna, salvo la necesaria para acreditar los vínculos que se invoquen.

Esta característica encuentra su fundamento en que las partes comparezcan al juzgado sin la carga emocional que supone volcar en un escrito todas las situaciones conflictivas y las pruebas que las avalen.

La etapa previa es una etapa judicial, obligatoria y a la que hay que comparecer con patrocinio letrado; por ello, la solicitud de trámite debe estar suscripta por el letrado de la parte que inicia el proceso.

3. El rol del consejero de familia

Dispone el art. 833 CPCCBA que las funciones del consejero se desarrollarán “en la etapa previa y en la contenciosa, mediante asesoramiento y orientación, intentando la conciliación, procediendo de la manera más conveniente al interés familiar y/o del niño, y al de las partes”.

Como vemos, la tarea del consejero de familia es la misma que la del mediador extrajudicial, por lo tanto, corresponde a este funcionario, de manera neutral e imparcial, ayudar a las partes a negociar sus diferencias procurando que alcancen un acuerdo.

Es principalmente en el campo del derecho de familia, en el que la tarea del consejero de familia va a resultar fundamental para ayudar a las partes en conflicto.

En efecto, si los miembros de la familia que se separa tienen hijos, saben que tendrán muchos años por delante en los que deberán interactuar y formular acuerdos constantes en relación a la crianza de estos y que el éxito de la misma, en gran parte, estará relacionada a la buena relación parental que logren los progenitores.

La experiencia en los conflictos familiares ha demostrado que los acuerdos alcanzados por las partes, a los fines de resolver sus conflictos, tienen mucha más efectividad que una sentencia dictada por un juez.

Es en la autocomposición de sus diferencias donde los justiciables encontrarán una solución más eficiente a sus problemáticas, entenderán que pueden y necesitan comunicarse para ir generando todos los acuerdos que resulten necesarios para encontrar soluciones a las diferentes dificultades que se les vayan presentando.

De esta forma se alcanzarán acuerdos más beneficiosos para los involucrados y sus hijos, y se procurarán relaciones familiares armónicas, independientemente de la ruptura de los vínculos matrimoniales.

La importancia del aprovechamiento de la etapa previa se centra principalmente en esto, en ayudar a los justiciables a lograr una adecuada relación parental que les permita vivir más felices y relajados.

Las conflictivas familiares resueltas por una sentencia judicial, la que seguramente estuvo precedida de todo un aparato probatorio que exigió a las partes demostrar cuál de los dos es "el mejor" o "el culpable", no hace más que focalizar la energía en aspectos negativos del otro con el objeto de obtener una sentencia determinada.

En las primeras entrevistas, el consejero deberá transmitir a la gente que entiende lo que están viviendo pero, a la vez, procurar normalizar la situación y decirles que su función es ayudarlos a reorganizarse para vivir más tranquilos.

Asimismo, deberá hacerles saber que se verán tantas veces como sea necesario con el objeto de arribar a pequeños acuerdos que puedan ser cumplidos para ir reestableciendo los vínculos y el orden familiar; para esto, la intervención del equipo técnico resultará fundamental.

4. Atribuciones

El espacio de la etapa previa debe ser aprovechado en ayudar a las partes a poner la energía en reorganizarse en esta nueva etapa de sus vidas; para esto el consejero de familia goza de las herramientas previstas en el art. 834 CPCCBA. En efecto, dentro de sus facultades, el consejero podrá solicitar informes, convocar a otras personas ajenas al proceso, petitionar medidas cautelares y, principalmente, requerir el auxilio del equipo técnico del juzgado —que se encuentra compuesto por asistentes sociales, psicólogos y psiquiatras—.

Estas herramientas de las que puede valerse el consejero para desarrollar su tarea lo diferencian y ponen en un lugar de privilegio respecto del mediador, que ejerce su labor en un ámbito no jurisdiccional.

En este sentido, y sin perjuicio de tratarse de una etapa en la que no corresponde presentar y producir pruebas —recordemos que es sin formalidades—, si lo cree conveniente para su función, el consejero podrá solicitar informes a entidades públicas y privadas. Por ejemplo, cuando se esté tratando el régimen comunicacional de un niño con sus progenitores o el monto de la cuota alimentaria con la que cada uno deberá contribuir para el sostenimiento de su hijo, el consejero podrá oficiar al empleador de alguna de las partes, a los terapeutas o al colegio de los niños.

No es necesario que la intervención se agote en la citación de los justiciables; puede haber terceras personas que jueguen un rol importante en la vida de los niños, como por ejemplo los abuelos, quienes en la etapa contenciosa pueden no revestir la calidad de “partes” —por lo que no serían citados al proceso— mientras que en esta etapa previa, y en razón de que ésta se desarrolla sin formalidades, el consejero podrá hacerlos comparecer cuando entienda que su presencia resulta importante para solucionar el conflicto.

Las distintas profesiones que integran el equipo técnico de los juzgados de familia en la Provincia de Buenos Aires, permiten un abordaje interdisciplinario dentro del ámbito del juzgado, sin tener que recurrir a la Oficina Pericial, con la ventaja que supone la inmediatez y la posibilidad de contar

con alguno de los integrantes del equipo técnico durante el desarrollo de las audiencias.

Asimismo, y sin perjuicio de lo expresado precedentemente, en caso de requerir el auxilio de una disciplina diferente de las que integran el equipo técnico del juzgado, el consejero podrá requerir el auxilio de la Oficina Pericial.

En cuanto a la posibilidad de solicitar al juez medidas cautelares, entiendo que por tratarse de una etapa de conciliación, las mismas deberán peticionarse con carácter excepcional: solamente cuando el consejero crea que ayudan al logro de sus fines.

Así, podrá solicitar en forma provisional que el juez establezca una cuota alimentaria o un régimen de contacto de los hijos con sus padres y continuar con la sustanciación de la etapa previa si entiende que tales medidas colaboran con su función.

La etapa previa no tiene plazos y puede requerir de varias audiencias en las que se va acompañando a los justiciables en la evolución de los acuerdos arribados.

5. La intervención del equipo técnico en la etapa previa

Como vimos, el consejero goza de amplias facultades para solicitar informes tanto a entidades públicas como privadas, convocar a terceros ajenos al proceso y disponer la intervención del equipo técnico del tribunal.

La intervención del equipo técnico durante la etapa previa es de fundamental importancia a los fines de ayudar tanto al consejero como a las partes a lograr acuerdos adecuados y que permitan el crecimiento de los justiciables.

Los informes del equipo técnico durante el desarrollo de la etapa previa deberán estar dirigidos a ilustrar al consejero sobre cuáles son los modos interactivos de funcionamiento entre las partes que devienen conflictivos, cuáles mantienen las disputas judiciales, y/o incluso las recrudecen, con qué recursos cuenta el grupo familiar para lograr nuevas adaptaciones, cuáles son sus virtudes y defectos, qué probable pronóstico se vislumbra si se transita tal o cual camino.

Cuando se trata de “destrabar conflictos”, suele ser mucho menos relevante conocer qué características de personalidad tiene cada cual (lo que suele ser sobreestimado por muchos de los adeptos a solicitar “tests” para ver “quién es quién” en el ámbito judicial), que conocer los roles que cada uno juega en el sistema familiar, las flexibilidades de los subsistemas, las

rigideces y las disfuncionalidades; esto es, el relevante modo de comportarse, en determinadas situaciones, de cada integrante del grupo familiar.

Es posible que muchas personas transiten las instancias judiciales por primera vez y que, por ende, desconozcan los alcances del encuadre judicial. Es decir, las posibilidades reales que tienen las medidas judiciales de impactar en sus vidas y los alcances de su propia participación en el proceso judicial.

Cuando el consejero incluye a algún integrante del equipo técnico, como un psicólogo o un asistente social, este debe insertarse de modo tal de cooperar con él para limitar las proyecciones y disputas que son aguas de otro terreno, y encauzar las que sí puedan abonar soluciones a nivel judicial.

En el contexto álgido de los conflictos de familia —en el que, muchas veces, el diálogo entre los adultos ha cesado, se ha paralizado, o resulta una práctica imposible—, es usual que se intenten desplegar todos los conflictos, atribuir las responsabilidades y los fracasos a la otra parte y, en la dinámica, convencer de sus discursos al consejero, en una búsqueda de alianza con él.

Es normal que, en las audiencias, la discusión de temas como, por ejemplo, tenencias y regímenes de contacto con el padre o madre no convivientes, deriven en reproches y demandas que exceden lo judicial.

Ese es el terreno en el que el integrante del equipo técnico puede ayudar. El desafío de este profesional es, por un lado, secundar al consejero alineándose con él para focalizar en que lo que se discuta sea del terreno de “lo judicializable”. Debe tener, pues, la capacidad de escuchar lo que, tras la demanda afectiva o el conflicto psicológico, pueda ser una petición judicial; y también, reconocer lo que excede: demandas afectivas, vinculadas con conflictos no resueltos, que a veces deben ser derivadas para su atención en espacios terapéuticos.

A modo de ejemplo, una situación típica que suele repetirse: uno de los adultos se queja por estar sobrepasado, por no contar con ayuda suficiente en la crianza de sus hijos, y le endilga al otro haber estado ausente y haber cumplido un rol periférico en la crianza de la prole. Pero lo que resiste es, paradójicamente, la petición judicial que hace el otro adulto de aumentar el tiempo de contacto con sus hijos.

La participación del integrante del equipo técnico debe acotar, debe ser lo suficientemente puntual como para reencuadrar, no debe ahondar en el desanudamiento del conflicto, pues las audiencias no deben convertirse en espacios terapéuticos, pero sí debe esclarecer a las partes qué temas

abordar en ese ámbito. En el ejemplo, su intervención puede consistir en remarcar la paradoja de pedir lo que no se está dispuesto a querer recibir, en delinear las ventajas que la situación nueva de reorganización acarrearía, en señalar hasta qué punto los temores de los adultos a lo nuevo justifican situaciones menos justas para los niños y cuáles son las desventajas de mantener estas conductas a lo largo del tiempo, etc.

En cuanto a las posibilidades que brinda la participación del integrante del equipo técnico en las audiencias, es remarcable la de poder jugar un rol complementario con el consejero: a veces el psicólogo o asistente social puede detentar el papel de confrontador para que las partes vean, en un claro contraste, cómo es el consejero de conciliador en su rol; puede mostrarse pesimista sobre la evolución de la familia para que las partes, entonces, muestren sus formas más blandas y comiencen a aliarse entre sí; puede preguntarle al consejero lo que es obvio pero que no puede ser oído para que este responda y las partes escuchen, etc.

El modo en el que consejero y el integrante del equipo técnico interactúan, si es exitoso, será, además, un ejemplo de trabajo en equipo en la tarea de abordar el afrontamiento de los conflictos, cada uno desde su rol; lo que a veces es intuitivamente captado en modo tangencial por las partes o por sus letrados, ayudándoles a focalizar sobre las peticiones posibles, sus alcances y sus posibilidades.

6. La intervención de los abogados en la etapa previa

El art. 828 CPCBA, reza que "... Toda persona que peticione por cualquiera de los supuestos enumerados en el artículo que antecede deberá presentarse con patrocinio letrado...".

La etapa previa es una etapa jurisdiccional que exige que las partes deban comparecer a la misma con patrocinio letrado.

Entonces, en el desarrollo de la etapa previa intervienen, además del consejero de familia, los integrantes del equipo técnico y el asesor de incapaces si correspondiere, los abogados de las partes.

Asimismo, corresponde destacar que en la etapa previa el juez también está presente, ya que este es el que va a decretar la medidas cautelares solicitadas por el consejero de familia y declarará admisible la apertura y la clausura de esta etapa procesal.⁽³⁾

(3) SCBA, C 107931, S.16/2/11, JUBA, B33982.

Sería conveniente, que más allá del rol que cada uno de los operadores referidos tiene en la etapa previa, todos logren formar un equipo que ayude a las partes a resolver satisfactoriamente sus problemáticas.

Por ello, si bien el consejero de familia tiene la facultad de dirigir el desarrollo de las audiencias disponiendo las personas que deben encontrarse presente durante las entrevistas, siempre es conveniente que los abogados se encuentren presentes en las audiencias ya que es de fundamental importancia que todos los operadores coincidan en las estrategias que se implementen para solucionar el conflicto.

Sin dejar de cumplir el rol que a cada uno de los operadores les corresponde en el marco de la etapa previa, éstos deben tener la suficiente flexibilidad para saber correrse de su típica función y formar un equipo.

En este sentido, la función del equipo técnico no estará dirigida a formar una prueba que sirva como sustento de una sentencia, sino a ayudar al consejero y a los abogados a comprender en qué etapa de sus crisis se encuentra la familia, a entender su cultura y, a partir de ahí, ir logrando pequeños acuerdos que los ayuden a reorganizarse en esta nueva etapa de sus vidas.

Los abogados, si bien se encuentran representando a una de las partes, deberán tratar de “abrir” el conflicto entendiendo la posición de la otra y, actuando como verdaderos mediadores, procurar, junto con el consejero y el equipo técnico, poner el foco en el futuro de la relación, connotar positivamente y, por lo tanto, ayudar a reorganizar y mejorar la comunicación.

Por todo ello, integrar al abogado en el proceso de la etapa previa —no solamente como letrado “defensor” de uno de los litigantes, sino como parte del equipo que va a ayudar a reorganizar a las partes—, es fundamental ya que de lo que el abogado piense, sugiera y haga dependerá en, gran parte, el éxito de la etapa previa y el futuro de esa familia.

7. La conciliación

El art. 835 CPCBA dispone que cuando se logre una conciliación, el consejero labrará acta y, si corresponde, el juez la homologará. De esta forma, se habrá logrado que las partes “dicten su propia sentencia”. Como sostuvimos, esta forma de culminar el proceso, tratándose fundamentalmente de cuestiones de familia, logrará muchas más posibilidades de concreción, ya que ha sido elaborada por las partes, que estarán convencidas de que dicho acuerdo es lo que mejor responde a

sus pretensiones, a diferencia de la sentencia dictada por el órgano jurisdiccional —que supone que una parte venció a la otra—.

8. Culminación de la etapa previa

La segunda parte del art. 835 y el art. 836 CPCPCBA tratan de la conclusión de la etapa previa. En la primer norma se dispone que “cuando no se lograre —la conciliación— o a su criterio considerasen innecesaria la continuación o se hubiere agotado su intervención, los consejeros labrarán acta dejando constancia de ello y de la conducta de las partes durante esta etapa”. Por su parte, el art. 836 habilita a cualquiera de las partes a solicitar la clausura de la etapa previa.

Puede ocurrir —y, de hecho, muchas veces sucede— que las partes tienen pretensiones totalmente opuestas o que se encuentren en un momento de la crisis que resulta dificultoso arribar a un acuerdo. En tal caso, continuar perpetuando la etapa previa resulta contraproducente.

Cuando esto sucede, ya sea que lo disponga el consejero de familia o que lo peticione alguna de las partes, se dará por concluida la etapa previa y quedará habilitada la vía para iniciar la etapa de conocimiento que es la que se encuentra prevista en el art. 838 y ss. CPCPCBA.

En esta etapa, salvo los procesos que tengan un procedimiento especial, todas las actuaciones se registrarán por las disposiciones del proceso sumario.

Sin perjuicio de la petición de concluir la etapa previa, ya sea del consejero de familia o de las partes, será el juez el que en definitiva resolverá, en decisión inimpugnable, sobre la clausura o no de esta etapa. En caso de disponer que continúe la etapa previa, el juez deberá fijar los plazos y pautas para que prospere la etapa conciliatoria.

Por último, cuando la ley trata las funciones del consejero, en el art. 833 CPCPCBA establece que las mismas se desarrollarán tanto en la etapa previa como en la contenciosa.

En consecuencia, en un momento pudo haber fracasado la etapa previa por no haberse logrado un cambio en la postura de los litigantes, pero esto no obsta a que en otra etapa del proceso el juez crea conveniente dar una nueva intervención al consejero de familia con el objeto de avenir a las partes. Esto es importante porque hay familias que requieren tiempo para elaborar y darse cuenta de los cambios que se trabajaron durante el desarrollo de la etapa previa.

9. La intervención del consejero en procesos especiales

Como vimos, conforme lo dispone el art. 828 CPCCBA serán radicados en etapa previa —y, por lo tanto, se sustanciarán ante el consejero de familia— prácticamente todas las materias previstas en el art. 827 CPCCBA, salvo los casos que no admitan demora o que, por su especial naturaleza, se encuentran fuera del poder de disposición de las partes y, por lo tanto, no pueden ser transados.

Algunas materias no presentan dudas en cuanto a que no corresponde la intervención del consejero de familia y, consiguientemente, tramitarán directamente en la etapa de conocimiento. Así, las causas en las que se encuentra comprometido el orden público —como las de nulidad de matrimonio o filiación— se regirán por las normas del proceso sumario, según lo dispuesto por el art. 838 y ss.

Ahora bien, en los procesos de filiación podrá darse intervención previa al consejero de familia con el fin de que las partes convengan la realización de las pruebas biológicas correspondientes o podría darse que, en la audiencia de etapa previa, se efectúe el reconocimiento filiatorio en los términos del art. 571 CCyC. En cuanto al proceso de alimentos, difieren algunos juzgados de familia respecto del procedimiento que corresponde adoptar. Así, hay dependencias que los radican en la etapa previa en el entendimiento de que ante el consejero de familia se podrá tratar no solo el monto de cuota alimentaria, sino también la tenencia y régimen de contacto de los niños con sus progenitores. Asimismo, en virtud de las facultades que tiene el consejero de citar a otras personas ajenas al proceso, se podrá acordar, por ejemplo, que los abuelos se hagan cargo de una parte de la cuota alimentaria de los niños.

En esta materia entendemos que, sin perjuicio del criterio referido, el Código Procesal establece un procedimiento especial y que ya el art. 636 del mismo dispone de una audiencia preliminar a la que deberán comparecer las partes, el representante del Ministerio Público y el juez, a los fines de lograr un acuerdo. Por lo tanto, en este comprendo se podrá, además de convenir la cuota alimentaria, tratar otros aspectos que hagan al interés familiar. Asimismo, en caso de fracasar la conciliación, ya se estará dentro del proceso y se comenzarán a producir las pruebas.

En cuanto a los incidentes de aumento o disminución de cuota alimentaria, resulta conveniente que se tramiten en etapa previa ya que la audiencia ante el consejero de familia puede favorecer a su resolución y, por lo tanto, evitar que se tenga que producir la prueba respectiva.

Respecto de los procesos de privación de la patria potestad, podría entenderse que no corresponde que se sustancien en etapa previa ya que la titularidad de la misma no es susceptible de transacción. Ahora bien, muchas veces las causas tienen un objeto —en este caso, privación de la patria potestad— pero la verdadera pretensión es otra y esa redefinición es la tarea que corresponde al consejero de familia, en un trabajo conjunto con el equipo técnico. Por ello, estos tipos de proceso deberían, en principio, ser radicados en etapa previa.

En los procesos de internaciones psiquiátricas, la ley 13.634, en su art. 17, establece específicamente la intervención del consejero de familia a los fines de realizar las investigaciones del caso. Las amplias facultades de las que goza el consejero de solicitar informes, trabajar con el equipo técnico y convocar a las personas que entienda necesario, pueden resultar de mucha utilidad para el abordaje de este tipo de causas ya que trabaja con el causante y su grupo familiar con el objeto de proteger tanto a los bienes como a la persona del internado, incapaz o inhabilitado.

Por último, y sin perjuicio de que el tema quizás exija un análisis más pormenorizado que excede al presente trabajo, analizaremos si corresponde o no la intervención del consejero de familia en los casos de violencia familiar.

La ley 12.569, luego modificada por la ley 14.509, establece en su art. 11 que: “el juez o jueza interviniente citará a las partes y en su caso al Ministerio Público, en audiencias separadas, bajo pena de nulidad, en días y horas distintas, la que deberá tomar personalmente bajo pena de nulidad...”.

Esta disposición, con todo acierto, procura evitar, dentro del marco del proceso judicial, la relación de asimetría y sometimiento existente entre víctima y victimario en las causas sobre violencia familiar.

A partir del análisis del artículo citado, parecería que en las causas sobre violencia familiar no corresponde la intervención del consejero de familia habida cuenta de que esta problemática no resulta mediable.

En este sentido sostiene la Dra. Villaverde que: “en los procesos en los que se denuncian hechos violentos no se reúnen las condiciones que habilitan los mecanismos alternativos de resolución de conflictos como la

mediación, porque en ellos se requiere que ambas partes se encuentren en condiciones de igualdad, hecho inexistente o altamente improbable en los casos de violencia".⁽⁴⁾

Ahora bien, antes de descartar la intervención del consejero en las denuncias sobre violencia familiar, corresponderá diferenciar, como sostiene Eduardo Cárdenas, "entre los casos de violencia" y los "casos con violencia". Sostiene este autor que:

... las mayorías de las familias que llegan a mediación han pasado por episodios violentos. En el 70% de las separaciones, por ejemplo ha habido hechos violentos en los períodos inmediatamente anterior y posterior a la separación. Muchísimas veces, hay violencia entre los conflictos entre padres e hijos adolescentes, o cuando hay un enfermo mental en la familia. Estos no son 'casos de violencia' sino casos 'con violencia'.⁽⁵⁾

Por lo tanto, una vez recibida la denuncia sobre violencia familiar, se deberá dar inmediata intervención al equipo técnico para determinar si estamos frente a un caso "con violencia" o ante un caso "de violencia estructural".

La primera de las situaciones será perfectamente mediable y corresponde dar intervención al consejero de familia. En cambio, cuando el equipo técnico o el juez determinen que se trata de un caso "de violencia" o "violencia estructural" —porque resulte evidente de la denuncia—, la causa se tramitará de acuerdo a lo establecido por las leyes 12.569 y 14.509 y solo se podrá requerir la intervención del consejero una vez que haya cesado la situación de asimetría entre denunciante y denunciado, tal como lo dispone el art. 833 CPCCBA.

10. Palabras finales

La figura del consejero de familia es, sin lugar a dudas, el mayor acierto que ha tenido la creación del fuero especializado en cuestiones de familia en la Provincia de Buenos Aires.

La tarea del consejero se desarrolla en la etapa previa —y, cuando lo disponga el juez, en la etapa contenciosa—, cuenta con el apoyo del un

(4) VILLAVERDE, MARÍA S., *La violencia doméstica es una violación de los derechos humanos*, Bs. As., Lexis-Nexis, n° 5, 2006, p. 503.

(5) CÁRDENAS, JOSÉ E., *La mediación en conflictos familiares*, Bs. As., Lumen/Hvmanitas, 1998, pp. 212 y 213.

equipo interdisciplinario y goza de amplias facultades para pedir informes, convocar a personas ajenas al proceso e, incluso, para solicitar medidas cautelares.

Como se señaló en el presente trabajo, la mayoría de los artículos que regulan el procedimiento de las causas de familia en la Provincia de Buenos Aires están dedicados al desarrollo de la etapa previa, que es donde el consejero ejerce primordialmente sus funciones.

Siguiendo esta línea, la leyes 11.453 y 13.634 dejan un claro mensaje: no será la sentencia que dicte un juez la que solucionará de manera más efectiva los problemas familiares, sino que es en el aprovechamiento de la etapa previa donde las familias logran recomponer vínculos y/o generar nuevas dinámicas familiares que les permiten formular acuerdos que brinden mejores soluciones a sus dificultades.

Para ello, resulta de vital importancia que tanto el consejero, el equipo técnico y los abogados de las partes formen un equipo en pos de arribar a una verdadera solución que produzca el crecimiento de la familia en crisis.



Derecho a la defensa de niñas, niños y adolescentes víctimas⁽¹⁾

NELLY MINYERSKY⁽²⁾



1. Introducción

Resulta imprescindible abordar el tema de la doble victimización que sufren los niños al ser sujetos pasivos de un delito, cuando la Justicia les impide el acceso a la misma o cuando, al verse involucrados en un proceso, no se tiene en cuenta su interés superior ni su calidad de persona en situación de vulnerabilidad.

La representación procesal de los niños y/o adolescentes víctimas, su protección y el respeto de sus derechos en sede judicial es un tema que abarca tanto cuestiones civiles como penales. Los derechos que vamos a analizar son de distinto tipo y, para ello, deberemos abreviar tanto y en especial en normas del derecho constitucional, del derecho civil y procesal. En primer término, se debe trabajar sobre un tema fundamental cual es “la

(1) El presente es una ampliación y actualización del artículo “La capacidad progresiva. El acceso a la justicia de los niños, niñas y adolescentes víctimas. Protección de sus derechos”, publicado en *Acceso a la Justicia de Niños/as víctimas - Protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes víctimas o testigos de delitos o violencia*, Bs. As., UNICEF, JUFEJUS y ADC, Bs. As., 2010, pp. 55/71.

(2) Abogada. Profesora Consulta de Derecho de Familia de la Universidad de Buenos Aires. Directora de la Maestría y Carrera de Especialización en Problemáticas Infanto Juveniles, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Investigadora de la Universidad de Buenos Aires, UBACyT.

capacidad civil y procesal de los niños, niñas y adolescentes”, instituto este que es motivo de posiciones doctrinarias y jurisprudenciales encontradas, a pesar de haber sido receptado a nivel constitucional —en el art. 75, inc. 22 CN, que le otorga jerarquía constitucional a la Convención de los Derechos del Niño—⁽³⁾ y, legislativamente, en la ley 26.061,⁽⁴⁾ que desarrolla el concepto de capacidad progresiva.

¿En qué momento se puede afirmar que un niño, niña y/o adolescente, sujeto de derecho, se enfrenta a una situación de victimización? Ciertamente no solo cuando sufre como víctima de actos relativos a la ley penal. Seguramente son más numerosas las víctimas de hechos ilícitos que no alcanzan la tipología penal y que tampoco pueden ejercer sus derechos en el ámbito judicial debido. Vaya como ejemplo niños involucrados en divorcios malignos, cuyos padres dirimen tenencias y sistemas de convivencia y/o contacto, y los tratan como objetos vehiculadores de sus problemas como pareja, sin tener en cuenta las necesidades y pesares de sus hijos.

En primer término, debemos señalar que frente al niño, niña y/o adolescente la respuesta debe comprender un amplio abanico de situaciones que exceden el marco judicial y que van desde la asistencia médica y psicológica hasta la provisión de subsidios, etc. Este abordaje debe realizarse respetando el marco que conforman las normas las constitucionales, la Convención de los Derechos del Niño y las leyes que la operativizan, en especial la ley 26.061, debiendo respetarse los principios estructurantes que ellas contienen: autonomía, libertad, participación, no discriminación, etc. ¿Qué instrumentos se deben crear en este campo que permitan se hagan efectivos los derechos que consagran las normas invocadas?

(3) La CDN ha sido el tratado de derechos humanos que más rápidamente entró en vigor en la historia de todos los tratados de derechos humanos. Es, además, el tratado de derechos humanos más ratificado de la historia de todos los tratados de derechos humanos. Ningún otro instrumento internacional específico de protección de derechos humanos ha tenido la aceptación y el consenso generados por esta Convención. A la fecha, solo Estados Unidos y Somalia no la han ratificado. Ver BELOFF MARY, *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Bs. As., 2004, Editores del Puerto, p. 2. Al respecto, resulta de interés las razones que la autora describe que en su opinión explican la generalizada firma y ratificación del tratado. En Argentina la CDN —que fue ratificada por ley 23.849— goza de jerarquía constitucional desde 1994 (ver art. 75, inc. 22, Constitución Nacional, en adelante CN). Incluso previo a la Reforma Constitucional, la primacía del derecho internacional por sobre el derecho interno fue reconocida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del caso “Ekmekdjian, Miguel A. c/ Sofovich, Gerardo y otros”, sentencia del 7 de julio de 1992.

(4) Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, sancionada el 28 de septiembre de 2005.

No se puede profundizar el concepto de la capacidad progresiva sin analizar si participar en un proceso es positivo para un niño, niña y/o adolescente, y si ese beneficio se corresponde con cualquier causa, civil o penal, y si, dentro de esta última, deben diferenciarse según el tipo de delito.

El niño víctima goza de distintos derechos exigibles en diferentes ámbitos; algunos tienen relación con el ámbito administrativo y otros se deberán efectivizar solamente en sede judicial, ya sea ésta penal o civil. El derecho que le asiste a recibir asistencia psicológica, letrada o médica por daños en su salud física o psicológica, producto o consecuencia del delito sufrido, puede ser ejercido por el niño siguiendo los standards de la Convención de los Derechos del Niño regulados en el art. 12 y concordantes, sobre todo si sus progenitores no reclaman por la vigencia de los derechos de sus hijos, como se analizará. Considerar que él/ella no puede cuidar su propia salud, y exigir las prestaciones que le son debidas, aparejaría una indefensión total y una flagrante violación de un derecho humano como es el derecho a la salud. Este restablecimiento de derechos encuentra normativas expresas tanto en la Convención sobre los Derechos del Niño como en la ley 26.061. Por ejemplo, los arts. 37, 38, 39 y cctes. de la ley 26.061 podrían ser instrumentos aptos para ello.

2. De la defensa de los derechos de niños, niñas y adolescentes

Es interesante apreciar cómo el concepto de defensa de derechos se ha ido planteando en distintos ámbitos y con distintas características.

Hace años, cuando se hablaba de defensa en juicio y/o de violación de derechos respecto de adolescentes infractores a la ley penal, aparecía la necesidad de otorgarles mecanismos adecuados para el resguardo de sus derechos. Recordemos, al efecto, el art. 40⁽⁵⁾ de la Convención sobre los

(5) Convención sobre los Derechos del Niño: "Art. 40: 1. Los Estados partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que este asuma una función constructiva en la sociedad. 2. Con ese fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados partes garantizarán, en particular: a) Que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos y omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron. b) Que todo niño del que se alegue que ha infringido

Derechos del Niño que, entre otras disposiciones y otra serie de garantías procesales para el niño infractor o supuestamente infractor de leyes penales, establece que los Estados partes reconocen:

... el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros [garantizando que] se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley (...) Que será informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él...

las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice por lo menos lo siguiente: i) Que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley. ii) Que será informado sin demora y directamente o, cuando se procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él y que dispondrá de asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa. iii) Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico y otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considere que ello fuere contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales. iv) Que no será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable, que podrá interrogar o hacer que se interroge a testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad. v) Si se considere que ha infringido, en efecto, las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella, serán sometidas a una autoridad y órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley. vi) Que el niño contará con la asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado. vii) Que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento. 3. Los Estados partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular: a) El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales. b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales. 4. Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción”.

Las Directrices de Riad⁽⁶⁾ se refieren a reglas para la prevención de la delincuencia juvenil, promoviendo la aplicación y promulgación “de leyes y procedimientos especiales para fomentar y proteger los derechos y el bienestar de todos los jóvenes” y de leyes que “prohíban la victimización, los malos tratos y la explotación de niños y jóvenes, así como su utilización para actividades delictivas”, estableciendo que “a fin de impedir que prosiga la estigmatización, victimización y criminalización de los jóvenes deberán promulgarse leyes que garanticen que ningún acto que no sea considerado delito ni sea sancionado cuando lo comete un adulto se considere delito ni sea objeto de sanción cuando es cometido por un joven”. Y, por último, las Reglas de Beijing⁽⁷⁾ —un importante cuerpo que reconoce los derechos específicos que tienen los menores— establecen que:

En todas las etapas del proceso se respetarán garantías procesales básicas tales como la presunción de inocencia, el derecho a ser notificado de las acusaciones, el derecho a no responder, el derecho al asesoramiento, el derecho a la presencia de los padres o tutores, el derecho a la confrontación con los testigos y a interrogar a estos y el derecho de apelación ante una autoridad superior.

Como se puede observar, estos tres importantes instrumentos sobre los derechos de los niños tratan la temática de la participación en juicio del niño infractor a la ley penal.

Luego, se trasladó esta defensa en juicio a otros ámbitos más propios de la Justicia civil y se le fue dando mayor entidad. Se tomó como base el articulado de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), en especial el art. 3 que establece que “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”, y el art. 12,⁽⁸⁾ sobre el derecho del niño a ser escuchado. Ambos

(6) Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, adoptadas y proclamadas por la Asamblea General en su resolución 45/112, de 14 de diciembre de 1990.

(7) Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, adoptadas por la Asamblea General en su resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985.

(8) Convención de los Derechos del Niño. “Art. 12: 1. Los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio del derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en

artículos posibilitaron la participación de los niños, niñas y adolescentes, en los juicios derecho de familia.

Esta evolución no debe detenerse en la mera defensa tutelar de los derechos de los niños; ellos deben ser defendidos porque son sujetos de derecho, pero el ejercicio de esa defensa no debe ser siempre delegado: puede ser ejercida personalmente. Debemos reconocer su autonomía, tanto como que no es siempre suficiente ni necesaria la representación de los padres o la presencia del Ministerio Público. En esta línea de pensamiento se fue avanzando, y se llegó al reconocimiento de la necesidad de una defensa técnica propia del niño receptada en el reconocimiento de este como parte en todo proceso en el que esté involucrado y en la ley 26.061 —Ley de Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes—.

Este reconocimiento de los niños como sujetos de derecho les allana el camino para que no solo sean escuchados sobre su elección sobre con qué padre convivir, sino también para reclamar por los derechos que le corresponden, lo que incluye derechos económicos y sociales como derechos de salud y educación, entre otros.

Esta evolución no solo se dio en Argentina, sino en toda América Latina. Se ha trabajado permanentemente en el tema del abogado del niño o adolescente, que introduce el art. 27⁽⁹⁾ de la ley 26.061, que es un elemento sustancial en todas estas distintas esferas. Porque debemos pensar, ¿qué sucede cuando hay una violación a un derecho y los padres del niño, niña o adolescente no reclama o no lo defiende? Debemos

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 procedimientos de la ley nacional”.

(9) Ley 26.061, art 27: “Garantías mínimas de procedimiento. Garantías en los procedimientos judiciales o administrativos. Los Organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías: a) A ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente; b) A que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte; c) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine; d) A participar activamente en todo el procedimiento; e) A recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte”.

permitirle a esa persona, a quien le reconocemos autonomía, acceder a la justicia de todas formas.

¿Qué debe entenderse por defensa de la víctima? Cuando se habla de defensa de la víctima, en realidad se está planteando la vigencia real de sus derechos, porque si éstos son violados o no son operativizados, cabe acudir al derecho de defensa.

Siempre que exista una violación de los derechos de un niño, niña y/o adolescente víctima de un delito, debe haber una defensa —que podrá tener distintos aspectos—, que debe ser esgrimida. Aunque no contamos con una legislación específica, como un estatuto del Niño Víctima, sí existe una trama de derechos que va a ser detallada en los apartados correspondientes a legislación internacional, nacional y local, que permite la correcta defensa de los derechos de los niños que son o han sido víctimas de un delito.

3. De la victimización primaria y secundaria

Ser víctima de un delito indudablemente es una experiencia que queda grabada en la memoria emocional de las personas que han atravesado tal situación. Cuando se trata de víctimas, que además son niños, niñas y/o adolescentes, la vivencia y la forma de enfrentarse a su realidad seguramente será diferente. El proceso penal que se abre ante la comisión de un delito instala como activo participante a la víctima del mismo.

Cuando hablamos de niños, niñas y/o adolescentes, corresponde preguntarnos ¿es positivo o negativo que el niño participe en el proceso?

Para responder a esta interrogante además de tener en cuenta que estamos hablando de niños, niñas y adolescentes, también debemos analizar si hay diferencias en el tipo de delito, y qué tipo de derechos de la víctima se pretende proteger. Estas consideraciones deben practicarse para estudiar la legitimidad para interponer la acción y para prever cómo será la actuación en los distintos momentos del proceso.

En la investigación “Hacia una fenomenología de la victimización secundaria en niños”, realizada por Christian Anker Ullrich,⁽¹⁰⁾ se concluye que es bueno dar participación a los niños y/o adolescentes en el proceso. Se expone que estas formas de participación, en especial en el proceso penal,

(10) Psicólogo de la Unidad de Atención de Víctimas y Testigos, Fiscalía Regional de Valparaíso, Chile.

pueden asumir distintas formas. Una de ellas es meramente instrumentalista: se hace participar al niño, no pensando en él, ni en su condición de víctima, sino considerando que la casuística penal requiere que este colabore para ver si el imputado es culpable o no; o sea, solo se lo utiliza. Por el contrario, una actitud distinta considera al niño como sujeto participante en el proceso en su propio interés: que se cumpla con el debido proceso es algo que le servirá al niño, niña y/o adolescente a superar su situación de víctima. De esta forma, sostiene Ullrich que “esta participación cobra especial valor y complejidad en los menores de edad, tanto porque su capacidad de responder a las expectativas psico-jurídicas son cualitativamente diferentes a la de los adultos, tanto porque la cosmovisión está recién en formación, abriéndose ésta a la acción intersubjetiva”.⁽¹¹⁾ En este punto, observamos que la posición en la que se pone a los niños/as víctimas es muy diferente a la de los adultos. Es en este momento en que la ley debe encargarse de proteger al niño/a víctima para que no vuelva a sufrir lo ocurrido: se debe evitar que, en el proceso penal, el niño/a y adolescente sea expuesto de manera tal que reviva la agresión, lo que conduciría a una victimización secundaria; todo ello, sin descuidar el proceso que persigue el castigo del delito al responsable del mismo.

Cada persona, y en especial los niños, niñas y adolescentes, luego de una situación traumática transitan un proceso de duelo. En algunos casos, “la participación en el proceso penal en un menor se convierte en un ‘rito’ donde puede elaborar discursiva y mímicamente su duelo y dolor, frente a un mundo de significados que lo objetivará y traducirá mediante la judicialización”.⁽¹²⁾ Si al niño que ha sufrido está herida, además se le oculta el proceso y sus características, se lo está privando, no del hecho que lo agredió, sino de la posibilidad de ver cómo solucionar esta etapa tan difícil que le ha tocado vivir. El niño víctima se pregunta quién es ahora y quién era antes.

En esta investigación se diferencia “quién soy ahora” y “quién era antes”, y esta vivencia positiva que existe del antes es porque en el antes no había sido víctima de un delito, no había sufrido una agresión. El hecho de la victimización primaria —o sea, de la agresión por el delito— lo hace sentir

(11) ULLRICH, CHRISTIAN ANKER, “Hacia una fenomenología de la victimización secundaria en niños”, en *Revista Justicia y Derechos del Niño*, n° 5, UNICEF, Santiago de Chile, 2003, p. 119 y ss.

(12) ULLRICH, CHRISTIAN ANKER, *ibid.*

en una etapa negativa. Desgraciadamente, esto que los estudiosos llaman espera, que es el tiempo de proceso, puede muchas veces generar una revictimización innecesaria que lesiona lo positivo que puede aportar el proceso cuando, a través de la justicia, mediatiza una especie de sanación, una especie de respuesta social que mejora, que cura y permite hacer el duelo. Muchas veces los niños víctima de delitos, puesto en palabras del referido investigador:

... para estructurar su experiencia y dar cuenta de sí mismos, operan a partir de una oposición entre 'el que era antes' y 'el que soy ahora', como vivencia ante un delito violento, pero también y especialmente ante la experiencia de participar en un proceso penal, que intenta mediar en la reparación social que se pudo lograr de esa experiencia original. Mientas 'el que era antes' engloba todos los aspectos deseables de sí mismos, que dan cuenta de la construcción de una existencia positiva, durante el proceso penal la vivencia de sí mismos, 'el que soy ahora', proporciona elementos de identificación negativa. La proyección hacia el futuro, 'el que quiero ser', se esboza a partir del deseo de estabilizar en el tiempo las cualidades personales percibidas en sintonía con su anhelo de integración psicosocial.

Es evidente que la forma y modos de participación del niño víctima en el proceso son sustanciales a los efectos de que esta participación se convierta en un hecho beneficioso para su estructuración social y su recuperación.

Estas reflexiones son aplicables tanto para las cuestiones penales como para las civiles, con las graduaciones lógicas, atento la distinta gravedad de los hechos, edades y capacidades de cada niño, atendiendo a su progresividad.

4. De la capacidad progresiva

Si bien en este trabajo no pretendemos analizar el tema de la capacidad progresiva, tema que fuera objeto de trabajos anteriores, es interesante incorporar algunos conceptos para que el estudio de la participación de niños, niñas y adolescentes víctimas o testigos en los procesos judiciales cuente también con este abordaje infaltable.

Es por ello que debemos reiterar que la consideración del niño como sujeto de derechos, principio básico y rector de la Convención sobre los Derechos del Niños, constituye el máximo objetivo de superación de la actitud de indiferencia que tradicionalmente ha tenido el derecho respecto de las personas menores de edad; una actitud que incluye la consideración de que son incapaces de participar en el sistema jurídico⁽¹³⁾ y su utilización como objetos que ayudarán al proceso jurídico a llegar a la verdad.

Que los niños, niñas y adolescentes sean reconocidos como sujetos de derecho implica que han dejado de ser definidos por sus carencias —es decir, por lo que les falta para llegar a la vida adulta—, sino más bien que se los reconozca como seres humanos completos, tanto portadores de derechos y atributos que les son inherentes por su condición de persona, como de aquéllos que les corresponden específicamente por su condición de niño.

La afirmación del niño y adolescente como personas en condición peculiar de desarrollo no puede ser definida apenas a partir de que el niño no sabe, no tiene condiciones y no es capaz. Cada fase de desarrollo debe ser reconocida como revestida de singularidad y de completud relativas: o sea, el niño y el adolescente no son seres inacabados en camino de una plenitud a ser consumada en la edad adulta, en cuanto portadora de responsabilidades personales cívicas productivas plenas. Cada etapa es a su manera un período de plenitud que debe ser comprendida y acatada por el mundo adulto —o sea, por la familia por la sociedad y por el Estado—. ⁽¹⁴⁾

Debemos pensar la forma de poner a disposición de niños, niñas y/o adolescentes todos los mecanismos necesarios para el ejercicio de los derechos de los cuales son titulares, respetando la necesidad de cada uno de acuerdo a su capacidad progresiva.

En este mismo sentido ya la Convención de los Derechos del Niño habla del derecho del niño de formar su juicio propio y expresar su opinión libremente en los asuntos que los afecten, teniendo en cuenta su edad y madurez, como se plasma en el art. 12 del cuerpo normativo citado

(13) FANLO CORTÉS, ISABEL, "Los derechos del niño y las teorías de los derechos: Introducción a un debate", en *Revista Justicia y Derechos del Niño*, n° 4, UNICEF, 2002, pp. 67/68.

(14) GOMES DA COSTA, ANTONIO CARLOS, *Estatuto da crianza e do adolescentes comentado. Comentários jurídicos y sociales*, Brasil, Maleheeiros editores, 1992.

previamente. Y, a nivel local, la ley 26.061, en su art. 24, reafirma dicho derecho;⁽¹⁵⁾ el art. 27 establece las garantías mínimas de procedimiento⁽¹⁶⁾ en los casos en que participen niños, niñas y/o adolescentes; y el art. 19 plasma su derecho a la libertad.⁽¹⁷⁾

La sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en fallo “K., M y otro c/ K., M. D.”⁽¹⁸⁾ ha dicho que:

... a partir de la sanción de la ley 26.061, ya no será posible atar la capacidad de hecho exclusivamente a períodos cronológicos, sino que debe tenerse en cuenta la autonomía progresiva que adquiera el niño (...) [y, además, que es] incuestionable que el derecho positivo actual ha incorporado los conceptos

(15) Ley 26.061, art. 24: “Derecho a opinar y a ser oído. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a: a) Participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés; b) Que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo. Este derecho se extiende a todos los ámbitos en que se desenvuelven las niñas, niños y adolescentes; entre ellos, al ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo”.

(16) Ley 26.061, art. 27: “Garantías Mínimas de Procedimiento. Garantías en los Procedimientos Judiciales o Administrativos. Los Organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías: a) A ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente; b) A que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte; c) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine; d) A participar activamente en todo el procedimiento; e) A recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte”.

(17) Ley 26.061, art. 19: “Derecho a la Libertad. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la libertad. Este derecho comprende: a) Tener sus propias ideas, creencias o culto religioso según el desarrollo de sus facultades y con las limitaciones y garantías consagradas por el ordenamiento jurídico y ejercerlo bajo la orientación de sus padres, tutores, representantes legales o encargados de los mismos; b) Expresar su opinión en los ámbitos de su vida cotidiana, especialmente en la familia, la comunidad y la escuela; c) Expresar su opinión como usuarios de todos los servicios públicos y, con las limitaciones de la ley, en todos los procesos judiciales y administrativos que puedan afectar sus derechos. Las personas sujetos de esta ley tienen derecho a su libertad personal, sin más límites que los establecidos en el ordenamiento jurídico vigente. No pueden ser privados de ella ilegal o arbitrariamente. La privación de libertad personal, entendida como ubicación de la niña, niño o adolescente en un lugar de donde no pueda salir por su propia voluntad, debe realizarse de conformidad con la normativa vigente”.

(18) CNAC. AP.EL. CIV., Sala B, “K., M y otro c/ K., M. D.”, 19/03/2009.

de autonomía y capacidad progresiva de los niños y adolescentes; que obviamente apunta no ya a la capacidad de derecho o de goce (desde luego, reconocida en el Código Civil en igualdad con los adultos) sino a la capacidad de hecho o de ejercicio. En efecto, dicha capacidad de hecho surge —en primer lugar— de los preceptos de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, con jerarquía constitucional en la Argentina a tenor del art. 75, inc. 22, de nuestra Carta Magna. Repárese que su art. 5 dispone que las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres, de los tutores, u otras personas encargadas legalmente del niño, deban impartirle a este ‘dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención’. El art. 12, tan invocado, hace alusión a la necesidad de escuchar las opiniones de los niños ‘en condiciones de formarse un juicio propio’, ‘teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones en función de la edad y madurez’. El art. 14, en fin, reconoce el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, agrega que los adultos encargados de su cuidado deberán ‘guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades’.

Se entiende que tanto la Convención sobre los Derechos del Niños como la ley 26.061 implican la inversión del principio de incapacidad regulado en el Código Civil. Es decir, la capacidad sería la regla y la incapacidad la excepción.⁽¹⁹⁾ De esta manera se encontraría invertida la carga probatoria o el *onus probandi*, al presumirse que todo acto en ejercicio de un derecho personal por una persona menor de edad que cuenta con el desarrollo, madurez y edad suficiente, se reputa realizado con discernimiento, intención y libertad. De esta manera, quien alegue lo contrario, debería probarlo.⁽²⁰⁾

(19) Al respecto, Baldarenas afirma: “Los niños y jóvenes menores de edad son personas capaces sujetas a una potestad ajena a la impuesta con una finalidad claramente protectora”. En este sentido, concluye —desde una postura un tanto más restringida que la que defiende el presente documento— que, “La mínima y la inexistencia de limitación, son casi la regla respecto de los niños y jóvenes mayores de 14 años, salvo en los actos de índole patrimonial” Ver BALDARENAS JORGE A., “¿Son los ‘menores’... incapaces?”, en la *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia Derecho de Familia*, n° 11, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1997, p. 89.

(20) MINYERSKY, NELLY y HERRERA, MARISA, “Autonomía, capacidad y participación a la luz de la ley 26.061”, en Emilio García Méndez (comp.), *Protección Integral de Derechos de Niñas*,

Retomando algunas ideas desarrolladas en los apartados anteriores, debemos pensar que la capacidad que receptan la Convención sobre los Derechos del Niño y la ley 26.061 es una capacidad indeterminada, sujeta a la madurez y a la facultad de alcanzar un juicio propio, que opera para el ejercicio de todos los derechos previstos en estas normativas, como el derecho a la integridad personal, el derecho a la libertad, el derecho a la educación, el derecho a la salud, el derecho a transitar, el derecho de asociación, a la justicia, entre otros. En otras palabras, para el ejercicio de tales derechos, o ante la violación de ellos, no se necesita alcanzar ninguna edad previamente determinada. Por el contrario, las distintas edades fijadas en el código Civil y leyes complementarias⁽²¹⁾ se refieren por lo general, de manera directa o indirecta, a cuestiones de tinte patrimonial. Se trata de estudiar si el régimen actual en materia de capacidad civil es —y en qué medida— armonizable o compatible con la Convención sobre los Derechos del Niño y la ley 26.061. Para ello, entendemos necesario llevar adelante, de manera previa, un “test de capacidad”; es decir, debiera preguntarse si determinada situación involucra el ejercicio de un derecho personal (para el cual no hay una edad prefijada) o el ejercicio de un derecho patrimonial (para el cual la normativa de fondo dispone alcanzar una determinada edad).⁽²²⁾

Habiendo repasado brevemente el concepto de capacidad progresiva de los niños y niñas, y reconociéndoles a los niños y adolescentes una competencia nueva y una capacidad en progresión, tenemos que pensar que al existir esa capacidad de formarse un juicio propio —tal como afirman los artículos citados— entonces, el niño, niña o adolescente debe ser informado y llamado a participar. Ser informados tanto de la existencia del proceso penal, como de la existencia de su derecho a asistencia legal, así como de sus derechos económicos y sociales. Por ello, algunos tratadistas sostienen que en la primera oportunidad el fiscal o el juez, según la materia que se esté tratando, debe citar tanto a los representantes legales —lo más común en estos casos es que sean los padres— como al niño, e informarles a ambos de todas las posibilidades en las que pueden derivar su causa.

Niños y Adolescentes. Análisis de la Ley 26.061, Bs. As., Fundación Sur-Editores del Puerto, 2006, p. 43 y ss.

(21) Por ejemplo, 18 años para testar, misma edad para adquirir bienes con el fruto del trabajo, 14 años para reconocer hijos, 10 años para la responsabilidad por actos ilícitos, etc.

(22) MINYERSKY, NELLY; HERRERA, MARISA, “Autonomía, capacidad...”, *op. cit.*

5. De los niños, niñas y adolescentes y su legitimación activa

En tanto estamos estudiando la situación del niño, niña o adolescente como víctima de delitos, no solo vale limitarnos a pensar cómo deben ser tomadas las audiencias, qué cuidados particulares vamos aconsejar y exigir a lo largo del proceso, sino que se debe apuntar específicamente al inicio del proceso.

La legitimación de niños, niñas y adolescentes para querellar no puede ser desechada. Cuando se habla de la capacidad de que se formen un juicio propio, se hace teniendo en cuenta el tipo de acto de que se trate: se debe trabajar capacidad y competencia siempre relacionada al acto que estamos analizando. Podemos presumir, de acuerdo a este, si un niño tiene capacidad y competencia. Si se dirige a un servicio hospitalario a los fines de informarse sobre sus derechos reproductivos y se lo provee de insumos a tal efecto, se está realizando un acto de beneficencia, procurándole algo en beneficio de su salud. Cuando los niños, niñas o adolescentes requieren los servicios de la Justicia también se trata de actos de beneficencia: es un niño, niña o adolescente que quiere ampararse en las prestaciones que debe proporcionarle el Estado a través de sus distintas instituciones. Nuestro deber es analizar todas estas situaciones a través del prisma de la Convención sobre los Derechos del Niño y de la legislación interna concordante. El niño es víctima porque alguien —o sus padres, o la sociedad o el Estado, en la mayoría de los casos— no lo cuidó suficientemente. Sufre un efecto disvalioso porque se violaron sus derechos. Ante ello, no es posible que los adultos no le brinden todos los servicios (en este caso, servicio de justicia) que le son debidos como víctima, solamente por el hecho de ser menor de edad y no requerirlos acompañado por sus padres.

Y es aquí donde cabe señalar que la capacidad civil y su ejercicio existieron siempre. Se ha dicho que la Convención sobre los Derechos del Niño y la ley 26.061 han invertido la situación en materia de capacidad, siendo la capacidad la regla y la incapacidad la excepción. Como ya dijimos, la regla es que todos tienen capacidad; si se pretende que alguien no la tiene, deberá ser probado, y siempre teniendo en consideración el acto para el que se requiere capacidad. Siendo la regla la capacidad y la incapacidad la excepción lo único que existe es una delegación momentánea, porque lógicamente un niño de seis meses que es víctima de un delito va a necesitar que los padres lo defiendan, y si no es así, o si precisamente son sus padres los victimarios, debemos estudiar cómo se ponen en marcha otros mecanismos para que sus derechos no se vean afectados.

Es importante abordar los conceptos de representación, asistencia y cooperación al estudiar la capacidad evolutiva. Se puede afirmar que representación, asistencia y cooperación constituyen tres figuras graduales, coincidentes con el desarrollo alcanzado por quien se trate. Así, la representación quedaría reservada (de manera restringida) a los supuestos donde los niños cuentan con una capacidad mínima de autodeterminación. Cuando se avanza un poco más, entraría a escena la figura de la asistencia (principalmente, por parte de los padres o representantes legales). De manera amplia, todo otro supuesto donde no se demuestre la incapacidad, constituye la plataforma fáctica que da lugar a la figura de la cooperación.⁽²³⁾

Al abordar este tema nos encontramos con distintos momentos y necesidades. Observamos que si bien la legislación de diverso orden y la jurisprudencia nos hablan de diferentes derechos del niño víctima, muchas veces no aparece con la claridad necesaria el derecho del niño víctima a ser denunciante y menos a ser querellante. La ley 26.061, aunque reconoce en su art. 27 el derecho a la participación en el proceso, y en los incs. c) y d) nos habla expresamente de ser parte con asistencia letrada propia y especializada, pareciera no ser lo suficientemente explícita para algún sector de la doctrina y la jurisprudencia que todavía es reacio a aceptar al niño como sujeto de derecho y capaz de ejercitarlos.

5.1. Figura del Abogado del Niño

La participación de una persona en un proceso se puede hacer a través de la autodefensa o por medio de una defensa técnica. Si un adulto necesita asesoramiento técnico, con mayor razón este será imprescindible cuando la persona es menor de edad y se encuentra en situación de vulnerabilidad. Este menor de edad no tiene la misma inserción social que los mayores, ni ha recibido todo aquello que la cultura nos va proporcionando y estructurando como seres humanos plenos. Por ende, es necesario asociar el tema del derecho a participar en el procedimiento a la necesidad de ser informado y asesorado por un técnico en la materia, o sea, por un abogado. Así como se ha avanzado reconociendo el derecho del niño a ser oído, y aun a tener un abogado cuando es infractor a la ley penal (Directrices de Riad y Reglas de Beijing), debemos ahora reconocer el derecho de los niños víctima a tener un profesional que le brinde y le provea todo lo que la ley prevé para la defensa de sus derechos. El abogado del niño, figura existente en

(23) MINYERSKY, NELLY; HERRERA, MARISA, *ibid.*

numerosos países, es nueva en nuestro país y ha comenzado a abrirse camino con distinta suerte en la doctrina y en la jurisprudencia. A esta figura le ha dado gran impulso la sanción de la ley 26.061 que, expresamente, le reconoce entidad legal en su art. 27 y en su decreto reglamentario.⁽²⁴⁾

El rol del abogado del niño en cuestiones de derecho de familia, cuando se debaten cuestiones de tenencia o sistemas de contacto, aparece en un conflicto que se generó entre los progenitores. El abogado del niño víctima de un delito posiblemente deberá iniciar gestiones judiciales y/o administrativas en defensa de los derechos de su patrocinado, ya sea en un hecho en el cual sus padres sean protagonistas, ya en uno en el que no. En ambos supuestos los roles del profesional interviniente tienen funciones técnicas que no difieren entre sí, ya que siempre deben tener en mira actuar y asesorar al niño para lograr la defensa de sus derechos y que siempre se tenga en cuenta su interés superior.

El abogado del niño víctima deberá acompañarlo especialmente en la querrela y/o en las acciones civiles, administrativas y/o judiciales pertinentes.

Es importante reflexionar sobre cuál es el sistema para su selección y designación. La ley 26.061, art. 27, inc. c) y su decreto reglamentario nos dan las pautas que se deben seguir para ello. Esta selección es fundamental para el niño, por lo cual no cabe optar por una designación autoritaria. Si bien es cierto, como a continuación veremos, que la capacidad de los niños, niñas y adolescentes es un eje central en este punto, y ya existe jurisprudencia que alude al límite de 14 años como frontera de discernimiento, lo cierto es que para resolver estas cuestiones, no debemos separarnos de lo que establece la Convención sobre los Derechos del Niño en cuestión de capacidad progresiva, debiendo siempre resolverse sobre el caso concreto, porque cada niño, niña y/o adolescente es una persona única e individual cuya capacidad de entender en las distintas esferas de su vida irá progresando de manera también única, individual e irrepetible.

(24) El decreto 415/06, en su reglamentación al art. 27 de la ley 26.061, establece "El derecho a la asistencia letrada previsto por el inc. c) del art. 27 incluye el de designar un abogado que represente los intereses personales e individuales de la niña, niño o adolescente en el proceso administrativo o judicial, todo ello sin perjuicio de la representación promiscua que ejerce el Ministerio Púpilar". Y continúa "Se convoca a las Provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a que a la brevedad, a fin de garantizar los derechos de los sujetos de la ley 26.061, adopten las medidas necesarias para garantizar la existencia de los servicios jurídicos que garanticen el acceso al derecho previsto en el citado inciso. A tal efecto podrán recurrir a abogados que sean agentes públicos y/o a convenios con organizaciones no gubernamentales, colegios de abogados o universidades".

5.2. Resolución de la Defensoría Oficial de la Nación sobre Abogado del Niño

Las resistencias doctrinarias y jurisprudenciales, que ha encontrado la correcta aplicación del instituto del abogado del niño desde la sanción de la ley, tornaron necesarias distintas acciones. Entre ellas, cabe destacar fundamentalmente la resolución DGN 1234/06 que, por su trascendencia e importancia, se transcribe a continuación en sus pasajes más relevantes:

Resultaría de esta manera contrario al principio de “capacidad progresiva” o sistema progresivo de autonomía en función del juicio propio y madurez del niño y/o adolescente, supeditar su aplicación a edades cronológicas determinadas, sin atender al discernimiento del niño, a su estado intelectual y psicológico, al suficiente entendimiento y grado de desarrollo. En otras palabras se soslayarían sin más, los derechos de los niños, niñas y adolescentes en desmedro de su condición de sujetos de derechos, y con ello su dignidad (principio de autonomía de la voluntad). Todo ello, contrariando, además la exigencia constitucional de no perjudicar a los niños y adolescentes por la sola condición de serlo. Todo ello sin soslayar las dificultades de armonización de normas existentes, lo que deberá dar lugar a una postura amplia sobre el concepto de capacidad en orden a una actitud conciliadora que en ningún caso debe suponer la posibilidad de renunciar a adiciones de derechos concretadas por la nueva normativa (...) la figura del abogado del niño no será rigurosamente indispensable en todo proceso que lo involucre, pues la naturaleza del diferendo planteado podría no ameritar esa designación, en la medida que se haya cumplido — en toda su amplitud— con el requisito de oír al niño. No obstante, ni bien advierta el juez la complejidad del asunto que tiene en sus manos, y sospeche que juegan en la especie intereses contrapuestos, tendrá inmediatamente que designarle un letrado “preferentemente especializado en niñez y adolescencia” (...) La omisión de este recaudo —en esos casos— será susceptible de provocar la nulidad de las actuaciones cumplidas; pues, nada menos, hallaríamos afectada la garantía de defensa en juicio de un sujeto de derecho, el niño. La facultad de la judicatura de nombrar un abogado, existirá en la medida que el niño —con la madurez suficiente— no aspire a designar él su propio letrado; en cuyo supuesto la designación que se realice estará sometida al juicio de mérito

de aquella (...) las costas que genere dicha actuación profesional serán a cargo de sus progenitores, pues se trata de un gasto que les compete en los términos del art. 265 del Código Civil.

Por estas razones, la Defensora General de la Nación resolvió:

Recomendar a los Sres. Defensores Públicos de Menores e Incapaces que, en aquellos supuestos que denoten complejidad o se vislumbre la posibilidad de existencia de intereses contrapuestos o sea solicitado por el niño/niña/adolescente, se arbitren los medios para la provisión de su letrado y se inste, en los casos que corresponda (...) Todo ello en orden a que el criterio de supeditación del ejercicio de ese derecho a edades cronológicas determinadas —sin atender al discernimiento del niño, a su estado intelectual y psicológico, al suficiente entendimiento y grado de desarrollo— no responde al principio de “capacidad progresiva” o sistema progresivo de autonomía en función del juicio propio y madurez del niño y/o adolescente.

5.3. Del rol del Defensor de Menores y del Abogado del Niño

El art. 103 del Código Civil y Comercial establece que:

La actuación del Ministerio Público respecto de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida, y de aquellas cuyo ejercicio de capacidad requiera de un sistema de apoyos puede ser, en el ámbito judicial, complementaria o principal.

- a. Es complementaria en todos los procesos en los que se encuentran involucrados intereses de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida; la falta de intervención causa la nulidad relativa del acto.
- b. Es principal:
 - i. cuando los derechos de los representados están comprometidos, y existe inacción de los representantes;
 - ii. cuando el objeto del proceso es exigir el cumplimiento de los deberes a cargo de los representantes;
 - iii. cuando carecen de representante legal y es necesario proveer la representación.

En el ámbito extrajudicial, el Ministerio Público actúa ante la ausencia, carencia o inacción de los representantes legales, cuando están comprometidos los derechos sociales, económicos y culturales.

El Defensor Público de Menores e Incapaces no hace defensa técnica, sino que ejerce la representación promiscua como parte de buena fe, que generalmente es complementaria a la de los representantes legales de niñas, niños y adolescentes.

Por su parte, el art. 27 de la ley 26.061 introduce la figura del “abogado del niño”, sin derogar la figura del Asesor o Defensor de Menores. La voluntad del legislador ha sido la de crear una figura diferente a la del asesor, también con distinto ámbito de aplicación. Es claro que se suma un actor más, y no se reemplaza, en tanto surge con claridad del decreto reglamentario 415/2006 de la ley 26.061 que “El derecho a la asistencia letrada previsto por el inc. c) del art. 27 incluye el de designar un abogado que represente los intereses personales e individuales de la niña, niño o adolescente en el proceso administrativo judicial, todo ello sin perjuicio de la representación promiscua que ejerce el Ministerio Pupilar”.

Esta figura opera en un ámbito diferente al de representación necesaria de niñas, niños y adolescentes, por sus padres (conf. art 101 del Código Civil), y al de representación promiscua del Ministerio de Menores. La ley 26.061 ha tenido la intención de que la niña, niño o adolescente participe en el proceso en el que se encuentren afectados sus derechos, cualquiera fuera su edad, con la asistencia técnica de un abogado especializado.

También se diferencia del rol del defensor de incapaces, el rol del abogado del art. 22 de la Ley de Salud Mental (ley 26.657), en tanto este último ejerce funciones de defensor técnico a fin de controlar la internación involuntaria de una persona con padecimiento mental, oponiéndose a aquella o solicitando el alta en cualquier momento.

Por su parte, la intervención del defensor de menores, como antes se señaló, se desarrolla en pronunciamientos conforme a derecho; no necesariamente es quien lleva la voz del niño al proceso, muchas veces contrariando la posición del niño. Es decir, el abogado del niño será o debería ser quien acompaña, asiste o representa al niño, mientras que el Ministerio de Menores es quien defiende los intereses del Estado.⁽²⁵⁾

En el ámbito de los procesos penales, la Defensoría General de la Nación emitió la resolución 1404/2009 en la que determina cuáles defensores deben intervenir en cada caso concreto. Por ejemplo, en casos de impedimento de contacto de menores con sus padres no convivientes (ley 24.270) intervendrán

(25) MINYERSKY, NELLY y HERRERA, MARISA, *op. cit.*, p. 65.

los defensores ante los Juzgados de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y del Trabajo; en el ámbito de tribunales orales en lo Criminal o Unidad Funcional (resolución DGN 1954/2008), y en casos de niños menores de 16 años, lo hará el defensor público de menores e incapaces ante dichos tribunales; si el joven tiene entre 16 y 18 años, el defensor público de menores e incapaces. Si debiera realizarse una cámara Gesell, se prevé notificación previa a la Unidad Funcional de Menores de 16 años o al Defensor ante los tribunales orales en lo Criminal, si se tratara de un menor de entre 16 y 18 años.

También la DGN homologó, a través de la resolución 130/2010, un convenio entre el Ministerio Público de la Defensa y el Programa de Víctimas contra las Violencias del Ministerio Nacional de Justicia y Derechos Humanos, en el que se acuerda que en casos en donde deba intervenir el Ministerio Público de la Defensa, la representación de menores de edad en querrelas, acciones civiles, reclamos por daños y perjuicios, venias y autorizaciones judiciales —cuando no los representaran sus padres, estuvieran impedidos de hacerlo, o existieran intereses contrapuestos— estará a cargo de Defensorías Temáticas de Menores e Incapaces de Primera Instancia en lo Civil. Estos defensores tendrán la facultad de tomar vistas del proceso penal (arts. 79 y 80 CPPN, derechos de víctima y testigo), e invocar la intervención en los términos del art. 12 de la CDN.

La existencia del Defensor de Menores no es óbice para negar el derecho que le acuerda la ley 26.061 a los niños, niñas y adolescentes de tener una asistencia técnica propia, que los asesore e informe debidamente en relación a sus derechos y posibilidades, y sea su voz y representante en el tribunal. Sus funciones son totalmente distintas y, en todo caso, se debe tratar que ambas figuras constituyan un plus de defensa que corresponde los adultos reconozcan a nuestra infancia.

5.4. *Jurisprudencia*

La jurisprudencia ha evidenciado un avance en reconocer la figura del Abogado del Niño, si bien no lo ha hecho con la amplitud y rapidez necesaria. Es interesante reseñar los siguientes fallos:

- a. En el fallo “R., M. A.” de la Sala K de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, del año 2006,⁽²⁶⁾ en el que un profesional perteneciente a la defensoría

(26) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala K, “R., M. A.”, 28/09/2006, publicado en DJ 22/11/2006, 872 - DJ 2007-I, 603.

zonal solicitó la intervención como letrado patrocinante en el proceso de protección de persona sobre un menor de edad. En ambas instancias se rechazó su pedido, todo ello fundado en que la escasa edad del niño, en su caso tres años, impedía “que pueda considerarse su actuación como parte legítima, ya que no fue elegido por el interesado, al estar este imposibilitado de comprender la trascendencia de dicha actuación”. Y en su dictamen la Defensora de menores de Cámara expuso que “tratándose de un menor que solo cuenta con tres años de edad y a los fines de compatibilizar la nueva figura del ‘abogado del niño’ prevista en el inc. c) del art. 27 de la ley 26.061, al ser una abogada patrocinante y no una forma de representación, su actuación requiere del discernimiento del patrocinado, es decir, requiere la edad de catorce años tanto para elegir el letrado como para darle instrucciones o removerlo del patrocinio”.

- b. La Sala B de la Cámara Nacional en lo Civil,⁽²⁷⁾ en un interesantísimo fallo se rechaza la presentación formulada directamente por los menores de un abogado que contrató su madre para que los represente. A la madre se le atribuía haber dificultado la revinculación de los niños con el padre no conviviente durante largos años. Entre los motivos del fallo de Cámara resalta que “es bueno advertir que —como lo destacó la juez de grado en su pronunciamiento— el art. 27, inc. c), de la ley 26.061, no les confiere expresamente a los niños la atribución de designar abogado; eliminándose del proyecto original la expresión ‘letrado de su confianza’, y su reemplazo por la fórmula actual que es ‘ser asistido por un letrado’. El ordenamiento vigente busca una real autonomía de los hijos; y mal se podrá propender a ella cuando dichos hijos aparecen asistidos por abogados que fueron contratados por un progenitor, quien además les da instrucciones, conviene sus honorarios y los paga de su bolsillo. Obrar así no es respetar la ley 26.061 sino violarla”. Como antes comentáramos, se rechaza la presentación de los jóvenes con el letrado elegido por su madre, pero no se los deja sin representación, sino que se les designa como abogado al profesional que se encontraba ejerciendo su cargo de tutor especial, teniendo a los adolescentes como parte en el proceso. En este mismo fallo se sostuvo que “la novedad que nos trae la ley de niño, en lo que hace al tema que nos ocupa, es que antes de la actuación procesal de ese niño —en los juicios de familia (digamos, en materia de guarda, régimen de comunicación, etcétera)— se realizaba regularmente con la intervención de alguno de sus padres, en una representación que muchas veces implicaba una suerte de confusión de intereses y de roles; a tal punto que el abogado era uno solo y, en la realidad, respondía a los intereses del progenitor que lo contrató, y no a los del propio niño involucrado. En cambio, con la sanción de la ley 26.061 (art. 27) se abre ahora la posibilidad de que ese niño pueda manejarse autónomamente de sus padres tras ser “asistido por un letrado” independiente (inc. c), del mencionado artículo) y, junto a este, ‘participar activamente en el procedimiento’

(27) CNAC. APEL. CIV., Sala B, “K., M. y otro c/ K., M. D.”, 19/03/2009, publicado en *La Ley* 2009-B, 709.

(inc. d) de la norma citada. En este sentido cabe insistir que no corresponde efectuar distinciones en el art. 27” que la ley del niño no realiza; y esta norma ha tomado el recaudo de no exigir una edad determinada, como tampoco una madurez suficiente, para que el niño pueda —con un abogado propio— tener la debida participación en el juicio que lo involucra”. Asimismo, agrega que “ya antes de la sanción de la ley 26.061 una acertada interpretación de la Convención sobre los Derechos del Niño sostenía que lo que ésta persigue es que los niños y adolescentes puedan desempeñar una actitud autónoma; esto es plantear —llegado el caso— una posición diferente a las fórmulas que esgriman los progenitores, pues de qué valdría el derecho a ser oído si no se lo puede ejercer de modo útil y eficaz. La figura del abogado del niño, entonces, tiene su andamiaje en la circunstancia de haber sobrevenido un nuevo interés autónomo, personal y de directa atención por el órgano jurisdiccional (ver Morello de Ramírez, María S. y Morello Augusto M., ‘El abogado del niño’, ED, 164-1180). Por otro lado, es bueno destacar que las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 1997), había anticipado estos lineamientos al declarar el derecho de los niños ‘a tener la garantía del patrocinio letrado en cuanto sea necesario’”. En todo el fallo se sostiene la importancia de la figura del abogado del niño: el hecho que en este caso en particular no se admitiera al que contrató la madre y que se designara, a quien ya estaba desempeñándose como curador *ad litem*, reafirma que el abogado del niño debe ser independiente del resto de los interesados en la causa en la que el niño sea parte.

- c. En autos “L., R. c/ M. Q., M. G.”, en el que se discutía la tenencia de dos niños de 12 y 15 años, el Juez de Primera Instancia tuvo a éstos por parte, y la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil confirmó la decisión, alegando que “Corresponde confirmar el auto que tuvo por parte a los menores en un juicio por tenencia —en el caso, de 15 y 12 años— si estos tienen intereses contrapuestos con sus progenitores pues, en función del interés superior del niño, ello torna conveniente que los menores tengan una asistencia letrada que traiga al juicio su voz, en forma separada al planteo de sus progenitores, independientemente de la representación promiscua que incumbe al Ministerio Público de la Defensa. (Del voto de la Dra. Pérez Pardo)”, ya que esta actuación no puede ocasionar agravios, ni a los progenitores ni a los Ministerios Públicos. En este caso, se analizó largamente el alcance del ya citado reglamento del art. 27, inc. c) de la ley 26.061, y se discutió si este autoriza solo a los menores adultos y no así a los impúberes (siguiendo la normativa del ex Código Civil)⁽²⁸⁾ a contar con su propia representación, en tanto los hermanos caían en distintas esferas de aplicación de la ley, por lo que se consideró que “No resulta razonable admitir que la hija menor púber pueda actuar por sí, en el juicio por tenencia mientras que su hermano, apenas dos años menor que ella, quede desplazado de esa prerrogativa máxime cuando,

(28) El art. 54 establece que los menores impúberes son incapaces absolutos. El art. 127 define como menores impúberes a aquéllos que aún no tuvieron la edad de catorce años cumplidos.

ambos niños están identificados en una suerte de comunidad de intereses. (Del voto del Dr. Giardulli)⁽²⁹⁾ Se priorizó el interés superior del niño y se aplicó la Convención sobre los Derechos del Niño.

- d. La Cámara Civil y Comercial de Mercedes, en una causa en la que una menor dio en adopción a su hija, declaró viciadas de nulidad la declaración de estado de desamparo y adaptabilidad de la recién nacida, en tanto la progenitora no actuó representada por ambos padres en los términos del art. 264 y concordantes del derogado Código Civil, y careció también de asistencia letrada obligatoria durante todo el proceso “El art. 27, inc. c, ley 26.061 —sobre garantías mínimas de procedimiento, garantías en los procedimientos judiciales o administrativos— establece que los organismos del Estado deben garantizar a los niños, niñas y adolescentes que en todo procedimiento judicial o administrativo el derecho a ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo. Y agrega que en caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine (...) En definitiva, ya sea por la existencia de defensores oficiales como por la ley de ejercicio de la abogacía, nuestro sistema legal garantiza que se cumpla el mandato del art. 15 de la Const. Prov. y el art. 27 de la ley 26.061. Nada excusa, entonces, que la menor M. S. y sus representantes legales no hayan contado con asistencia letrada obligatoria, sobre todo cuando por medio de actos procesales de tanta trascendencia se registró su ‘renuncia’ a los derechos derivados de la maternidad”.⁽³⁰⁾
- e. En Córdoba, se tuvo por partes a dos menores que solicitaron autorización para obtener pasaporte y venia supletoria para viajar a Omsk, Rusia. Antes de resolver la cuestión principal, se realizó el estudio de capacidad de D. y E., a lo que se resolvió: “La ley 26.061, que operativiza la CDN, en su art. 27 establece dos formas de participación en el proceso judicial de niños, niñas y adolescentes. La primera representada por el derecho a ser escuchado sin límite subjetivo de edad; y la segunda por el derecho a ser parte, sometido a la condición del grado de madurez. Dejo sentado en el presente que es posición de la suscripta ya sentada en numerosos pronunciamientos, que este derecho de participación procesal reconoce como único requisito que el sujeto tenga competencia para el acto sin consideración previa, a su edad biológica. Esta competencia implica haber adquirido un estado de desarrollo que les permite a las niñas tener conciencia reflexiva, libre y con posibilidad de comunicarse respecto de los actos que pretenden ejecutar por sí mismas. En el *sub lite*, a los fines de tal valoración se dio intervención al equipo técnico interdisciplinarios, que dictaminó que ambas niñas están en condiciones emocionales y con capacidad psicológica para la realización de dicho viaje.

(29) CNAC. APCL. CIV., Sala I, “L., R. c/ M. Q., M. G.”, 04/03/2009, publicado en *La Ley* 16/04/2009, con nota de Eduardo A. Sambrizzi.

(30) CAPEL. Y COM. MERCEDES, Sala 1ª, “S., M. A.”, 26/06/2011.

En consecuencia, estando probada la madurez para obrar por sí, se encuentra cumplido el requisito de capacidad procesal que deben ostentar para ejercer en forma personal la acción que pretenden. Con ello, queda expedita la acción intentada. Además también debe ratificarse el nombramiento del patrocinio de la Dra. Myriam Rebuffo, quien por sus condiciones personales y profesionales conocidas públicamente, con más de veinte años de ejercicio de la función de asesora de familia en este fuero, se encuentra plenamente capacitada y en inmejorables condiciones para ejercer el rol de 'abogada de las niñas' que ya ha asumido en el *sub lite*".⁽³¹⁾

- f. Cabe destacar un interesante fallo particularmente en lo que nos interesa del derecho del niño a ser querellante, en el que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional⁽³²⁾ tuvo una causa en la que se tuvo por parte querellante a una víctima menor de edad, quien contó con la asistencia letrada de la Defensoría de Niñas, Niños y Adolescentes del GCBA, en la que se investigaba la comisión por parte de los padres de graves delitos en su perjuicio. En este caso, se acude a las disposiciones de la "Convención sobre los Derechos del Niño, de rango constitucional conforme el art. 75 inc. 22 CN, que otorga a los menores —a criterio de esta sala— amplias facultades para ser oídos en sede judicial (art. 12). En consecuencia, al estarle reconocidas a la menor dichas facultades para defender sus intereses en sede penal, no puede una norma infraconstitucional (en este caso, el art. 82 CPPN) restringir tales prerrogativas de un modo evidentemente no admitido por la Convención". De esta forma la Cámara resolvió que las normas de la Convención sobre los Derechos del Niño resultan operativas y no tienen solo carácter declarativo.⁽³³⁾
- g. Siguiendo el análisis jurisprudencial en el ámbito penal, el Superior Tribunal de Justicia de Corrientes se ha pronunciado al respecto "El abogado del niño, se encuentra facultado a intervenir en los procedimientos administrativos y judiciales, y habilitado para recurrir las sentencias definitivas, no solo porque la ley lo habilita conforme a la normativa, sino, además, desde que la ley le reconoce habilidad para actuar en juicio en defensa de los derechos del menor víctima del delito sus derechos están amparados por la garantía del debido proceso legal consagrada por el art. 18, CN". Y que "Encontrándose en curso la impugnación de la sentencia, es decir, que ésta aún no se encuentra firme, se verifica la situación procesal que admite la vía recursiva del abogado del niño, sin que se afecten los derechos o garantías de los acusados".⁽³⁴⁾

(31) JFLIA. 4ª NOM., Córdoba, "B. D. y otro", 30/05/2011.

(32) CNAC. APEL. CRIM. Y CORRECC., Sala 1ª, "N. N. s/ denegatoria de ser querellante", 18/03/2004.

(33) FELLINI, ZULITA, "Aplicación directa de la Convención sobre los Derechos del Niño", en *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, n° III-2004, p. 53.

(34) TSJ CORRIENTES, "E., C." 19/10/2011.

- h. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha tenido oportunidad de expedirse en dos causas. En primer lugar, en un recurso de queja proveniente del Tribunal Superior de la Provincia de Santiago del Estero. La actora, y madre de dos niñas, inició un incidente por cesación del régimen de contacto que sus hijas mantenían con el padre, sobre la base del abuso sexual que éste habría perpetrado en detrimento de la mayor de ellas, acompañando prueba. La jueza de familia hizo lugar al planteo de nulidad de prueba allegada con la demanda, solicitado por el denunciado. En ese marco la Cámara revocó la cautelar de interrupción preventiva de encuentros. La interesada recorrió las vías recursivas, hasta que finalmente el Superior Tribunal rechazó la casación intentada. Interpuso recurso extraordinario, y su denegación motivó la queja. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, declaró admisibles ambos recursos, confirmó la suspensión cautelar del contacto paterno filial y ordenó la medida sugerida por el Defensor Oficial, "a los efectos de atender primordialmente al interés superior del niño y con el objeto de que las menores implicadas en la causa sean escuchadas con todas las garantías a fin de puedan hacer efectivos sus derechos, corresponde hacer lugar a la medida sugerida por el señor Defensor Oficial ante esta Corte Suprema y solicitar al juez de la causa que proceda a designarles un letrado especializado en la materia para que las patrocine".⁽³⁵⁾

En segundo término, en 2012 la Corte Suprema debió entender en un juicio sobre tenencia. Una niña de once años se presenta por derecho propio y con patrocinio letrado en dicha causa. La jueza de primera instancia no hace lugar a la presentación de la niña, resolución que es apelada por la niña y confirmada por la sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. La niña interpone recurso extraordinario federal, y la Cámara no hace lugar entendiendo que la interpretación del derecho de defensa técnica (art. 27, ley 26.061) no hace cuestión federal. La asesora de menores interpone recurso de queja, pues luego de escuchar a la niña entiende que está en condiciones de transmitir qué es lo que quiere, comprende los alcances de designar un patrocinio letrado y no está influenciada por su madre. El recurso es aceptado por la Corte, quien decide confirmar la sentencia de Cámara, y por ende, deniega el derecho de la niña a participar en el proceso en calidad de parte y con patrocinio letrado. Argumenta que la ley 26.061 debe ser interpretada y aplicada en forma integral y armónica con todo nuestro ordenamiento jurídico. Dentro de este marco, afirma que las disposiciones del Código Civil que regulan la capacidad de los menores, tanto impúberes como adultos, no han sido derogadas por la Ley de Protección Integral de

(35) CSJN, "G., M. S. c/ J. V., L.", 26/10/2010, cita Fallos Corte: 333:2017.

Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Entonces, según la Corte, en consonancia con la legislación civil, las personas impúberes son incapaces absolutos de hecho, y en consecuencia no pueden realizar por sí ningún acto —entre ellos, designar y remover a un letrado patrocinante—, así como tampoco, actuar por derecho propio en un proceso. Por su parte, la Procuradora General expresa que de los Tratados Internacionales surge la obligación de escuchar al niño, con edad y madurez suficiente. No obstante, la participación de los niños en calidad de parte y con patrocinio letrado no es un imperativo constitucional.⁽³⁶⁾

Estos fallos analizados ponen de relieve la necesidad de seguir trabajando en el camino que trazan la Convención sobre los Derechos del Niño y, a nivel local, la ley 26.061 para que los niños, niñas y/o adolescentes, víctimas o testigos de hechos delictuales, no solo sean cuidados en su intervención en el proceso, sino que tengan amplia operatividad en su derecho de acceso a la Justicia, tal como está garantizado constitucionalmente, tanto por la Convención como por la ley citada. Uno de los temas que nos preocupa es la limitación que aparece en numerosos fallos en los que el derecho se acepta solamente a partir de los 14 años, se sostiene el discernimiento como punto de inflexión y, por lo tanto, no se aceptan los standards convencionales que surgen del marco normativo superior mencionado *ut supra*.

6. De la legislación

Todas las inquietudes que se han enumerado a lo largo del presente trabajo respecto de la defensa jurídica de los derechos de niños, niñas y adolescentes, no solo han encontrado respuesta en la legislación internacional, sino también en nuestro país y nuestra ciudad.

6.1. De la legislación internacional

A partir de esta preocupación internacional en el reconocimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes —más allá de la Convención sobre los Derechos del Niño, las Directrices del Riad y las Reglas de Beijing, previamente citadas—, la comunidad internacional ha celebrado distintos tratados entre los cuales podemos recordar los siguientes:

- a. La **Convención sobre los Derechos del Niño** constituye el instrumento rector cuando existan intereses de niños, niñas y/o adolescentes. Resultan relevantes

(36) CSJN, "M., G. c/ P., C. A. s/recurso de hecho deducido por la defensora oficial de M. S. M.", 26/06/2012.

el art. 3 sobre el interés superior del niño; el art. 4 que obliga a los Estados Partes a la adopción de medidas legislativas y administrativas para dar efectividad a los derechos reconocidos en la Convención, y resalta que adoptarán esas medidas hasta el máximo de recursos de que dispongan si se trata de derechos económicos, sociales y culturales; así como el art. 12 de escucha al menor, en todos los asuntos que lo afecten, que, en su punto 2, precisamente señala que “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 procedimientos de la ley nacional”.

Particularmente, su art. 37 establece la prohibición de torturas u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, así como la imposición de la pena capital y la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad. El punto d) de este artículo dispone que “Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción”.

El art. 39 obliga a los Estados Partes a adoptar todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de: cualquier forma de abandono, explotación o abuso; tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; o conflictos armados. Dicha recuperación y reintegración debe llevarse a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño.

Finalmente, el art. 40 obliga a los Estados Partes a reconocer los derechos de niños a quien se alegue que ha infringido leyes penales, estableciendo una serie de garantías que deben respetarse.⁽³⁷⁾

(37) Artículo 40 CDN: “1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que este asuma una función constructiva en la sociedad. 2. Con ese fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados Partes garantizarán, en particular: a) Que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron; b) Que todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente: i) Que se lo presumirá inocente mientras no se prueba su culpabilidad conforme a la ley; ii) Que será informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él y que dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa; iii) Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme

- b. **El Convenio del Consejo de Europa para la Protección de los Niños contra la Explotación y el Abuso Sexual** (conocido como el Convenio de Lanzarote) ha sido firmado por 46 países de los 47 Estados integrantes del Consejo de Europa, y ratificado por 29.⁽³⁸⁾ La protección del menor es el núcleo esencial de este convenio, que se centra principalmente en el respeto de sus derechos y bienestar, teniendo en cuenta sus opiniones, necesidades e inquietudes, y actuando en todo momento a favor del interés superior del menor. En nota al pie citamos los principios generales de procedimientos enunciadas en el art. 31,⁽³⁹⁾

a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considere que ello fuere contrario al interés superior del niño teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales; iv) Que no será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable, que podrá interrogar o hacer que se interroge a testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad; v) Si se considerare que ha infringido, en efecto, las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella, serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley; vi) Que el niño contará con la asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado; vii) Que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento. 3. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes, y en particular: a) El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales; b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales. 4. Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción”.

(38) Información obtenida de la página web de *Council of Europe*: [en línea] http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/children/default_en.asp. Consultado el 08/10/2013.

(39) “Artículo 31. **Medidas generales de protección.** 1. Cada Parte adoptará las medidas legislativas o de otro tipo que sean necesarias para proteger los derechos y los intereses de las víctimas, especialmente en calidad de testigos, en todas las fases de las investigaciones y actuaciones penales, en particular: a) informándoles de sus derechos y de los servicios a su disposición y, a menos que no deseen recibir esa información, del seguimiento de su denuncia, los cargos imputados, el desarrollo general de la investigación o el procedimiento y su papel en el mismo, así como la resolución dictada; b) velando por que, al menos en los casos en que las víctimas o sus familias puedan estar en peligro, se informe a las mismas, si es necesario, de la puesta en libertad temporal o definitiva de la persona enjuiciada o condenada; c) ofreciéndoles, de manera compatible con las normas procesales del derecho interno, la posibilidad de ser oídas, de aportar elementos de prueba y de elegir los medios para que se expongan, directamente o por un intermediario, sus puntos de vista, necesidades y preocupaciones y se examinen los mismos; d) prestándoles los servicios de apoyo apropiados, de manera que se expongan y se tengan debidamente en cuenta sus derechos e intereses; e) protegiendo su intimidad, su identidad y su imagen, y adoptando medidas, de conformidad con el derecho interno, para impedir la difusión pública de cualquier información que pueda llevar a su identificación; f) salvaguardándolas a ellas, a sus familias y a los testigos de cargo de cualquier

y la regulación especial que merecen las entrevistas al niño, previstas en el art. 35.⁽⁴⁰⁾

- c. **Directrices sobre la Justicia para los Niños Víctimas y Testigos de Delitos** (Canadá, 2003), las que fueron redactadas por la Oficina Internacional de los Derechos del Niño, conjuntamente con un Comité directivo de redacción de reconocidos expertos en la materia. Se postulan la “dignidad”, la “no-discriminación”, los “mejores intereses del niño” —que incluyen el derecho a la protección y a la oportunidad para desarrollarse de forma armónica—, y el “derecho a la participación”, en el que se expone que “Todo niño o niña tiene derecho a expresar libremente sus criterios, opiniones y creencias sobre cualquier asunto y en sus propias palabras; a contribuir, especialmente en las decisiones que afecten su vida, incluyendo aquellas que se tomen dentro de cualquier proceso judicial y

intimidación, represalia o nueva victimización; g) velando por que las víctimas y los autores de los delitos no tengan contacto directo en las dependencias judiciales o de las fuerzas del orden, a menos que las autoridades competentes decidan otra cosa en el interés superior del niño o por necesidades de la investigación o del procedimiento judicial. 2. Cada Parte garantizará a las víctimas, desde su primer contacto con las autoridades competentes, el acceso a la información sobre las correspondientes actuaciones judiciales o administrativas. 3. Cada Parte garantizará a las víctimas, de forma gratuita cuando esté justificado, el acceso a asistencia letrada cuando las mismas puedan actuar en calidad de partes en el procedimiento penal. 4. Cada Parte preverá la posibilidad de que las autoridades judiciales designen a un representante especial para la víctima cuando, en virtud del derecho interno, la misma pueda actuar en calidad de parte en el procedimiento penal y los que ejerzan la patria potestad sean privados de la facultad de representarla en dicho procedimiento como consecuencia de un conflicto de intereses con ella. 5. Cada Parte preverá, mediante medidas legislativas o de otro tipo y con arreglo a las condiciones que establezca el derecho interno, la posibilidad de que grupos, fundaciones, asociaciones u organizaciones gubernamentales o no gubernamentales asistan y/o apoyen a las víctimas, con su consentimiento, durante las actuaciones penales relativas a los delitos tipificados según lo dispuesto en el presente Convenio. 6. Cada Parte velará por que la información proporcionada a las víctimas de conformidad con las disposiciones del presente artículo se facilite de una manera adaptada a su edad y a su grado de madurez, y en una lengua que puedan comprender”.

(40) “Artículo 35. **Entrevistas al niño.** 1. Cada Parte adoptará las medidas legislativas o de otro tipo que sean necesarias para que: a) Las entrevistas al niño tengan lugar sin demora injustificada después de que se hayan denunciado los hechos a las autoridades competentes; b) las entrevistas al niño se realicen, en su caso, en lugares concebidos o adaptados a tal fin; c) las entrevistas al niño se lleven a cabo por profesionales debidamente formados a tal efecto; d) en la medida de lo posible y siempre que sea apropiado, el niño sea siempre entrevistado por las mismas personas; e) el número de entrevistas se limite al mínimo posible y en la medida estrictamente necesaria para el desarrollo del procedimiento penal; f) el niño pueda estar acompañado por su representante legal o, en su caso, por un adulto de su elección, salvo decisión motivada en contrario respecto de dicha persona. 2. Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otro tipo que sean necesarias para que las entrevistas a la víctima o, en su caso, a un niño testigo de los hechos, puedan ser grabadas en vídeo y para que dicha grabación sea admisible como medio de prueba en el procedimiento penal, de acuerdo con las normas previstas en el derecho interno. 3. En caso de incertidumbre en cuanto a la edad de la víctima o cuando existan motivos para creer que se trata de un niño, serán de aplicación las medidas prevista en los apartados 1 y 2 hasta que se averigüe su edad”.

que esos puntos de vista sean tomados en cuenta”, en concordancia con los arts. 3 y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño y 19, 24 y 27 de la ley 26.061. Para procurar la efectivización de estos principios, se establecen directrices entre las cuales destacamos:

“1. Derecho al trato con dignidad y compasión”: establece que los niños víctimas y testigos se deben tratar con tacto y sensibilidad a todo lo largo del proceso de justicia, teniendo en cuenta sus necesidades y situación personal específicas,

“3. El derecho a ser informado”: tanto los niños víctimas o testigos, como sus familias y/o representantes legales, desde el primer contacto con el proceso de justicia, deben estar informados respecto de la disponibilidad de servicios médicos, psicológicos, sociales, etc., y de los procedimientos en el sistema de justicia, los mecanismos de apoyo existentes para el niño cuando realiza un denuncia, etc.

“4. El derecho a expresar opiniones, preocupaciones y a ser escuchado”, en cuanto a su involucramiento en el proceso de justicia.⁽⁴¹⁾

“5. El derecho a la asistencia efectiva” de profesionales capacitados.

“6. Derecho a la privacidad”: debe procurarse, cuando sea apropiado, tomar medidas para excluir al público y medios de comunicación mientras el niño rinde testimonio.

“8. El derecho a la seguridad”: se deben implementar medidas apropiadas con el fin de proteger al niño antes, durante y después del proceso de justicia.

“9. El derecho a la reparación”: los niños víctimas y testigos deben recibir, siempre que sea posible, reparación a fin de lograr el pleno resarcimiento, reintegración y recuperación.

- d. **Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad.**⁽⁴²⁾ En ellas se desarrollan los principios recogidos en la “Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano” (Cancún, 2002). Estas Reglas tienen “como objetivo garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sin discriminación alguna”.

Al hacer referencia a los beneficiarios, realizan una definición del concepto de persona en situación de vulnerabilidad las que serán consideradas tales aquellas “personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o

(41) Ello en consonancia con los ya citados arts. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño y 24 y 27 de la ley 26.061, a nivel nacional.

(42) “100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad”, dictada en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana.

por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico". Como vemos, entre ellos enuncia la vulnerabilidad por razón de edad, la que se puede producir porque la persona aún sea niño, niña o adolescente (a quienes define como toda persona menor de dieciocho años de edad) estableciendo que todo niño, niña y adolescente debe ser objeto de una especial tutela por parte de los órganos del sistema de justicia en consideración a su desarrollo evolutivo.

Lo que estas reglas intentan es procurar que el daño sufrido por la víctima del delito no se vea incrementado como una consecuencia de su contacto con el sistema de justicia (victimización secundaria).

- e. Las **Guías de Santiago Sobre Protección de Víctimas y Testigos** dedica un capítulo especial al tema, que se denomina "Especial referencia a los niños y adolescentes víctimas". En él establece que, en materia de víctimas menores de edad, deben tenerse muy especialmente en cuenta las antes mencionadas directrices, contenidas en el documento "Justicia para los Niños y Víctimas y Testigos de Delitos" y adoptadas por la Oficina para los Derechos del Niño (Canadá, 2003). Estas guías se refieren expresamente a la cautela con la que debe ejercerse su participación, cuidando su identidad, imagen e intimidad. Su testimonio debe tomarse evitando cualquier riesgo de victimización secundaria: a) el menor debe ser acompañado por una persona idónea, b) debe ser informado debidamente sobre el porqué de su intervención, c) el interrogatorio sea dirigido por un profesional especializado, d) debe evitarse la visualización o enfrentamiento con otras personas implicadas en el procedimiento.
- f. Ya en 1988 Puerto Rico había sancionado su **Carta de Derechos de Víctimas y Testigos**,⁽⁴³⁾ en la que se establecía una serie de derechos similares a los contenidos en los convenios y/o reglas citadas precedentemente. Sin embargo, consideramos que es menester destacar dos de ellos: el primero se refiere a la necesidad de disponer de áreas especiales en la sede del Tribunal para evitar el contacto de las víctimas con los responsables del hecho delictivo; el segundo dice que ya se trate de un "menor de edad o incapacitado, no sea preguntado sobre el alcance del deber de decir la verdad, que no se le tome juramento o afirmación en este sentido, e instar las acciones por delitos sexuales y maltrato...".
- g. Queda evidenciado que existen instrumentos que se ocupan de la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes víctimas y/o testigos. Estos instrumentos bien utilizados, conjuntamente con la norma constitucional, la Convención sobre los Derechos del Niño, y la legislación nacional, nos dan las herramientas necesarias para resguardar los derechos de nuestros niños y evitar su victimización secundaria. Todos los preceptos de los documentos citados deben servir de base

(43) Ley 22, del 22 de abril de 1988 (Puerto Rico).

a cualquier legislación específica que se dicte en protección del niño niña o adolescente víctima. Sin perjuicio de ello, no debe esperarse una legislación específica para que estos principios impregnen los ámbitos judiciales y/o administrativos en los que un niño, niña y/o adolescente sea sujeto pasivo de un hecho delictual.

6.2. De la legislación nacional y local

- a. A nivel nacional, la ley 26.364 de “Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus Víctimas”⁽⁴⁴⁾ fue recientemente modificada por la ley 26.842,⁽⁴⁵⁾ que modifica el art. 6 de la ley citada, estableciendo: “El Estado nacional garantiza a la víctima de los delitos de trata o explotación de personas los siguientes derechos, con prescindencia de su condición de denunciante o querellante en el proceso penal correspondiente y hasta el logro efectivo de las reparaciones pertinentes: a) Recibir información sobre los derechos que le asisten en su idioma y en forma accesible a su edad y madurez, de modo tal que se asegure el pleno acceso y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales que le correspondan; b) Recibir asistencia psicológica y médica gratuitas, con el fin de garantizar su reinserción social; c) Recibir alojamiento apropiado, manutención, alimentación suficiente y elementos de higiene personal; d) Recibir capacitación laboral y ayuda en la búsqueda de empleo; e) Recibir asesoramiento legal integral y patrocinio jurídico gratuito en sede judicial y administrativa, en todas las instancias; f) Recibir protección eficaz frente a toda posible represalia contra su persona o su familia, quedando expeditos a tal efecto todos los remedios procesales disponibles a tal fin. En su caso, podrá solicitar su incorporación al Programa Nacional de Protección de Testigos en las condiciones previstas por la ley 25.764; g) Permanecer en el país, si así lo decidiere, recibiendo la documentación necesaria a tal fin. En caso de corresponder, será informada de la posibilidad de formalizar una petición de refugio en los términos de la ley 26.165; h) Retornar a su lugar de origen cuando así lo solicitare. En los casos de víctima residente en el país que, como consecuencia del delito padecido, quisiera emigrar, se le garantizará la posibilidad de hacerlo; i) Prestar testimonio en condiciones especiales de protección y cuidado; j) Ser informada del estado de las actuaciones, de las medidas adoptadas y de la evolución del proceso; k) Ser oída en todas las etapas del proceso; l) A la protección de su identidad e intimidad; m) A la incorporación o reinserción en el sistema educativo; n) En caso de tratarse de víctima menor de edad, además de los derechos precedentemente enunciados, se garantizará que los procedimientos reconozcan sus necesidades especiales que implican la condición de ser un sujeto en pleno desarrollo de la personalidad. Las medidas de protección no podrán restringir sus derechos y garantías, ni implicar privación de

(44) Ley 26.364, de “Prevención y sanción de la trata de personas y asistencia a sus víctimas”, sancionada el 09/04/2008.

(45) Ley 26.842, de “Trata de personas y asistencia a sus víctimas. Prevención y sanción. Código Penal y Código Procesal Penal. Modificación”, sancionada el 19/12/2012.

su libertad. Se procurará la reincorporación a su núcleo familiar o al lugar que mejor proveyere para su protección y desarrollo”.

- b. La ley 26.485,⁽⁴⁶⁾ denominada Ley de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales, en su art. 16 establece derechos y garantías mínimos de procedimientos judiciales y administrativos: la gratuidad de actuaciones judiciales y patrocinio especializado; el derecho a ser oído/a personalmente por el juez; la protección de su intimidad, etc. Por su parte, el art. 26 hace referencia a las personas autorizadas a realizar la denuncia, estableciendo en su inc. b) que pueden hacerlo “La niña o la adolescente directamente o través de sus representantes legales de acuerdo lo establecido en la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes”. El art. 28, al describir los recaudos que deben tomarse para llevar adelante las audiencias en las que participen niñas y/o adolescentes víctimas establece que deberá contemplarse lo estipulado por la Ley 26.061, de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.
- c. A su vez, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires existe la “Ley de Prevención y Asistencia a las Víctimas de Violencia Familiar y Doméstica”⁽⁴⁷⁾ y, dentro de las medidas de asistencia, los centros de atención inmediata, que se ocupan de asistir a las víctimas dentro de las 24 horas de producido el hecho de violencia y de derivarla luego al centro de atención integral correspondiente. Todos los centros de atención inmediata deben contar con profesionales en medicina, trabajo social, derecho y psicología, y todos los empleados abocados a la tarea de esta primera atención tienen la obligación de informar a las víctimas acerca de los derechos reconocidos en la ley. A su vez, allí se ordena la definición de protocolos para la intervención de las distintas dependencias para evitar la doble victimización, esperas o traslados innecesarios.
- Prevé un tratamiento de niños, niñas y adolescentes que fueran víctimas de maltrato, debiendo darse intervención inmediata al Consejo de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.
- d. La denominada “Ley de Tráfico de Personas”⁽⁴⁸⁾ en el ámbito de la ciudad, en el marco de lo establecido por la Convención Internacional contra la Delincuencia Organizada Transnacional y su protocolo para “Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños”, que garantiza la asistencia integral a víctimas de trata de personas; entre ellas, las de asistencia médica y psicológica, y patrocinio jurídico adecuado para la víctima de trata de personas.

(46) Sancionada el 11 de marzo de 2009.

(47) Ley 1688 CABA, sancionada 28/04/2005.

(48) Ley 2781 CABA, sancionada el 10/07/2008.

- e. Dentro de los mecanismos de protección de la víctima se puede citar la ley 25.852, por la cual se incorporó el art. 250 bis⁽⁴⁹⁾ al Código Procesal Penal de la Nación. Este establece el requisito de contar con un psicólogo especializado para la entrevista y la Cámara Gesell, en caso de que la víctima no haya cumplido los 16 años. El Ministerio Público tiene una participación importante, no solo en relación a la forma de declarar, sino también respecto de: conveniencia o no de que declaren menores de 7 años; conveniencia o no de que sean sometidos a pericias; el derecho de los menores a ser oídos; los acuerdos de juicios abreviados cuando la víctima fue un menor de edad, etc. En la resolución 59/09⁽⁵⁰⁾ de la Procuración General de la Nación, se establece que “que en todos los procesos que involucren como víctimas o testigos a menores de 18 años se proceda del modo regulado en el art. 250 bis del Código Procesal Penal de la Nación”.

Resulta interesante un fallo de la Sala 5ª de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal que resuelve rechazar un planteo de nulidad interpuesto por la defensa del imputado. La defensa plantea como cuestionable la admisión de la declaración de un niño de 7 años realizado en los términos del art. 250 bis en análisis, acerca de las acciones realizadas por su padre contra la integridad sexual de su hermana de 4 años de edad, basándose en la prohibición probatoria del art. 242 CPPN que veda la declaración de un hijo en contra de su padre. La Sala realiza un interesantísimo análisis e interpretación de la Convención de los Derechos del Niño y sostiene “... No puede interpretarse que el código de forma impida a un familiar directo de la víctima menor de edad relatar los sucesos que apreció, máxime cuando por su propia naturaleza tales hechos son ejecutados en la intimidad del seno familiar. Una inteligencia así dejaría a la niña en un estado

(49) Código Procesal Penal de la Nación. “Art. 250 bis. Cuando se trate de víctimas de los delitos tipificados en el Código Penal, libro II, título I, capítulo II, y título III, que a la fecha en que se requiriera su comparecencia no hayan cumplido los 16 años de edad se seguirá el siguiente procedimiento: a) Los menores aludidos solo serán entrevistados por un psicólogo especialista en niños y/o adolescentes designado por el tribunal que ordene la medida, no pudiendo en ningún caso ser interrogados en forma directa por dicho tribunal o las partes; b) El acto se llevará a cabo en un gabinete acondicionado con los implementos adecuados a la edad y etapa evolutiva del menor; c) En el plazo que el tribunal disponga, el profesional actuante elevará un informe detallado con las conclusiones a las que arriban; d) A pedido de parte o si el tribunal lo dispusiera de oficio, las alternativas del acto podrán ser seguidas desde el exterior del recinto a través de vidrio espejado, micrófono, equipo de video o cualquier otro medio técnico con que se cuente. En ese caso, previo a la iniciación del acto el tribunal hará saber al profesional a cargo de la entrevista las inquietudes propuestas por las partes, así como las que surgieron durante el transcurso del acto, las que serán canalizadas teniendo en cuenta las características del hecho y el estado emocional del menor. Cuando se trate de actos de reconocimiento de lugares y/o cosas, el menor será acompañado por el profesional que designe el tribunal no pudiendo en ningún caso estar presente el imputado”. Este artículo fue incorporado por ley 25.852 (BO, 08/01/2004).

(50) Resolución de la Procuración General de la Nación 59/09, dictada el 2 de junio de 2009.

de indefensión y ello, confrontaría directamente con el texto de la Convención sobre los Derechos del Niño”.⁽⁵¹⁾

- f. Como al analizar la legislación internacional, estas herramientas utilizadas en conjunto con la Convención sobre los Derechos del Niño y la ley 26.061 brindan la posibilidad de la defensa y protección de los derechos del niño cuando es víctima. Y también, cuando eso sucede, no solo de cuidar la forma de las audiencias y su asistencia médica y psicológica, sino de brindarle la posibilidad de ser querellante y, como persona autónoma, reclamar sus derechos por sí mismo.

7. Código Civil y Comercial de la Nación

El Estado Argentino asumió muchas y grandes obligaciones internacionales desde el dictado del Código de Vélez Sarsfield. La mayoría de ellas, o las más importantes, sobre derechos humanos. Resultaba necesario que estas leyes de derecho común, que rigen y tanto afectan nuestras vidas, se permeabilicen a todos los avances y compromisos del Estado en relación a los derechos humanos de cada uno de nosotros.

El Código Civil de Velez Sarfield contenía numerosas normas que contemplaban los intereses de los menores en relación a sus bienes. Lo consideraba un incapaz, y no un sujeto de derecho, sometido a la autoridad parental. Si bien las leyes 23.264 y 23.515 avanzaron en cierto sentido para una mejor consideración de los derechos del universo en estudio, lo cierto es que no llegaron a asumir plenamente el concepto de sujeto de derecho para la niñez y adolescencia. Finalmente, en el año 2005 se dictó la ley 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes que realmente operativizó los principios fundantes de la CDN. Pero esta ley, no derogó en forma expresa las disposiciones encontradas del Código Civil. Ello derivó en frecuentes y flagrantes contradicciones con los derechos que contiene la legislación convencional. Por ejemplo, si hablamos de capacidad progresiva como la entendemos hoy de acuerdo a la CDN, no solamente no estaba contemplada, sino que para determinados sectores no era reconocida como integrante de nuestro cuerpo normativo.

El día 1° de octubre de 2014 fue sancionada la ley 26.994 que aprueba el Código Civil y Comercial de la Nación, se promulgó el día 7 de octubre del mismo año, y entrará en vigor el día 1° de enero de 2016. Uno de sus

(51) CNac. Apel. Crim. y Correcc., Sala V, Capital Federal, 19/05/2011.

grande méritos es haber acogido en su articulado el concepto del niño como sujeto de derechos, incorporando los que se han denominado, principios estructurantes de la CDN, tales como el art. 3° sobre interés superior del niño, el artículo 12 sobre el derecho a ser oído, la real función de los progenitores respecto de sus hijos de acompañamiento en su desarrollo (arts. 5 y 18 CDN).

Uno de los ejes que se ha tenido en mira en la redacción de este Código ha sido la recepción de los tratados internacionales de derechos humanos (art. 75, inc. 22 CN), en la legislación de fondo civil. En la temática en cuestión es fundamental la incorporación de los principios estructurantes de la Convención y de la ley 26.061, que constituyen el núcleo central de lo que entendemos por derecho de defensa.

Ello aparece claramente en la incorporación de la doctrina de la capacidad progresiva. En principio, se recepta la modificación de la ley 26.579 que entró en vigencia el 31 de diciembre de 2009, y que modificó la edad en la que se llega a la mayoría de edad, estableciéndola en 18 años, en lugar de 21 (art. 25 CC). Ese mismo artículo crea una categoría que no existía, la de adolescente: personas entre 13 y 18 años. El Código permite al menor de edad ejercer los derechos que le son permitidos de acuerdo con su edad y grado de madurez y, por supuesto, recepta el derecho a ser oído en todo proceso judicial y a participar en todas las decisiones que se tomen sobre su persona.

Si de capacidad progresiva se trata, es ineludible analizar este concepto conjugándolo con el de competencia médica: en tal sentido, el Código Civil recepcionó esta doctrina que empodera a niños, niñas y adolescentes de su derecho a decidir sobre su propio cuerpo. Es preciso aclarar la diferencia fundamental existente entre capacidad civil y el concepto de competencia bioética o médica: la capacidad civil se adquiere al cumplir la mayoría de edad y la competencia bioética no se alcanza en un momento determinado de la vida, sino que se va desarrollando y evolucionando con el paso del tiempo, hasta que paulatinamente se alcanza la madurez. Se trata de un concepto que pertenece al área de los derechos personalísimos que se ejercen a medida que se va adquiriendo la capacidad necesaria para hacer efectivos derechos como la salud y la vida. En este Código, para evitar interpretaciones divergentes respecto de la capacidad de los niños, niñas y adolescentes para situaciones determinadas, se establecieron edades específicas en las cuales nadie puede

negarles el ejercicio del derecho personalísimo que es el cuidado de su propio cuerpo.

Es así que se establece (art. 26) que se presume que, entre los 13 y los 16 años, el menor adolescente tiene aptitud para decidir respecto de tratamientos que no resulten invasivos, ni comprometan su estado de salud o provoquen un riesgo grave en su salud o integridad física. En tales casos, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus padres o representantes legales. Y, a partir de los 16 años, el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.

El Código categoriza debidamente la capacidad progresiva que surge de todas las normas de los capítulos respectivos, en especial del señalado art. 26 y de aquel que es mencionado como principio general en el Título de Responsabilidad Parental (art. 638). Íntimamente relacionado con ello, y con la misma categoría, aparece la figura del abogado del niño cuya función es acompañarlo en aquellas situaciones en las cuales sus derechos se ven amenazados.

Cabe destacar que el Código Civil incorpora la figura del abogado del niño —la que ha sido largamente debatida por la doctrina y la jurisprudencia, como antes analizáramos— y reconocida expresamente en el art. 27, inc. c) de la ley 26.061. El art. 26 del citado cuerpo normativo, dispone que la persona que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico y que, en situaciones de conflicto de interés con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada, así como en los arts 660, 645, 677, 678, 679.

La incorporación expresa de derechos de los niños también encuentra lugar en el instituto de la Adopción previsto por el Código Civil, que le otorga un sitio en los procesos que le atañen: el niño que cuenta con edad y grado de madurez es parte en la declaración de su situación de adoptabilidad (conf actual art. 608), a la que puede comparecer con asistencia letrada, y en el juicio de su adopción (art. 617, inc. a), en el que también contará con asistencia letrada. Además, el pretense adoptado que sea mayor de diez años debe prestar su consentimiento expreso en su juicio de adopción (art. 617 inc. c). Por último, el adoptado con edad y grado de madurez suficiente, tiene derecho a conocer los datos relativos

su origen y puede acceder al expediente judicial y administrativo (conf. art. 596).

En relación al instituto de la filiación, los cambios operados otorgan seguridad jurídica a un porcentaje importante de la población que ha nacido por la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida.⁽⁵²⁾ El código Civil vigente, en el art. 240 establece que la filiación puede ser por naturaleza o por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial o extra matrimonial, de ambas surgen los mismos efectos. No se refiere a los nacidos por TRHA.

Uno de los grandes desafíos del nuevo Código ha sido el de legislar sobre la filiación y los distintos métodos de reproducción humana asistida existentes, que no son pocos. El estudio de la maternidad/paternidad se ha corrido completamente del eje de la biología, hacia el de la voluntad, como el elemento central para la creación de vínculos filiatorios. Esta voluntad procreacional es diferente de la voluntad parental, en tanto mientras en la primera el fin último es la procreación (más relacionado con las ciencias biológicas), en la segunda su finalidad es la de ahijar, convertirse en madre/padre.

Se incorpora entonces la voluntad procreacional como fuente de la filiación. En el artículo 562 se señala que los hijos nacidos por las TRHA son hijos de quien dio a luz y del hombre o la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre, en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscriptos en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quien haya aportado los gametos.

Los ejes centrales que se tuvieron en cuenta al legislar esta institución, son los principios de igualdad, derecho a la identidad, celeridad e inmediata inscripción, de acuerdo a lo que ordenan los arts. 7 y 8 CDN y la ley 26061. Y sustancialmente el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico, así como el derecho a gozar de la familia. En miras a la señalada igualdad se establece que el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas solo expedirá certificados de nacimiento que sean redactados en forma tal que de ellas no resulte si la persona ha nacido o no durante el matrimonio, por TRHA o ha sido adoptada. (Art. 559 CCyC).

(52) En adelante TRHA.

Dotar de seguridad jurídica a los vínculos filiales de estos niños, tornó auspiciosa la posición asumida por el Código, reconociendo los mismos derechos a todos los niños, cualquiera sea el origen de su filiación. Haciendo efectivos principios constitucionales y de los tratados internacionales, CDN, CEDAW, y la ley 26061, receptó las TRHA regulando el uso de las mismas en cuanto causa fuente de filiación, al decir que la filiación puede tener lugar por naturaleza y, mediante técnicas de reproducción asistida o por adopción (Art. 558).

El nuevo Código introduce grandes modificaciones en relación a la responsabilidad parental. Se consideró imprescindible reemplazar la expresión patria potestad por ser contraria totalmente a la esencia de una familia democrática. La denominada "patria potestad" ha sido pensada en un modelo de familia piramidal donde el niño es un sujeto sometido al poder de sus padres, siendo su opinión despreciada. Se modifica totalmente el concepto y se asume el de responsabilidad parental que traduce la esencia de función y acompañamiento que significa para este Código la relación de padres e hijos.

El Código en estudio, en su art. 638 nos brinda el concepto "responsabilidad parental" como el "conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado". A continuación, en el art. 639 enumera los principios generales que ordenan la responsabilidad parental, ellos son:

a) el interés superior del niño; b) la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo, y la regla de que a mayor autonomía disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos; c) el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez.

Estos principios deben permearse en todo el articulado referido a la materia, en todos los casos en los que se encuentren afectados intereses de los niños, niñas y adolescentes.

Del análisis del nuevo articulado del Código Civil y Comercial se desprende la voluntad legislativa de impregnar el derecho común del derecho de niños, niñas y adolescentes del nuevo paradigma de protección integral fundante de la CDN. Con la humanización y constitucionalización de las

normas del derecho positivo local, se logra poner al niño, niña y/o adolescente en la posición de sujeto de derechos.

8. Conclusiones

El dictado del Código Civil y Comercial, como especificamos en el apartado anterior, ha receptado los principios de la CDN en relación a los derechos de la niñez y la adolescencia. Su incorporación al plexo normativo civil como sujeto de derechos, siempre teniendo en miras el grado de madurez traduce una deuda que existía desde la firma de la CDN y el dictado de la ley 26.061.

Cabe preguntarse si sería beneficioso elaborar un cuerpo jurídico especial en materia de los derechos del niño víctima —ya sea de un delito, ya sea de situaciones familiares y/o sociales que lo afecten y lo victimicen en forma ocasional o permanentemente— reúna tanto las normas nacionales pertinentes como las internacionales vigentes en nuestro país. En este ordenamiento debería perfeccionarse y no retrocederse en el derecho de los niños a ser parte en un proceso y/o querellar, y/o designar un abogado, avanzando en la debida aplicación de la Convención y de la ley 26.061 y, en especial, no delimitando de manera rígida en los 14 años el ejercicio de estos derechos. Igualmente importante en relación al niño víctima en todo ámbito, es la necesidad de poder reclamar los derechos económicos y sociales que se hayan violado por su condición de tal. Asimismo, debería admitirse su participación en distintos ámbitos, de acuerdo con su posibilidad de formarse un juicio propio y de su valoración “en función de la edad y madurez del niño teniendo en cuenta el acto de que se trate”. Cada niño es distinto y quizás llegue a su madurez en diferentes momentos de la vida; por ello, cada caso debe ser evaluado particularmente.

Se deben difundir los derechos de los niños a tener un abogado, a ser querellantes y a participar en el proceso, siendo debidamente informados. Creemos que, bien llevado un proceso, en lugar de ser una segunda victimización puede ser aquello que le permita al niño, niña o adolescente vivir mejor su duelo y finalizar un ciclo doloroso de su vida. Anker Ullrich señala: “en el proceso penal en un menor se convierte en un rito donde puede elaborar discursiva y anímicamente su duelo y dolor frente a un mundo de significados que le objetivará y traslucirá mediante la judicialización”.

Es obligación del Estado y de la sociedad en sus distintos estamentos tomar todos los recaudos legislativos, judiciales y administrativos necesarios para que los niños, niñas y adolescentes no sufran la doble —y, podríamos decir, hasta la múltiple— victimización que experimentan hoy en día aquellos infantes que se ven involucrados en la comisión de delitos e ilícitos penales y/o civiles como sujetos pasivos.

Es pertinente recordar las palabras de dos eminentes juristas que hicieron del derecho de defensa una bandera de lucha. En primer lugar, las del Dr. Morello, quien dijo: “los últimos años de la centuria, exhiben en los corredores del gran mapa jurídico como una de las notas más destacables el tránsito del estado de derecho al estado de justicia. Ello importa no dejar en orfandad situaciones tutelares que demandan como ocurre con las expectativas derecho y posición de los niños, una organización o cobertura que recepte vanguardistas instrumentos técnicos y además el reconocimiento de nuevas legitimaciones extraordinarias que rápidamente dejan de ser excepcionales o residuales al convertirse en necesarias o normales”.

En segundo lugar, es menester recordar al querido maestro Bidart Campos, que nos enseñó que la legitimación procesal es un problema constitucional que, a su criterio, la ley no puede resolver porque si no asume la convicción de que el sistema de derechos y garantías de la constitución se esteriliza cuando la legitimación no se facilita debidamente, estamos dilapidando todas las prédicas referidas a los derechos humanos.

No nos asustemos de los niños ni de sus potencialidades. Escuchémoslos y pongámonos a su servicio.



La escuela: una apuesta a la construcción del lazo social

MARA BRAWER⁽¹⁾



1. Palabras introductorias

En septiembre pasado, el Congreso de la Nación aprobó por unanimidad la ley 26.892, para la promoción de la convivencia y el abordaje de la conflictividad social en las instituciones educativas.

A través de la sanción de dicha ley, el Congreso se hace eco de la preocupación de vastos sectores de nuestra sociedad ante la violencia en las escuelas. Si bien hay consenso en que esta problemática constituye una de las prioridades de la agenda de nuestra sociedad, no hay una forma única de comprenderla ni consenso sobre los modos más efectivos de abordarla, por lo que es necesario reflexionar y explicitar los paradigmas o enfoques que sustentan cada iniciativa. Este es el principal propósito del presente artículo.

2. El objeto de la ley: los vínculos en la escuela

La ley de reciente sanción sostiene la necesidad de abordar el problema desde un enfoque integral. Es integral porque no restringe su objeto a la violencia sino que comprende que esta es el resultado de modos de

(1) Lic. en Psicología. Diputada nacional.

vincularse, en un contexto social, institucional e históricamente determinado. Su objeto, entonces, es más amplio: los vínculos en la escuela.

No alcanza con atender a las situaciones puntuales de violencia sino que es necesario trabajar en la promoción de modos de convivencia democrática en la escuela. Desde esta convicción, la ley plantea propuestas positivas que potencian la experiencia de niños, adolescentes y jóvenes de vivir junto a otros, de ensayar vínculos democráticos, pluralistas, basados en el respeto mutuo.

En la vereda de enfrente de quienes reclaman la instalación de cámaras u otros dispositivos de vigilancia en las escuelas, el endurecimiento de las sanciones o el ejercicio de la autoridad por vías ya perimidas —y, por tanto, ineficaces— quienes sostenemos un enfoque integral apuntamos a la reconstrucción del lazo social, al valor de los vínculos, a la participación en la vida escolar, a hacer de la escuela un espacio que interpele las iniciativas, intereses y expectativas de nuestros niños, adolescentes y jóvenes —y, también, que apasione a nuestros docentes— a la construcción de nuevos modos de autoridad pedagógica, que se sustente en los valores democráticos sin por ello desconocer la asimetría del rol.

Ésta es la perspectiva más amplia desde la cual proponemos abordar una de las formas que puede asumir la violencia en la escuela que, en la actualidad, ha adquirido mayor visibilidad a través de los medios masivos de comunicación: el bullying, acoso u hostigamiento entre pares. Desde el sentido común, se ha asumido el término acoso como sinónimo de violencia o de maltrato entre pares. Sin embargo, esto no es así. Para que podamos hablar de acoso tienen que cumplirse dos condiciones. La primera, es que la violencia o agresión se dirija en forma sistemática y perdurable en el tiempo al mismo niño, adolescente o grupo; y la segunda, es que exista una relación asimétrica de poder entre quienes acosan y quien es o quienes son acosados. No constituyen acoso las burlas, discriminaciones u otras agresiones cuando tienen por objeto en forma rotativa a distintos miembros del grupo, es decir, son dirigidas a un alumno en un momento y a otro en otra ocasión.

Como puede verse, el acoso entre pares es una de las formas posible de violencia en las escuelas, no la única, y no parecería razonable sancionar una ley para cada una de ellas. Todas las situaciones deben ser atendidas a través de un abordaje integral, evitando recortes que parcialicen la problemática.

3. Enfoque relacional vs. enfoques centrados en el individuo

Como explicitamos al comienzo de este artículo, no hay una única forma de explicar o comprender los episodios de violencia. La ley de reciente sanción adopta un enfoque relacional, alejándose de enfoques centrados en el individuo. Los enfoques centrados en el individuo atribuyen la violencia a características o circunstancias de los individuos. Habría así individuos que son propensos a ser violentos y, por lo tanto “victimarios” y otros propensos a ser objeto de las agresiones o “víctimas”. Generalmente estos enfoques comprenden a los sujetos en términos esencialistas, es decir, habría una esencia del sujeto que es *per se* o en sí mismo “violento” o “pasible de ser victimizado”. A su vez, son enfoques patologizantes, ya que hacen una enfermedad de los conflictos que son inherentes a las relaciones humanas. En el ámbito escolar, estos enfoques encuentran su versión en “el chico problema”.

El enfoque relacional se aleja de los enfoques centrados en los individuos ya que reconoce la incidencia del contexto en el que tienen lugar las interacciones entre sujetos en la producción de hechos de violencia, sin que ello implique desconocer la responsabilidad subjetiva de cada cual. Desde esta concepción, los comportamientos considerados violentos constituyen modos de interacción social globales que cobran sentido en un determinado contexto. Desde este enfoque, no hay niños o jóvenes *per se* violentos, sino que actúan ese rol en unas circunstancias determinadas.

El enfoque relacional no desconoce lo subjetivo —es decir, los rasgos singulares de cada sujeto—, pero amplía los márgenes de comprensión ya que tiene en cuenta las relaciones y el contexto en el que tienen lugar. Ampliar los márgenes nos lleva necesariamente a preguntarnos por las prácticas institucionales. No alcanza por preguntarnos sobre las características de cada chico, ni por las de su familia o el barrio en el que vive, sino que es necesario preguntarse en qué condiciones institucionales algunos chicos establecen determinados tipos de vínculos. ¿Qué clima de trabajo la escuela instala de modo que funcione —o no— como propiciadora de situaciones de violencia?, ¿cómo se van conformando los grupos de estudiantes?, ¿cómo intervienen los docentes en este proceso?, son solo algunas de las preguntas que podemos hacernos.

Si sostenemos un enfoque relacional, tenemos que oponernos al uso de pares dicotómicos tales como “víctimas” y “victimarios”. Estos términos aluden solo a los individuos involucrados, desconociendo las relaciones y el contexto, a la vez que fijan o cristalizan determinadas identidades.

4. El abordaje de la violencia desde una perspectiva de los derechos del niño/niña o joven

La Convención Internacional por los Derechos del Niño define claramente que los niños/as y jóvenes son "sujetos de derechos". Este cambio en el modo de concebir a la infancia implica y requiere una redefinición de las relaciones que los adultos establecen con los niños/niñas y jóvenes.

Las relaciones al interior de la escuela no quedan por fuera de esta redefinición. Y, en tanto la escuela es una institución pública, su papel es central a la hora de hacer efectivo el cumplimiento de los derechos de niños/niñas y jóvenes.

El abordaje de situaciones de violencia en la escuela debe necesariamente realizarse desde esta perspectiva de derechos. En este sentido, la escuela no puede hacerse eco de demandas que no se apoyan en la idea de enfrentar la violencia con instrumentos pedagógicos sino con medidas que pongan en riesgo los derechos considerados inalienables. Tal es el caso de la expulsión de un estudiante del establecimiento escolar sin garantizar la continuidad de los estudios, o la aplicación de sanciones que resultan humillantes, o la negación a la participación en la vida escolar o del derecho que niños y jóvenes tienen a ser escuchados ante todo aquello que les concierne, entre otros ejemplos posibles.

Creemos que la escuela debe responder ante las situaciones de violencia o de maltrato, no puede quedar impávida ni hacer "silencio pedagógico", ya que esto implicaría la impunidad y dejaría a los chicos al desamparo de los adultos. Pero debe hacerlo a partir de la implementación de medidas pedagógicas que tiendan a la reconstrucción del lazo social, siempre garantizando los derechos de los niños y jóvenes, tales como el derecho a la educación y el derecho a ser escuchado, entre otros.

5. El lugar del adulto. Acerca del vínculo escuela-familia

Preguntarnos acerca de cuál es el lugar de los adultos frente a los niños y jóvenes, nos lleva necesariamente a interrogarnos sobre qué significa ser adulto en los tiempos actuales.

La sociedad actual ha atravesado cambios profundos en diferentes aspectos, culturales, sociales, económicos, producto de la implementación de políticas neoliberales, la fragmentación social, los alarmantes procesos de exclusión, el aumento de la violencia, que han puesto de manifiesto una crisis de gran

envergadura. Estos cambios impactaron fuertemente en las instituciones sociales y en los modos en que sus diferentes actores se relacionan entre sí.

La escuela y la familia, en tanto instituciones que en la modernidad sostienen un lugar de autoridad, no han quedado al margen de estos cambios, y hoy se enfrentan a problemáticas y preguntas nuevas a las que necesitan dar respuesta para que los niños y los jóvenes puedan integrarse plenamente en la vida social. Docentes y padres ya no detentan autoridad por el solo hecho de ocupar un rol en una determinada institución.

Esto no es en sí mismo ni bueno ni malo, pero nos coloca como sociedad frente al desafío de reflexionar acerca de cómo hacemos los adultos para sostener la autoridad frente a las nuevas generaciones. Y no vamos a poder encontrar una respuesta, si no lo hacemos en forma compartida entre los distintos actores sociales que conforman el mundo adulto.

A través de la sanción de esta ley, buscamos asumir una problemática propia de la época fortaleciendo una cultura del cuidado, en la que los adultos se responsabilicen por la formación de los niños y los jóvenes; no solo las familias, no solo las escuelas, sino la sociedad, el mundo adulto en su conjunto.

En este marco, la escuela debe asumir la responsabilidad de promover espacios de participación para pensar y discutir junto a las familias y los diferentes actores de la comunidad el presente y el futuro de nuestros niños y jóvenes. Se trata de pensar modos de encuentro entre la cultura escolar y la cultura de las familias a fin de profundizar el diálogo y la comprensión en función de las necesidades y posibilidades mutuas. Es un intento de dar respuesta a un problema que nos preocupa: la necesidad de renovar el pacto educativo entre la familia y la escuela. En un abordaje integral de la convivencia, la conflictividad y los problemas de violencia en las escuelas, el diálogo con las familias y con la comunidad adulta en su conjunto no puede de ningún modo estar ausente.

6. La escuela como experiencia de formación ciudadana

Un enfoque integral asume que la escuela no solo debe apuntar a resolver los problemas coyunturales, como los hechos de violencia, sino que debe plantearse como eje estratégico la formación de nuestros niños y jóvenes para ejercer una ciudadanía responsable, en el marco de una sociedad socialmente justa y democrática.

La escuela es la institución que debe garantizar a niños y jóvenes los aprendizajes necesarios para la plena inclusión en la sociedad, generando de este modo igualdad de oportunidades para todos. Y, para que un sujeto pueda gozar de plena inclusión en lo social, tiene que formarse en las habilidades que le posibiliten regular las relaciones con los otros de modos positivos y no violentos. Ello implica ser capaz de establecer con los otros vínculos solidarios, pluralistas y basados en el respeto mutuo. Este es el principal aporte de la escuela para la construcción de una cultura de paz. Porque la paz no es solo la ausencia de guerra, sino la lucha por una sociedad más justa, basada en la equidad, la libertad, la democracia y el respeto pleno de los derechos humanos.

Para ello, no es suficiente incorporar contenidos en la currícula: la experiencia escolar en su conjunto forma en y para la ciudadanía. Nos referimos a aquello que se enseña y que se aprende en la convivencia cotidiana, muchas veces sin que nadie se lo proponga. Niños y jóvenes aprenden de las relaciones que se establecen entre los docentes, con y entre los alumnos y con sus familias, aprenden del modo en que la escuela trata las diferencias y resuelve los conflictos, aprenden del trabajo junto a otros, aprenden de los espacios en los que pueden hacer efectivo su derecho a participar, a ser escuchados y tenidos en cuenta, aprenden del modo en que la escuela promueve —o no lo hace— el respeto a las normas de convivencia.

7. Órganos de participación en la vida escolar y acuerdos escolares de convivencia

En las escuelas, niños y jóvenes desarrollan las primeras habilidades para el ejercicio democrático. Ser capaces de visualizar las diferencias como rasgos de riqueza, superar prejuicios y estereotipos, valorar los conflictos como oportunidad para el aprendizaje, elaborar estrategias para su resolución no violenta, aprender a construir y respetar acuerdos de convivencia, son solo algunas de ellas. Los órganos de participación en la institución escolar, tales como los consejos de convivencia, los consejos de curso o los centros de estudiantes, son una oportunidad privilegiada para el desarrollo de estas habilidades.

Estos son los principios que orientan la nueva ley cuando, en su artículo 4, promueve la participación de docentes, alumnos y familias en la elaboración de acuerdos para la convivencia en las escuelas y en las decisiones que afectan a la vida institucional, dando legitimidad al camino ya iniciado desde el Ministerio de Educación de la Nación para la escuela secundaria, a través de la resolución 93/09 del Consejo Federal de Educación.

A partir de la implementación de esta ley, las escuelas de todos los niveles y modalidades de nuestro país contarán con órganos u otras instancias de participación de docentes, familias y estudiantes en la vida escolar, adecuados a la edad y al desarrollo evolutivo de estos últimos. Consejos de convivencia, parlamentos u otros órganos en las escuelas secundarias, pero también otros de estructura menos compleja como consejos de grado o asambleas escolares, cuando los chicos son más pequeños. La participación es un aprendizaje que tiene lugar desde el mismo momento en que un niño comienza su escolaridad en el nivel inicial.

Otro aspecto a subrayar es que a partir de esta ley, docentes, niños y jóvenes, como así también sus familias, tendrán participación en la construcción de las normas de convivencia de cada escuela. El mencionado artículo se refiere a la participación de los diferentes actores en la elaboración de los acuerdos escolares de convivencia. Por supuesto que no todo se acuerda y que todo acuerdo debe estar siempre enmarcado en una legalidad mayor. Podemos explicar a los chicos por qué no pueden pegarse unos a otros, pero eso no está en discusión y no puede de ninguna manera ser fruto de un acuerdo. Pero sí, si los chicos pueden o no ir a la escuela en bermudas o en ojotas o si está o no permitido el uso del celular en la escuela.

La participación en la elaboración de normas de convivencia, además de resultar una experiencia de gran valor formativo, es fundamental para que los estudiantes no solo reconozcan las legalidades —es decir, para que sepan diferenciar qué se puede y qué no—, sino que además las asuman como propias, las perciban como legítimas.

Demás está decir que la participación de cada sector de la institución dentro de la dinámica institucional no implica pérdida de la asimetría en las relaciones entre adultos y niños y jóvenes, ni pérdida de la autoridad. La democracia implica la igualdad de los derechos pero no de las funciones; hay una obligación adulta con respecto al cuidado y a la formación de los más jóvenes que no se puede obviar.

8. El valor pedagógico de las sanciones

La trasgresión es el no respeto de las normas y/o los acuerdos que sostienen a una comunidad. Y, en función del proceso educativo de los alumnos, es muy importante pensar qué deben hacer los adultos cuando éstos transgreden. No es lo mismo actuar que no; porque es solo el hacer de un adulto lo que puede señalar a los jóvenes que está mal lo que hicieron.

Cuando un chico se desborda o transgrede, es un adulto el que debe pedirle que se limite, él solo no puede. Niños y jóvenes deben percibir que no es lo mismo transgredir que no; pero solos, nunca lo van a lograr, necesitan de la autoridad del adulto. Es responsabilidad del adulto que las nuevas generaciones descubran el sentido de las normas que dan lugar a convivir con los otros. Como todo aprendizaje, esto constituye un proceso y, por lo tanto, requiere tiempo.

El “no” que se le debe exigir al chico para poder socializarse, no es cualquier no; este es el no del cuidado para sí y para terceros, es el que posibilita vivir con los otros. Dentro de este marco, pensamos a la transgresión como riesgo y al límite como cuidado.

Desde esta convicción, el artículo 6 establece el valor pedagógico de las sanciones posibilitando a nuestros niños, niñas y jóvenes hacerse responsables progresivamente de sus actos, y prohíbe expresamente aquellas que atenten contra sus derechos. Y aquí valga nuevamente una aclaración: la ley no crea las sanciones, estas ya existen, en todo caso las regula, y lo hace desde la fuerte convicción de que el límite es una forma de cuidado hacia nuestras jóvenes generaciones, siempre y cuando se sostenga en los valores democráticos y, sobra decirlo, en la perspectiva de los derechos de niños, niñas y adolescentes.

Las sanciones son un modo posible —no el único— de actuar ante una transgresión. No solo no están mal sino que en muchos casos son necesarias, porque son la posibilidad de que el niño o joven pueda darse cuenta de que en la escuela, como en la vida, no se puede hacer cualquier cosa, porque se vive en sociedad y esto implica códigos de convivencia que hay que respetar.

Una sanción se vuelve educativa, en primera instancia, cuando el alumno percibe que la transgresión que se le marca, y por la cual se lo sanciona, no es el resultado del capricho del docente, sino de la legitimidad de la norma.

En segunda instancia, la sanción requiere el tiempo necesario para que el niño o joven pueda decir porqué transgredió, dar su propia versión de los hechos y, a partir del diálogo con el adulto, comenzar a percibir que las transgresiones implican un riesgo para sí y para el resto, porque las pautas de convivencia le permiten socializarse con los otros.

El diálogo no invalida la aplicación de la sanción; pueden ir juntos. El niño o joven puede ir modificando de a poco su conducta, y como todo

aprendizaje, requiere tiempo. Los adultos deben ir viendo esas pequeñas diferencias que se van marcando en el actuar de los más jóvenes, e ir señalándoles desde el diálogo y la sanción la importancia de respetar las normas que posibilitan la convivencia en la institución. Este, tal vez, sea el primer acto pedagógico de un docente hacia un niño o joven: transmitirle la importancia de hacer lazo con los otros.

En tercer lugar, para que una sanción eduque es condición que se implemente en el marco de los derechos de los niños y jóvenes, entre los que nos interesa enfatizar el derecho a la educación. En un país como el nuestro, en el que las leyes establecen la obligatoriedad hasta el nivel secundario, ninguna sanción puede atentar contra la continuidad de los estudios de un niño o joven. En todo caso, si a un alumno hay que separarlo de la escuela porque cometió alguna falta muy grave, es responsabilidad del sistema educativo buscarle una nueva escuela, un espacio educativo más adecuado para su situación. El Estado no puede desligarse de la responsabilidad de educarlo. Entonces, es necesario que asuma la cuota de responsabilidad que le corresponde a cada quien y continuar intentando resolver el problema de cómo educar a las nuevas generaciones.

Finalmente, es fundamental que las normas sean respetadas por todos, incluyendo a los adultos de la institución. Esto no significa que sean necesariamente idénticas para unos y otros, pero sí que deban fundamentarse en la igualdad de derechos. Cuando los adultos de la institución transgreden, también deben ser sancionados, de acuerdo a las normativas vigentes que regulan el trabajo docente, fundamentalmente los estatutos. Si esto no sucede, se produce una situación de impunidad e injusticia, que pone en cuestión no solo la legitimidad de las normas sino también la legitimidad de la autoridad de los adultos para hacerlas cumplir.

Niños y jóvenes aprenden del modo en que la escuela se posiciona frente a los conflictos. En este sentido, abordar los conflictos que se producen en el cotidiano escolar desde el diálogo, la palabra, la escucha de la opinión de los estudiantes en relación a todo aquello que les concierne, el respeto por las normas, implica hacer de ellos oportunidades de aprendizaje para favorecer el desarrollo de las habilidades para la construcción de una cultura de paz y de convivencia democrática a las que hemos aludido.

9. El fortalecimiento de las jurisdicciones y las instituciones para intervenir en la resolución de situaciones de conflicto

Desde el sentido común, el término conflicto suele tener una connotación negativa, es algo a evitar o eliminar. Sin embargo, el conflicto es inherente a las relaciones humanas y al funcionamiento de toda institución, entre ellas, la escuela.

Los conflictos no necesariamente obstaculizan la convivencia sino que pueden ser una oportunidad para trabajar sobre los vínculos en un grupo y para aprender de ello.

Desde esta concepción, una buena convivencia no depende de la existencia o ausencia de conflictos —lo que, por otra parte, resultaría imposible—, sino fundamentalmente de cómo se aborden. Por este motivo es importante que todos los actores de la institución escolar cuenten con las herramientas para la resolución no violenta de conflictos.

Es por ello que el capítulo 3 de la ley asigna al Ministerio de Educación de la Nación, junto con los Ministerios provinciales, la responsabilidad de brindar a las escuelas y a los equipos docentes herramientas para intervenir en la resolución de situaciones de conflicto. Entre ellas, la elaboración de una guía con orientaciones para la actuación en situaciones complejas y la creación de una línea telefónica nacional gratuita para la atención de situaciones de conflicto relacionadas con la convivencia en las escuelas, para que una vez recepcionadas, estas sean trabajadas por la jurisdicción escolar que corresponda.

Y el mismo capítulo, en su artículo 8, establece la responsabilidad del Ministerio de promover el fortalecimiento de los equipos de las jurisdicciones especializados en la temática, enriqueciendo la función que estos desempeñan en el acompañamiento a la comunidad educativa ante la prevención y el abordaje o resolución de situaciones de violencia en las escuelas.

El espíritu de estos artículos tiende al fortalecimiento de las prácticas institucionales y jurisdiccionales para intervenir en la resolución de situaciones de conflicto de modo positivo, evitando el desenlace de situaciones de violencia. Son sus destinatarios principales aquellos actores que, desde sus diferentes roles, resultan clave en el abordaje de la conflictividad social en las escuelas, tales como los equipos de orientación y apoyo escolar, y otros equipos técnicos, supervisores, directivos, preceptores, tutores, docentes, entre otros.

Actualmente, todas las provincias cuentan con equipos especializados en la atención de esta problemática, que acompañan y orientan a las escuelas ante la resolución de situaciones que, por su complejidad, la exceden. La función de estos equipos es de gran relevancia y, por tanto, es fundamental que acordemos a nivel federal criterios para la intervención. La apertura de una línea nacional gratuita es una estrategia que apunta a mejorar la accesibilidad de todos los chicos y sus familias a estos equipos. También supervisores y directivos ocupan un rol de gran importancia en la orientación a los equipos docentes.

Finalmente, las investigaciones demuestran la alta incidencia de la intervención docente en la resolución no violenta de los conflictos. Aquellos chicos que sostienen que sus docentes se comprometen ayudándolos a resolver los problemas de convivencia con sus pares, reportan con significativa menor frecuencia haber sufrido o haber sido testigo de episodios de violencia en la escuela. Estos resultados permiten sostener la importancia que tiene el rol del docente, en sentido amplio, en la conformación de vínculos solidarios, basados en el respeto mutuo. Y de allí la necesidad de promover la reflexión acerca de los modos más pertinentes de intervenir.

A través de este artículo, que asigna las mencionadas responsabilidades a los respectivos Ministerios y que, a la vez, las traduce en estrategias concretas, la ley asume un reclamo histórico de las escuelas: no estar solas frente a situaciones que, por su complejidad, requieren una respuesta conjunta.

10. Información sólida que fundamente las políticas públicas

El tema de la violencia es uno de los que con más fuerza se ha instalado en los últimos tiempos en las preocupaciones prioritarias de nuestro país. La difusión de episodios de violencia en las escuelas, a través de los medios de comunicación, lo ha constituido en un fenómeno altamente visible. Esto ha hecho que el tema fuera objeto de múltiples análisis y opiniones.

Sin embargo, hasta el año 2004, fecha de creación del Observatorio Argentino de Violencia en las Escuelas,⁽²⁾ nuestro país no contaba con información oficial que posibilitara sustentar la evolución de esta problemática.

(2) El Observatorio es una iniciativa conjunta del Ministerio de Educación de la Nación y la Universidad Nacional de San Martín (UNSAM). Entre las funciones que se le asignan en el convenio de creación, figura con especial énfasis la de producir información cuali y cuantitativa sobre la problemática de la violencia en las escuelas.

A partir de la creación del Observatorio, el Ministerio de Educación realiza en forma periódica un relevamiento de la violencia en la escuela desde la perspectiva de los alumnos. Este relevamiento es el resultado de una encuesta que se aplica en forma conjunta con el Operativo Nacional de Evaluación (ONE).

Durante los años 2005, 2007 y 2010, el Observatorio Argentino de Violencia en las Escuelas aplicó una encuesta a una muestra representativa de alumnos de las escuelas estatales y privadas de todo el país, de 9º año de EGB 3 (o 2º año de educación secundaria) y 3º año de polimodal (o 5º año de educación secundaria).

También es función del Observatorio, asignada en el convenio de su creación, producir investigación cualitativa sobre la temática y conformar una red de investigadores.

Esto es un avance importantísimo que es necesario ampliar y consolidar para avanzar hacia un conocimiento sólido y sistemático, fundado en información y en la reflexión desde los diferentes campos del saber, que sustente el diseño de políticas públicas.

Este es el motivo por el cual, en su artículo 9º, la ley establece la responsabilidad del Ministerio de Educación para la investigación. Una mención especial merece la indagación en las relaciones sociales que los niños y jóvenes establecen en el ciber-espacio: las modalidades en las que el conflicto, la violencia, la coacción entre pares, se reproducen en y a través de las redes sociales y en las tecnologías de la información y las comunicaciones, lo que supone el reconocimiento de que el desarrollo de los vínculos en el espacio virtual genera nuevos desafíos a las prácticas institucionales y docentes en las escuelas. Este es un tema de época relativamente inédito y que introduce nuevas complejidades en el abordaje de los vínculos en las escuelas.

Finalmente, la ley promueve el relevamiento, análisis y socialización de prácticas significativas desplegadas por docentes, comunidades, organizaciones de la sociedad civil y jurisdicciones, posibilitando de este modo construir y poner a disposición de otras escuelas y otros actores la experiencia acumulada en la materia. Así, se propone la socialización y la recopilación de prácticas significativas, que posibilitan valorar el saber producido a partir de la experiencia de las escuelas y de los docentes.

11. A modo de cierre

Sintetizando, un abordaje integral de la problemática de la violencia en las escuelas supone la generación de estrategias en tres niveles:

La promoción de la convivencia en la escuela, con vistas al establecimiento de vínculos solidarios, democráticos, basados en el respeto mutuo, de espacios de participación de niños y jóvenes en la vida escolar. Ello, partiendo del reconocimiento de que la escuela hoy tiene entre uno de sus ejes estratégicos la formación de los niños y jóvenes para el ejercicio de una ciudadanía responsable, en una sociedad socialmente justa y democrática.

El fortalecimiento de las prácticas institucionales y jurisdiccionales ante situaciones en las que la violencia se expresa en ámbitos escolares. En particular se trata de brindar herramientas y fortalecer las prácticas para intervenir en la resolución de situaciones de conflicto.

La indagación de información de carácter cuanti y cualitativo que sustente el diseño de políticas públicas, el intercambio entre investigadores de diferentes campos del saber y el relevamiento, análisis y socialización de prácticas significativas desplegadas por docentes, comunidades, organizaciones de la sociedad civil y jurisdicciones, lo que posibilita la construcción y la puesta en disponibilidad de la experiencia acumulada en la materia a otras escuelas y otros actores.

Dando sanción a la ley 26.892, el Congreso asume una problemática que sin lugar a dudas forma parte de la agenda social y, en este sentido, responde a una coyuntura. Pero, a la vez, va mucho más allá de ella. La experiencia de vivir junto a otros es un contenido de la formación para la ciudadanía, que junto con la formación para el trabajo y para la continuidad de los estudios, constituye un eje estratégico de la escuela. Niños, niñas, y jóvenes desarrollan a lo largo de su escolaridad las primeras habilidades para la vida en democracia y el ejercicio pleno de los derechos. Ensayan sus primeros lazos más allá de los familiares, se encuentran con otros que son iguales pero a la vez diferentes, aprenden a trabajar en equipo, toman decisiones en forma colectiva, se enfrentan a la resolución de conflictos.

Sin lugar a dudas, entonces, una convicción sustenta dicha ley: la escuela, al igual que la tarea de quienes trabajan en ella, es en sí misma una apuesta al lazo social. Es una oportunidad que nosotros, adultos comprometidos con el futuro de nuestro país, no podemos dejar pasar.



Responsabilidad parental

Algunos aspectos trascendentales a la luz del Código Civil y Comercial de la Nación. Saldando viejas deudas

FEDERICO P. NOTRICA⁽¹⁾
y MARIANA I. RODRÍGUEZ ITURBURU⁽²⁾



1. Introducción

Habiéndose sancionado el 1° de octubre de 2014 el Código Civil y Comercial de la Nación, en el presente trabajo pretendemos plasmar las modificaciones más sustanciales que reflejan las transformaciones y cambios socioculturales que han sucedido en la realidad social y que, acertadamente en materia de responsabilidad parental, son receptadas en el texto sancionado.

(1) Abogado especialista en Derecho de Familia (UBA). Maestría en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia (UBA) —concluida, tesina en elaboración—. Ayudante de 2ª en la Materia "Derecho de Familia y Sucesiones", cátedra del Dr. Gustavo Bossert (titular) y el Dr. José Cárdenas (adjunto), Facultad de Derecho, UBA. Integrante del equipo coordinado por la Dra. Marisa Herrera Proyecto de Investigación UBACyT 2014-2016, "Procreación Asistida", Facultad de Derecho (UBA).

(2) Abogada especialista en Derecho de Familia (UBA), Maestría en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia (UBA) —concluida, tesina en elaboración—. Ayudante de 2ª en la materia "Derecho de Familia y Sucesiones", cátedra del Dr. Gustavo Bossert (titular) y la Dra. Marisa Herrera (adjunta), Facultad de Derecho, UBA. Integrante del equipo coordinado por la Dra. Marisa Herrera Proyecto de Investigación UBACyT 2012-2014, "Procreación Asistida", Facultad de Derecho (UBA).

A partir de la Convención de los Derechos del Niño (en adelante, CDN), ratificada por nuestro país e incorporada a la Constitución Nacional en su reforma de 1994 (ver art. 75, inc. 22 CN) y puesta la mirada en el derecho de familia constitucionalizado, universalizado y humanizado —tal como lo solía denominar Germán Bidart Campos—, desde hace unos años nos encontramos frente a una necesidad, una deuda pendiente, de modificar, adaptar nuestras leyes de infancia y de familia a la luz de los derechos humanos.

Lo cierto es que, hoy, el derecho de familia pone el acento a favor de la persona como integrante de relaciones jurídicas familiares y hace hincapié en la vida íntima familiar y el desarrollo autónomo de sus miembros en un marco de libertad e igualdad.

En este escenario de “democratización de las relaciones familiares”, y a la luz de principios constitucionales-internacionales tales como el reconocimiento de los niños como sujetos de derecho, el consecuente principio del interés superior del niño y la autonomía progresiva de niños y adolescentes, es que el vínculo entre padres e hijos deja de girar en torno a la noción de “potestad” o “poder” para que empecemos a hablar de “responsabilidad”.

A continuación, brevemente, analizaremos todos los cambios que propone el el Código Unificado que, tal como hemos dicho, no hace otra cosa que plasmar la realidad social, las voces doctrinarias y las construcciones jurisprudenciales que han nutrido y enriquecido al derecho en esta materia, durante estas últimas décadas.

2. Consideraciones preliminares

2.1. Nueva conceptualización. Cuando el lenguaje no es neutral

Como punto de partida, y antes de comenzar el análisis de estos cambios previstos en materia de responsabilidad parental, es menester destacar la imperiosa necesidad de adecuar la terminología como corolario de la visión constitucionalizada del derecho privado. Los mismos fundamentos que traía consigo el Proyecto hacían especial hincapié en que “el lenguaje tiene un fuerte valor pedagógico y simbólico; por esta razón, se considera necesario reemplazar la expresión ‘patria potestad’ por la de ‘responsabilidad parental’, denominación que da cuenta de los cambios que se han producido en la relación entre padres e hijos...”.

Ya lo decía Elizabeth Jelin, el lenguaje no es neutral y en esta mirada abierta, humanizada del derecho de familia corresponde adaptar aquellos términos que hacen al instituto para que así capten el interés protegido: el hijo y sus derechos.

Este reemplazo obedece a que el viejo concepto de **patria potestad** llevaba ínsita la idea de los hijos como **objeto de protección** y no como **sujetos de derecho** en desarrollo. Ello, sin dejar de tener en cuenta el vínculo verticalista o de poder de los padres sobre los hijos.

Voces doctrinarias⁽³⁾ hace tiempo ya denunciaban que el término "patria potestad"⁽⁴⁾ se encontraba perimido, pues aludía a un tipo de relación entre padres e hijos bien alejado de la actual que se sustenta en el principio de democratización de la familia y de la concepción de los niños como sujetos plenos de derechos.

En este mismo sentido, nuestra maestra Cecilia Grosman,⁽⁵⁾ advertía: "detenernos en los vocablos es cooperar en la transformación de las creencias y como resultado influir en las actitudes y comportamientos. Por lo tanto, es preciso bregar por la incorporación de designaciones más apropiadas a su real significación histórica y vital, ya que las que aún subsisten no resultan ser sus intérpretes legítimos".

Con más fuerza se ha pregonado el reemplazo de la vetusta noción de "patria potestad" por el de "responsabilidad parental", en conformidad con el art. 5° CDN que alude, en primer término, a las "responsabilidades" de los padres y, más aun en el ámbito nacional, el art. 7° de la ley 26.061,⁽⁶⁾ nos refiere a la "responsabilidad familiar".⁽⁷⁾

(3) FAMÁ, MARÍA VICTORIA y HERRERA, MARISA, "Crónica de una ley anunciada y ansiada", en ADLA 2005-E, 5809.

(4) Etimológicamente, la palabra "potestad" proviene del latín "potestas", que significa dominio, poder, jurisdicción que se tiene sobre algo. Actualmente, la esencia de este instituto no es el poder sobre los hijos sino la función de acompañamiento en su crecimiento.

(5) GROSMAN, CECILIA, "El cuidado compartido de los hijos después del divorcio o separación de los padres: ¿utopía o realidad posible?", en Kemelmajer de Carlucci, Aída y Pérez Gallardo, Leonardo B., *Nuevos perfiles del Derecho de Familia*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2006, p. 182.

(6) Ley Nacional de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, sancionada el 28/09/2005, promulgada el 21/10/2005 y publicada el 26/10/2005.

(7) Incluso cabe mencionar que en el derecho comparado, y a modo de ejemplo, el Reglamento del Consejo Europeo n° 2201/03 del 27/03/2003 (comúnmente conocido como *Nuevo Bruselas II*) referente a la "Competencia, el Reconocimiento y la Ejecución de resoluciones judiciales en

Claramente, observamos que este reemplazo no solo es terminológico, sino que focaliza la transformación de fondo que se ha sucedido en la vida y en la dinámica intrafamiliar, particularmente en la relación y vínculo entre padres e hijos, como también en los fines y alcances de la institución en análisis a la luz de la doctrina internacional de los derechos humanos.

3. Responsabilidad parental

3.1. Definición y alcances de la responsabilidad parental

El Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño entiende a la responsabilidad parental como un instituto previsto para la formación integral, protección y preparación del niño para “el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad” y para “estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad”. No solo incluye las funciones nutricias (alimento, sostén y vivienda), sino también las funciones normativas, esto es, aquellas tendientes a la educación, diferenciación y socialización.

Esta noción permite visualizar a dicha figura como una función de colaboración, orientación, acompañamiento e, incluso, contención, instaurada en beneficio de la persona menor de edad en desarrollo para su formación y protección integral.

Ahora bien, para saber dónde estamos y hacia dónde vamos, es importante saber de dónde venimos. Es por ello, que creemos interesante hacer un breve repaso de la evolución del concepto de patria potestad —hoy responsabilidad parental—, sobre todo porque también marca cómo se han producido los cambios que hoy nos llevaron a reformar nuestro ordenamiento jurídico.

Es interesante señalar que la misma Corte Suprema de Justicia de la Nación⁽⁸⁾ ha destacado oportunamente que la patria potestad es una verdadera función social que los padres deben desempeñar en orden a la humanización de los hijos, con la pertinente garantía del Estado. El niño es una persona en continuo desarrollo que poco a poco va forjando su propia identidad.⁽⁹⁾

materia matrimonial y de responsabilidad parental” y el Código de la Infancia y la Adolescencia de Colombia del año 2006 (ver art. 14) que aluden, ambos, a la “responsabilidad parental”.

(8) Ver Dictamen de la Procuración General de la Nación que la Corte por mayoría hace suyo, sentencia del 29/4/2008, en LL 2008-C-540.

(9) RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO, *El interés del menor*, Madrid, Dikynson, 2000, p. 111.

En este contexto, la reforma propuesta adaptó la institución a las exigencias sociales y a la tendencia dominante en el derecho comparado, al remplazarse el sistema vertical creado por el codificador, por un sistema que plantea, en términos horizontales, la relación entre todos los miembros de la familia, fundado en principios de libertad, igualdad y solidaridad, afianzando la “democratización de las relaciones de familia”, siendo esencialmente la que involucra el lazo entre padres e hijos.

Los niños y adolescentes son sujetos de derecho, diferentes a sus padres; participan de manera activa, e interactúan con los adultos de un modo democrático y no autoritario- fundado en el miedo y la sanción.

Paralelamente, y también en beneficio de los hijos y en su interés superior, el texto del nuevo Código iguala la jerarquía de los progenitores en el involucramiento sobre la vida de sus hijos, previendo que la responsabilidad parental sea ejercida por **ambos** progenitores y, tal como veremos en este trabajo, revalorizando el **principio de coparentalidad**.

De esta forma, el concepto de responsabilidad parental se integra con la CDN (en especial, el art. 18) y con lo previsto en el art. 7 de la ley 26.061, en tanto dispone que “el padre y la madre tienen responsabilidades y obligaciones comunes e iguales en lo que respecta al cuidado, desarrollo y educación integral de sus hijos”.

Esta denominación se relaciona directamente con la idea de contención y acompañamiento que los progenitores ejercen en interés de los hijos, teniendo como límite el principio de su autonomía progresiva. Y se rige por los principios generales expresamente enumerados (ver art. 639): el interés superior del niño, la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos; y el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez. Este cambio en el paradigma que introduce en el derecho interno la CDN al instalar la doctrina de la protección integral, exige el reemplazo del término “tenencia”⁽¹⁰⁾ por “cuidado personal del hijo”, siendo este uno de los grandes aciertos receptados en la reforma del Código en cuestión.

(10) La noción de “tenencia” es propia de los derechos reales, coherente con la doctrina internacional de los derechos humanos y, en lo que aquí nos interesa, con el paradigma de la **protección integral** de los sujetos menores de edad, se reemplazó este término por uno que facilitara la tarea de transmitir su significado actual en un lenguaje llano y coloquial.

La nueva legislación regula las distintas figuras legales que compromete la responsabilidad parental: a) la titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental; b) el cuidado personal del hijo por los progenitores; y c) la guarda otorgada por el juez a un tercero.

3.2. Titularidad y ejercicio de la responsabilidad

En primer lugar, debemos distinguir entre la titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental. Mientras que la titularidad refiere al conjunto de deberes y derechos que los progenitores tienen en su carácter de representantes legales, el ejercicio se traduce en la puesta en práctica de aquéllos.

La novedad que este Código introduce —y que se corresponde con la tendencia que desde hace tiempo defiende un sector importante en la doctrina, que se encuentra reflejada en la labor jurisprudencial— es el haber consagrado el ejercicio compartido, después del cese de la comunidad de vida,⁽¹¹⁾ a diferencia del sistema actual que solo contempla el ejercicio conjunto de la responsabilidad parental o “patria potestad” cuando los padres conviven,⁽¹²⁾ tal como se expondrá seguidamente.

3.3. Ejercicio de la responsabilidad parental

Partiendo desde la obligada perspectiva constitucional-internacional, el art. 641 enumera diferentes situaciones fáctico-jurídicas que se pueden presentar en el vínculo entre padres e hijos que definen quién o quiénes ejercerán la responsabilidad parental sobre el hijo.⁽¹³⁾

(11) En total concordancia con el art. 16.1 de la Convención de Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (conocida por sus siglas en inglés de CEDAW), cuando dispone que “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres (...) c) Los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y con ocasión de su disolución; d) Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial...”.

(12) Nuestra legislación actual privilegia el principio de la “tenencia” (término que utiliza nuestra normativa) única cuando los padres se separan o divorcian. Será el que conviva con el hijo el que ejerza la patria potestad. Ello implica un juicio de valor respecto de la titularidad y del ejercicio a favor de ambos padres, ya que se fuerza una elección entre el padre y la madre, en el caso que no vivan juntos. Esta opción la pueden realizar los propios interesados o el juez en caso de desacuerdo. La legislación no contempla otras formas de ejercer la tenencia, lo que lleva a buscar en la doctrina y alguna jurisprudencia la manera de instalar el tema de la patria potestad compartida a través de sentencias, comentarios o artículos de doctrina.

(13) Ver art. 641 CC proyectado.

En este sentido, expresamente se prevé que el ejercicio de la responsabilidad parental corresponde:

- a. **En caso de convivencia con ambos progenitores, a estos.** Aquí, se mantiene el sistema sobre el cual se edifica la regulación referida al ejercicio de la responsabilidad parental cuando un niño tiene doble vínculo filial —con total independencia de la orientación sexual de los adultos— es la convivencia. De este modo, existiendo doble vínculo filial y convivencia, se aplica el principio que establece la actual ley 23.264: el ejercicio de la responsabilidad está en cabeza de ambos progenitores y los actos que realiza uno se presumen que cuenta con la conformidad del otro, con excepción de los supuestos contemplados en el art. 645,⁽¹⁴⁾ o que medie expresa oposición.
- b. **En caso de cese de la convivencia, divorcio o nulidad de matrimonio, a ambos progenitores.** Es sabido que la política legislativa y social destinada a la regulación de las relaciones entre padres e hijos menores de edad durante, pero en especial, después del cese de la convivencia; o en el caso de los padres extramatrimoniales, cuando nunca han convivido con alguno de ellos, tiene una gran trascendencia jurídica y social por el impacto que provoca en la crianza y vida cotidiana de muchos niños y adolescentes. Quienes ejercen la responsabilidad parental sobre los hijos según la situación fáctica y jurídica que se presente, es materia de interés en toda regulación relativa al vínculo entre padres e hijos debiéndose implementar un adecuado sistema de protección que garantice a niños y adolescentes las condiciones necesarias para su desarrollo, como así también para alcanzar un trato amplio y fluido con ambos padres, manteniendo y fortaleciendo el vínculo jurídico y afectivo ellos, no obstante la falta de vida en común, a través de esta noción de coparentalidad. Responde a la manda dispuesta en los arts. 5° y 18 CDN y los arts. 3°, 7° y 11 de la ley 26.061. El propósito es que si durante la convivencia los padres ejercían de manera indistinta los diferentes actos de la vida cotidiana de sus hijos, este continúe siendo el régimen legal que opere también después de la ruptura. Básicamente, quiere decir que el cese de la convivencia, en relación a los hijos, tenga la menor incidencia jurídica posible.⁽¹⁵⁾ Este régimen legal a tono con el principio de igualdad que imponen varios instrumentos internacionales de derechos humanos es también seguido por varias legislaciones extranjeras, entre las cuales podemos mencionar el Código Civil francés (art. 372.2), el Código

(14) El art. 645 nos remite a los actos que requieren el consentimiento de ambos progenitores.

(15) En derecho comparado, y a modo de ejemplo, este fundamento lo exhibe expresamente la ley catalana 25/2010 del 29 de julio en vigencia desde el 01/01/2011 que reformó el Libro Segundo dedicado a las relaciones familiares de su Código Civil de Familia, al disponer en el art. 233-8, referido a la "Responsabilidad parental", que: "La nulidad del matrimonio, el divorcio o la separación judicial no alteran las responsabilidades que los progenitores tienen hacia sus hijos de acuerdo con el art. 236-17.1. En consecuencia, estas responsabilidades mantienen el carácter compartido y, en la medida de lo posible, deben ejercerse conjuntamente".

Civil italiano (art. 155) y en la región, el Código Civil brasileiro (arts. 1583 y 1584, según ley 11.698 del 2008), el Código de Familia de El Salvador (art. 207) y el Código Civil de Paraguay (art. 70), entre otros. Esta modificación, además de tener un claro fundamento constitucional-internacional, es aceptada con mayor beneplácito tanto en la doctrina⁽¹⁶⁾ como en la jurisprudencia nacional.⁽¹⁷⁾ En suma, este cambio mantiene el ejercicio compartido de la responsabilidad parental. Es decir, no solo se comparte la titularidad sino también, por principio, el ejercicio.⁽¹⁸⁾

- c. **En caso de muerte, ausencia con presunción de fallecimiento, privación de la responsabilidad parental o suspensión del ejercicio de un progenitor, al otro.** El principio general es que ante el fallecimiento, ausencia, privación de la responsabilidad o suspensión del ejercicio, el ejercicio de la responsabilidad parental está en cabeza del otro progenitor, siendo quien, además, ostenta de manera unilateral o única, la titularidad de la responsabilidad parental.
- d. **En caso de hijo extramatrimonial con un solo vínculo filial, al único progenitor.** En este supuesto, el de niños solo con una filiación, no se produjo modificación alguna, ya que se mantiene el sistema por el cual tiene el ejercicio de la responsabilidad aquél que también posee la titularidad de manera única. Si bien este es el principio general, también cabe aquí llevar adelante una necesaria interpretación sistémica a la luz de lo dispuesto en los arts. 674 y 675. El primero, relativo a la facultad de un progenitor de delegar en determinados supuestos el ejercicio de la responsabilidad parental sobre su hijo en su pareja —matrimonial o no— con quien el niño convive y tiene un fuerte lazo afectivo. El segundo articulado, el ejercicio de la responsabilidad parental conjunta entre el único progenitor y su pareja, también con las previsiones y limitaciones que establece el art. 675.

(16) Tantísimas son las voces doctrinarias a favor de la mal llamada “tenencia compartida”. Como síntesis de ellas citamos a Cecilia Grosman por haber sido la primera autora que ha instalado y profundizado el tema a través de varios estudios, pero en el que destacamos por ser uno de los más completos: GROSMAN, CECILIA P., *op. cit.*, p. 179 y ss.

(17) Para tener un panorama sobre el desarrollo jurisprudencial referido al tema, profundizar en GUILASASTI, JORGE LINA, “Los jueces frente a la tenencia compartida”, en *Microjuris*, 23/07/2008, MJ-DOC-4102-AR | MJD4102 y fallos más recientes como TRIB. COLEG. DE FLIA N° 5 DE ROSARIO, “B., D. G. c/ V., J. R.”, 13/05/2009, en *LL Litoral*, agosto de 2009, p. 813; CApel. Civ. y Com. Azul, Sala II, “A., S. c/ T., M. C. y su acumulado”, 16/06/2009, en *LLBA*, julio de 2009, p. 652; CNAC. APel. Civ., Sala H, “V. Q., M. E. c/ K. N. A.”, 31/05/2010, en *La Ley Online*, cita online: AR/JUR/28227/2010; Sup. Corte de Bs. As., “A. S. c/ T. M. C. s/ tenencia y su acumulada”, 09/12/2010, en *Microjuris*, MJ-JU-M-63552-AR | MJJ63552.

(18) Quiérase advertir como contrapartida que el régimen actual de la ley 23.264, ante la ruptura de la pareja (matrimonial o no) de los padres, recepta un régimen uniparental, quedando en cabeza de uno de los padres el ejercicio de la responsabilidad parental y dejándole al otro un lugar secundario mediante el correspondiente derecho de comunicación y deber de control del ejercicio que desarrollaba el progenitor “principal”.

- e. **En caso de hijo extramatrimonial con doble vínculo filial, si uno se estableció por declaración judicial, al otro progenitor.** El otro supuesto especial de hijos extramatrimoniales —cuyo segundo vínculo filial es determinado judicialmente— observa algunas modificaciones con respecto al ordenamiento del Código Civil vigente hasta el 31 de diciembre de 2015. El principio general es que cuando un niño tiene un vínculo filial por decisión judicial, el ejercicio de la responsabilidad parental queda en cabeza de quien ya tenía lazo filial. Esta afirmación no surge así de clara del texto actual, tan es así que al respecto Zannoni advierte que: “el problema aparece cuando la madre ha reconocido voluntariamente al hijo y posteriormente se dicta sentencia que establece la paternidad. En tal caso, ¿concurren ambos al ejercicio de la patria potestad o solo la tiene la madre?”.⁽¹⁹⁾ En este sentido, se esgrimieron dos posturas. La que considera que el ejercicio otorgado por el inc. 6° del art. 264 era a la madre o padre por decisión judicial en el supuesto de que ninguno lo hubiera reconocido voluntariamente, o la que entendía que no obstante el vínculo con el padre sea por sentencia judicial ante la falta de reconocimiento —voluntario, claro está— ambos debían tener el ejercicio de la patria potestad. El texto del nuevo Código recepta como principio la primera interpretación pero habilita, en el interés del hijo, la segunda postura. Es decir, recepta un sistema más flexible y amplio, acorde con los diferentes supuestos que puedan darse en la realidad social, cada vez más compleja.⁽²⁰⁾

3.3.1. Delegación del ejercicio

Asimismo, y teniendo en cuenta diferentes situaciones de la realidad social, con gran acierto, se incorpora la posibilidad de delegar el ejercicio de la responsabilidad parental, sea otorgado a un pariente mediante un acuerdo celebrado entre este y los progenitores siempre que el interés superior del niño o adolescente así lo exija y por razones suficientemente justificadas, sin perjuicio de la delegación que se prevé expresamente en el art. 674 para el progenitor afín. El acuerdo con la persona que acepta la delegación debe ser homologado judicialmente, debiendo oírse necesariamente al hijo. Tiene un plazo máximo de un año, pudiendo renovarse

(19) ZANNONI, EDUARDO A., *Derecho de Familia*, tomo 2, Bs. As., Astrea, 2012, p. 721.

(20) Veámoslo de esta manera, por el principio de realidad, la mayoría de las veces cuando el emplazamiento filial se deriva de una sentencia judicial, después de un largo proceso en el que el presunto padre era reticente a hacerse cargo de su hijo y por eso no procedió a reconocerlo, en el interés del niño, es más beneficioso que el ejercicio de la responsabilidad parental quede en quien ya lo venía ejerciendo: la madre con quien ya el niño tenía vínculo filial. Sin embargo, y en atención a la complejidad y amplitud de situaciones fácticas que pueden darse, se flexibiliza este principio al permitir que, en determinados casos, los progenitores acuerden o el juez decida, el ejercicio conjunto y las modalidades en que este puede desarrollarse.

judicialmente por razones debidamente fundadas, por un período más con participación de las partes involucradas. Los progenitores conservan la titularidad de la responsabilidad parental, y mantienen el derecho a supervisar la crianza y educación del hijo en función de sus posibilidades.

De esta manera, los progenitores conservan la titularidad de la responsabilidad parental, y mantienen el derecho a supervisar la crianza y educación del hijo en función de sus posibilidades.

4. Deberes y cuidados

4.1. Deberes de los progenitores

Tal como venimos refiriendo, la dinámica y la lógica familiar de la sociedad de hoy:

... se funda en una concepción democrática donde el ejercicio de las responsabilidades parentales relativas al cuidado y la educación de los hijos/as es más abierta, participativa y plural, y por sobre todo, horizontal en tanto todos/as los/as integrantes de la familia son sujetos que requieren igual consideración, atención y respeto, de acuerdo a sus particulares necesidades, capacidades y habilidades.⁽²¹⁾

En este contexto, esta Reforma establece los principales deberes que se imponen a los progenitores en el marco del ejercicio de la responsabilidad parental.

En primer lugar, se destaca el deber de cumplir con la función de cuidado de su hijo, debiendo vivir con él, amén de satisfacer todas sus necesidades alimentarias y educarlo.

En segundo término, la obligación de reparar en las demandas específicas con las que la descendencia cuenta, de conformidad con las características que ésta muestre en el plano psicofísico, sus habilidades y su desarrollo madurativo. La necesidad de que los progenitores escuchen y tengan debidamente en cuenta la opinión de sus hijos, confiriéndoles un espacio para participar en su proceso educativo, así como también en todo lo que concierne al ejercicio de sus derechos personalísimos.

(21) HERRERA, MARISA y SPAVENTA, VERÓNICA, "Vigilar y castigar...: El poder de corrección de los padres", en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año X, pp. 63/85.

De igual forma, les cabe prestar orientación y guiarlos para el ejercicio y efectividad de los derechos que titularizan, hallándose igualmente obligados a respetar y allanar la potestad legalmente reconocida de mantener un adecuado contacto en forma personal y periódica con sus abuelos, otros parientes, o bien incluso con personas con las que hayan forjado un vínculo afectivo.

Por último, se exige de los progenitores cumplir con la función de representación del hijo en las cuestiones patrimoniales que lo involucren, encontrándose compelidos de idéntica forma a administrar el conjunto de bienes de su titularidad.

Tal como se vislumbra, este sistema modifica sustancialmente al régimen anterior por otro totalmente diferente, auspiciado por la noción de protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes, que se evidencia no solo en la modificación de la terminología, sino que además el contenido de ella sufre una transformación de raíz, la cual gira sobre la idea de función de guía, asistencia y acompañamiento por parte de los padres hacia sus hijos para que estos estén plenamente preparados para una vida independiente en sociedad.

4.2. Prohibición de malos tratos

Otra de las modificaciones sustanciales que trae consigo la Reforma es la prohibición del castigo corporal en cualquiera de sus formas, como así también, de los malos tratos y/o cualquier hecho que lesione o menoscabe física o psíquicamente a los niños, niñas o adolescentes.

Adicionalmente, y como instancia complementaria y de asistencia en el ejercicio de la función parental,⁽²²⁾ se les reconoce a los progenitores

(22) La regulación en análisis es el resultado de un largo y arduo camino en el reconocimiento de los niños como sujetos de derecho, entre ellos, del derecho a la integridad y dignidad siendo estos derechos humanos un puntal en la lucha por la erradicación del maltrato infantil. Veamos que, durante muchos años, un destacado grupo de autores de nuestro medio legal pugnó por la exclusión de la disposición aludida de toda forma de maltrato, castigo o acto que lesione o menoscabe física o psíquicamente a los niños, propósito que fue finalmente alcanzado con la redacción que la ley 23.264 dispusiera para ella, marcando así un punto de inflexión en materia de los derechos de la infancia. De ese modo es que la norma pasó a quedar redactada de la siguiente manera: "Los padres tienen la facultad de corregir o hacer corregir la conducta de sus hijos menores. El poder de corrección debe ejercerse moderadamente, debiendo quedar excluidos los malos tratos, castigos o actos que lesionen o menoscaben física o psíquicamente a los menores. Los jueces deberán resguardar a los menores de las correcciones excesivas de los padres, disponiendo su cesación y las sanciones pertinentes si correspondieren".

la facultad de acudir hacia los servicios de orientación organizados en la órbita estatal a efectos de requerir asistencia en el cumplimiento de los deberes que la legislación pone en su cabeza.

El repudio es expreso y enfático, quedando desterrada la violencia como herramienta disciplinaria o correctiva en el marco de las relaciones paterno-filiales, englobándose dentro de este concepto a todo acto lesivo de la integridad personal, moral o psicológica y dignidad de las niñas, niños y adolescentes.⁽²³⁾

4.3. Deberes y derechos sobre el cuidado de los hijos

4.3.1. Cuidado personal. Consideraciones generales

A los deberes y las facultades de los progenitores respecto de la relación e interacción en la vida cotidiana con los hijos, la nueva normativa los denomina “Cuidado personal” y los contempla en los arts. 648 y ss.⁽²⁴⁾

En las legislaciones modernas, y en concordancia con la obligada perspectiva constitucional-internacional, se utilizan otras denominaciones, como son “convivencia con el hijo” o “residencia habitual del hijo”. La reforma ha considerado que el término “cuidado personal” es el más preciso.

En el contexto normativo, tratándose de niños con doble vínculo filial, los progenitores pueden:

- I. tener la titularidad de la responsabilidad parental y, a su vez, el ejercicio conjunto de la responsabilidad parental y también el cuidado personal compartido —en cualquiera de sus modalidades que se distinguirán más adelante—;

(23) Es dable recordar que en la actualidad, la postura de nuestro Código Civil, incluso en su versión de la ley 23.264, admite un derecho a la corrección que debe ser “moderada y razonable”. En esta postura, no hay manera de entender que se prohíba el castigo físico, aun con el agregado de 1985: “... Debiendo quedar excluidos los malos tratos, castigos, etc.”, cuando lo único que está previendo con ello son límites a ese castigo. Coincidimos con las Dras. Cecilia Grosman, Silvia Mesterman, Marisa Herrera y Verónica Spaventa, quienes en enjundiosos trabajos sobre el tema han considerado que el art. 278 CC admite, de modo implícito, como medio educativo, la producción de un daño físico a los hijos. Véase, para ampliar el tema, GROSMAN, CECILIA P. y MESTERMAN, SILVIA, *Maltrato al menor: El lado oculto de la escena familiar*, Bs. As., Ediciones Universitarias, 1992, p. 72; HERRERA, MARISA y SPAVENTA, VERÓNICA, *op. cit.*, pp. 63/85. En igual sentido legislan Panamá, El Salvador, Chile, Costa Rica, Colombia, Cuba, Honduras y Brasil, entre otros.

(24) El cuidado personal es el concepto y contenido que viene a reemplazar el tan criticado término de “tenencia” que, de manera acertada, se ha esgrimido sobre la base de la idea de que el lenguaje no es neutro.

2. tener la titularidad y el ejercicio compartido de la responsabilidad parental compartida pero el cuidado unipersonal unilateral; o
3. también la titularidad conjunta pero el ejercicio de la responsabilidad parental y el cuidado personal ser ambos de tipo unilateral o unipersonal. Lo que no sería jurídicamente viable es el ejercicio de la responsabilidad parental unilateral y el cuidado personal compartido.

4.3.2. Cuidado personal. Modalidades. Alternado e indistinto

La reforma se nutre, entre otras fuentes, de los tratados internacionales de derechos humanos, y en el fuerte impacto que estos han tenido en las relaciones de padres e hijos. Observemos que su exposición de motivos nos dice:

... Se respeta la libertad de los padres para decidir cómo organizar la convivencia con el hijo, pero además orienta al juez en que la regla debe ser la custodia compartida bajo la modalidad indistinta; en este sentido, sigue la tendencia prevaleciente en el moderno derecho de familia comparado tal como surge de la legislación vigente en España, Bélgica, Inglaterra y Gales, Italia, República Checa, Suecia, diversas jurisdicciones de los Estados Unidos, Uruguay etc.⁽²⁵⁾

Ahora bien, define las modalidades del cuidado personal estableciendo que el cuidado alternado es aquel en el que el hijo pasa períodos con cada uno de los progenitores, mientras que en el cuidado indistinto, el hijo reside de manera principal en el domicilio de uno de ellos, pero ambos comparten las decisiones y se distribuyen de modo equitativo las labores atinentes a su cuidado.

(25) Veamos otros ejemplos del derecho comparado que marcan la tendencia creciente a que la separación de los padres no altere los postulados de la corresponsabilidad. Así, por ejemplo, regulan la patria potestad compartida frente a la no convivencia el art. 207 del Código de Familia de El Salvador, el art. 70 del Código de la Niñez y Adolescencia del Paraguay, el art. 21 del Estatuto del Niño y Adolescente de Brasil en concordancia con los arts. 1631 y 1632 del Código Civil, el art. 373.2 del Código Civil francés —“*La separación de los padres no incide sobre las reglas de atribución del ejercicio de la autoridad parental*”— y el art. 156 del Código Civil español, con matices —“*La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro*”— (Sup. Corte de Bs. As., “B. G. S. c/ M. G., R. A. s/ incidente de modificación de régimen de visitas”, 05/12/2007, en *Microjuris* 18154). Asimismo, es importante destacar que en los últimos años, tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como la Organización de las Naciones Unidas apelan a la custodia compartida como una vía de igualdad y protección de los derechos del niño.

Si bien manifiesta que ese cuidado puede ser ejercido por uno de los padres o por ambos, cuando éstos no conviven (art. 649) se privilegia el cuidado personal compartido en toda la normativa.

Asimismo, en cuanto a sus modalidades, consagra que este último puede ser alternado o indistinto (art. 650).

En una palabra, se establece como regla general el cuidado compartido del hijo con la modalidad indistinta, excepto que no sea posible o resulte perjudicial para el hijo (art. 651), regulando así que, en caso de que sea atribuido a uno de los progenitores, el otro tiene el derecho y el deber de fluida comunicación con el hijo⁽²⁶⁾ (art. 652), e imponiendo a cargo de los progenitores el deber de informar al otro sobre cuestiones de educación, salud y sobre otras relativas a la persona y bienes del hijo⁽²⁷⁾ (art. 654).

Queda claro, entonces, que el cuidado unipersonal es una opción de excepción. A este sistema se puede arribar por acuerdo o por decisión judicial. En este último supuesto, la ley brinda las pautas que debe tener en cuenta el juez para atribuir el cuidado personal a uno u otro progenitor, siempre destacándose un mínimo de participación de aquél a quien no se le atribuye el cuidado personal. En suma, el desarrollo doctrinario⁽²⁸⁾ y

(26) Si bien la ley prefiere el cuidado personal compartido en modalidad indistinta, lo cierto es que en ciertos supuestos fácticos ello no es posible, o incluso, los propios progenitores acuerdan que el cuidado sea unipersonal, en el marco de un ejercicio de la responsabilidad parental compartida o también unilateral. En este caso, y por el reiterado valor pedagógico de la norma, la ley consigna un piso mínimo de comunicación entre el hijo y el progenitor no conviviente. A la luz de la necesaria perspectiva sistémica que prima en las problemáticas familiares, el deber de comunicación fluida que recepta la reforma está en total consonancia con el derecho humano de que todo niño mantenga vínculo con ambos progenitores con la misma intensidad o de manera igualitaria y en el supuesto de que ello no sea factible, promoviendo un mínimo de contacto y comunicación entre el niño y el progenitor no conviviente.

(27) El deber mínimo de informar por parte de cada uno de los progenitores sobre aquellas cuestiones que hacen a la vida cotidiana de los hijos. Si bien, de manera especial, se trata de una obligación a cargo del progenitor conviviente, lo cierto es que, en definitiva, lo es para ambos. El deber de información al otro progenitor sobre incumbencias básicas de los hijos se deriva del derecho humano de todo niño a mantener vínculo con ambos padres.

(28) GROSMAN, CECILIA, "La tenencia compartida después del divorcio. Nuevas tendencias en la materia", en *Revista Jurídica La Ley*, Bs. As., 1984-B, p. 806; evita que existan padres perifericos; posibilita que el menor conviva con ambos padres; reduce problemas de lealtades y juegos de poder (CHECHILE, ANA M., "Patria potestad y tenencia compartidas luego de la separación de los padres: desigualdades entre la familia intacta y el hogar monoparental", en *Jurisprudencia Argentina*, 2002-III-1308); la idoneidad de cada uno de los padres resulta reconocida y útil; fomenta una mayor y mejor comunicación entre padres e hijos (MEDINA, GRACIELA

la labor jurisprudencial⁽²⁹⁾ que se han generado en los últimos años auspiciando el cuidado personal compartido, son receptados en esta reforma de manera integral, con reglas claras y precisas; incluso, introduciendo definiciones de cuáles son las modalidades que involucran el cuidado personal compartido y más aún, inclinándose o prefiriendo uno de ellos: el indistinto. Otra innovación muy importante que se incorporara a nuestro sistema normativo es la posibilidad de que los padres puedan presentar un plan de parentalidad (art. 655) en relación al cuidado del hijo, consignando las modalidades y las responsabilidades que cada uno de ellos asume en su crianza, el régimen de vacaciones y otras fechas significativas para la familia, así como también el régimen de relación y comunicación cuando el hijo conviva con el otro progenitor. Va de suyo que este plan puede ser modificado en las diferentes etapas de la vida del niño y de acuerdo a las necesidades del grupo familiar.

4.4. Actos que requieren el consentimiento de ambos progenitores

El art. 645 regula los actos que requieren el consentimiento de ambos progenitores. En tal sentido, establece que, si el hijo tiene doble vínculo filial, se requiere el consentimiento expreso de ambos progenitores para los siguientes supuestos:

- a. autorizar a los hijos adolescentes entre dieciséis y dieciocho años para contraer matrimonio;
- b. autorizarlos para ingresar a comunidades religiosas, fuerzas armadas o de seguridad;
- c. autorizarlos para salir de la República o para el cambio de residencia permanente en el extranjero;

y HOLLWECK, MARIANA, "Importante precedente que acepta el régimen de tenencia compartida como alternativa frente a determinados conflictos familiares", en *Revista Jurídica La Ley*, Bs. As., 2001-1425); el hijo se beneficia con la percepción de que sus padres continúan siendo responsables frente a él (SCHNEIDER, MARIEL, "Un fallo sobre tenencia compartida", en *Revista Jurídica La Ley*, Bs. As., 2001-1443); se compadece más con el intercambio de roles propio de la época actual (MIZRAHI, MAURICIO L., *Familia, matrimonio y divorcio*, Bs. As., Astrea, 1998, p. 422) "... [y se] promueve y alienta la participación del hombre y la mujer en pie de igualdad en lo que se refiere a la crianza de los hijos, generando así una mayor equidad genérica en el interior de la familia" (ZALDUENDO, MARTÍN, "La tenencia compartida: Una mirada desde la Convención sobre los Derechos del Niño", en *DJ*, 2006-3-476).

(29) SCJ BUENOS AIRES, "P., L. O. v. R., M.", 21/06/2012, en Abeledo-Perrot *on line* N°: AP/JUR/1922/2012; SCJ BUENOS AIRES, "B., G. S. c/ M. G., R. A.", 05/12/2007, en LLBA, febrero de 2008, p. 50 y LLBA mayo de 2008, p. 367; C. AP. CIV. Y COM., Sala E, "H., N. G. c/ F., G. H.", 09/06/2006, en *DJ* 09/08/2006, p. 1042; C. AP. CIV. Y COM., AZUL, 08/05/2003, en LLBA, 2003-998 AR/JUR/1605/2003.

- d. autorizarlos para estar en juicio, en los supuestos en que no puede actuar por sí;
- e. administrar los bienes de los hijos, excepto que se haya delegado la administración de conformidad con lo previsto en este Capítulo.

Vale advertir que, en todas estas cuestiones, si uno de los progenitores no da su consentimiento o media imposibilidad para prestarlo, debe resolver el juez teniendo en miras el interés familiar (en sentido análogo al art. 264 *quater* del Código Civil hoy vigente). Es muy importante tener presente que, en todos estos casos, se requiere el consentimiento expreso de los hijos adolescentes, cuando ellos son los involucrados.

5. Guarda a un tercero

Ahora bien, esta reforma subsana con el art. 657 la carencia que poseía nuestra legislación y otorga efectos jurídicos a situaciones que se dan en los hechos y que no estaban previstas por el derecho.

En tal sentido, cuando exista un supuesto de gravedad tal que el niño no pueda vivir con sus padres, el juez podrá 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.

Se deberá tener en cuenta que, si bien el guardador está facultado para tomar las decisiones atinentes a la vida cotidiana, la responsabilidad parental queda en cabeza de los progenitores, que conservan los derechos y las responsabilidades de esa titularidad y ejercicio (art. 657, último párrafo).

6. Alimentos

El capítulo 5 (arts. 658 a 670) regula la obligación de alimentos de los progenitores para con sus hijos, hacia quienes se establece que tienen la obligación y el derecho de criarlos, alimentarlos y educarlos, conforme su condición y fortuna, aunque el cuidado personal esté a cargo de uno de ellos.

Para no sobreabundar, remitimos este acápite al interesante artículo de Osvaldo Felipe Pitrau, que se encuentra en este mismo libro.

7. Aspectos patrimoniales de la responsabilidad parental

En consonancia con los cambios que relatamos en el aspecto personal, se observan avances significativos en el aspecto patrimonial y que

responden básicamente al principio de autonomía progresiva. Así, en los arts. 677, 678,⁽³⁰⁾ 679, 684 y 690, en algunos casos se presume que existe “autonomía suficiente” y, en otros, ese grado de “madurez suficiente” será necesario determinarlo. Una muestra de esto, se refleja en la decisión de derogar el usufructo paterno. Como se expresa en los Fundamentos del Anteproyecto: “... si los hijos son sujetos de derechos diferentes a sus padres, los frutos de sus bienes no deben ingresar al patrimonio de sus progenitores, sino que deben ser conservados y reservados para ellos...”.

La reforma introducida sienta expresamente el principio de administración común de ambos progenitores, independientemente de que el cuidado del hijo sea unilateral o compartido (art. 685). De esta forma, se pone fin a la dualidad de interpretaciones que habilita la redacción del párr. 1º, art. 294 CC vigente.

Se reiteran las disposiciones que refieren a los bienes excluidos de la administración de los padres. Asimismo, se mantienen los supuestos de actos de administración prohibidos —a los que el art. 689 nomina “contratos prohibidos”— y la posibilidad de delegación de la administración en uno de los padres.

Como novedad, es dable destacar que se incluye la posibilidad de que el juez pueda designar como administrador a un tercero para el supuesto de desacuerdos reiterados de los padres respecto de la gestión patrimonial de sus hijos (art. 688).

Tal como lo hemos dicho, y a la luz del reconocimiento explícito del principio de capacidad progresiva de los hijos que recorre toda la regulación de las relaciones familiares en este nuevo Código, en materia de gestión patrimonial se prevé la obligación de los padres de informar a los hijos, que cuenten con la edad y el grado de madurez suficiente, acerca de los contratos que, en su nombre, celebren con terceros en los límites de su administración (art. 690).

Conforme lo citado anteriormente, en el art. 697 se introduce una innovación que merece especial atención, como es la derogación del usu-

(30) En este supuesto, téngase en cuenta que si el juez considera que hay madurez suficiente, previa audiencia del oponente y el Ministerio Público, podrá autorizarlo para iniciar juicio civil aun con oposición de sus padres.

fructo paterno en los bienes de los hijos, hoy prevista en el art. 287 CC. Esta derogación se encuentra en consonancia con el principio de que los hijos menores son sujetos de derechos con la capacidad como regla.⁽³¹⁾

Teniendo en cuenta los nuevos paradigmas acerca de las normas sobre capacidad, entendemos que no tienen por qué ingresar al patrimonio de sus progenitores las rentas de los bienes de los hijos, sino que deberán hacerlo al suyo propio.

En esta reforma solo se autoriza a los padres a disponer de esas rentas del patrimonio de sus hijos en dos casos. En el primer caso, con autorización judicial, por razones fundadas y en beneficio de los hijos; en este supuesto se presume la madurez suficiente del hijo para solicitar la rendición de cuentas. En el segundo caso, cuando se trate de emplearlas para la subsistencia y la educación del hijo que los padres no puedan asumir, de gastos de enfermedad, entierro de los hijos o de la persona que haya instituido heredero al hijo, así como de gastos derivados de la administración de estos fondos. Vale observar que, en este segundo supuesto, no se requiere autorización judicial, aunque sí están obligados a rendir cuentas.

En suma, la presente reforma, con gran tino, protege y reconoce el derecho patrimonial del niño. Delimita claramente que el hijo menor de edad es sujeto titular de derechos, entre ellos, los patrimoniales, y entre éstos, el derecho a percibir las rentas que conforman su propiedad. Estos cambios apuntan a que la responsabilidad parental se ejerza en interés y beneficio del hijo, no pudiendo ejercerse en beneficio injustificado de los progenitores, con rentas que pertenecen al patrimonio del hijo, pero previendo las necesidades de la familia a la que pertenece el menor de edad.

(31) Recordemos que en el capítulo 2 del Proyecto, en la sección 1a "Principios generales" (arts. 22 y ss.), se hace la distinción entre "capacidad de derecho" y "capacidad de ejercicio". La capacidad de derecho es de toda persona como regla y solo puede limitarse respecto de hechos, simples actos o actos jurídicos determinados. La incapacidad de ejercicio está prevista en el art. 24 y, en el caso que nos ocupa, contemplado en el inc. b) que dice: "La persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, con el alcance dispuesto en la Sección 2a de este Capítulo". En esta sección se hace una división etaria en relación con los menores de edad y adolescentes. Así, se sostiene que, a pesar de que son menores de edad las personas que no han cumplido 18 años, se denomina adolescente a la persona menor de edad que tiene entre 13 y 18 años.

8. Extinción, privación, suspensión y rehabilitación de la responsabilidad parental

El Capítulo 9 del Título VII sobre Responsabilidad parental, aborda de manera unificada las causales de extinción, privación, suspensión y la rehabilitación de la responsabilidad parental.

Sintéticamente podemos decir que se mantienen de manera general las causales mencionadas por el anterior art. 306, con las variantes terminológicas ajustadas a la nueva regulación de la institución, en consonancia con la mirada constitucional.

8.1. Extinción

Es óbice señalar que se reemplaza la vieja locución “la patria potestad se acaba”, por se “extingue”, término más ajustado desde la técnica jurídica.⁽³²⁾

Cabe destacar que las causales de extinción se distinguen claramente de las de privación y suspensión; y ya no importa una valoración acerca de las conductas del progenitor, sino que se atienden a supuestos fácticos y jurídicos que sustraen al hijo de la órbita de actuación e injerencia de la responsabilidad parental, mostrando como lógico efecto que la misma no se mantenga.

Consecuentemente, estas se diferencian, también, en relación al modo en que la extinción opera: sin necesidad de declaración judicial alguna; es decir, de pleno derecho.⁽³³⁾

Como consecuencia de la extinción de la responsabilidad parental, cesan automáticamente los deberes y derechos de ella derivados (conf. art. 646 y ss.). Las causales enumeradas son: a) Muerte del progenitor o del hijo, b) Profesión del progenitor en instituto monástico, c) Arribo a la mayoría de edad: solución concordante con lo previsto por el art. 25 del Código, d) Emancipación y e) Adopción del hijo.⁽³⁴⁾

(32) Según el Diccionario de la Real Academia española, entre los significados del verbo “Extinguir”: “3. prnl. Dicho de un plazo o de un derecho: Acabarse, vencer”.

(33) CSJ CATAMARCA, sala Civ.Com. y Laboral, 26/07/1991.

(34) Queda claro que la sentencia de adopción extingue la titularidad de la responsabilidad parental. Ello así, trátase de adopción plena o simple (art. 620). La responsabilidad parental extinguida puede ser restituida en caso de revocación (para la adopción simple, art. 629) o nulidad de la adopción (arts. 634, 635).

8.2. Privación

Se desprende de la normativa que cualquiera de los progenitores⁽³⁵⁾ queda privado de la responsabilidad parental por: a) ser condenado como autor, coautor, instigador o cómplice de un delito doloso contra la persona o los bienes del hijo de que se trata; b) abandono del hijo, dejándolo en un total estado de desprotección, aun cuando quede bajo el cuidado del otro progenitor o la guarda de un tercero; c) poner en peligro la seguridad, la salud física o psíquica del hijo; d) haberse declarado el estado de adoptabilidad del hijo. En los supuestos previstos en los incisos a), b) y c) la privación tiene efectos a partir de la sentencia que declare la privación; en el caso previsto en el inciso d), desde que se declaró el estado de adoptabilidad del hijo.

A diferencia de la extinción —que opera de pleno derecho y por causas objetivas que no guardan relación con reproche o imputación al/los progenitor/es—, la privación requiere la declaración judicial —sentencia— pertinente, previa valoración de la inconveniencia para el hijo del mantenimiento de la responsabilidad parental en cabeza de su/s progenitor/es.

Se diferencia así de la suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental, por la inexistencia en la segunda de reproches a la conducta del progenitor, hallándose en cambio motivada en situaciones de imposibilidad de ejercicio.

8.3. Rehabilitación

La privación de la responsabilidad parental puede ser dejada sin efecto por el juez si los progenitores, o uno de ellos, demuestra que la restitución se justifica en beneficio e interés superior del hijo.

En este sentido, mantiene la solución incorporada por ley 23.264 al art. 308, acorde con el carácter reversible de la privación de la responsabilidad parental. Esta naturaleza implica que, en beneficio del hijo y en su interés (art. 3 CDN, art. 3 de la ley 26.061) el juez puede revertir la grave decisión preexistente, rehabilitando el ejercicio de la responsabilidad parental privada.

La pauta central es el beneficio e interés del hijo, acorde el carácter funcional del ejercicio de la responsabilidad parental (arts. 638, 639) y el principio central de interés superior del niño que la rige (art. 639, inc. a; art. 3, ley 26.061; art. 3 CDN).

(35) Se reemplaza la mención de “el padre o madre” por la de “cualquiera de los progenitores”, manteniendo el postulado igualitario en relación a los hijos nacidos de uniones/matrimonios de igual o diverso sexo.

8.4. Suspensión del ejercicio

El ejercicio de la responsabilidad parental queda suspendido mientras dure: a) la declaración de ausencia con presunción de fallecimiento; b) el plazo de la condena a reclusión y la prisión por más de tres (3) años; c) la declaración por sentencia firme de la limitación de la capacidad por razones graves de salud mental que impiden al progenitor dicho ejercicio; d) la convivencia del hijo con un tercero, separado de sus progenitores por razones graves, de conformidad con lo establecido en leyes especiales.

Se mantiene la distinción entre privación y suspensión de la responsabilidad parental. La suspensión, de este modo, no importa una valoración sancionatoria o de reproche al progenitor, sino que atiende a situaciones fácticas que exigen el dictado de esta limitación, mientras tales causas perduren.

9. Regulación de la familia ensamblada

La Reforma regula a la llamada “familia ensamblada”, siguiendo la misma línea de ampliación de derechos, reconoce otras formas de organización familiar, aplicando y extendiendo el principio de solidaridad.⁽³⁶⁾

Define expresamente como progenitor afín al cónyuge o conviviente del progenitor que tiene a su cargo el cuidado del niño o adolescente. Le otorga determinados derechos y deberes en beneficio de los hijos de su pareja —casada o no—, con quienes convive. Esta denominación se utiliza con independencia de que el progenitor no conviviente haya fallecido o se lo haya privado de su responsabilidad parental.

De este modo, se reconoce desde el plano normativo la ampliación de lazos socio afectivos que un niño puede tener. Así, se trata de una figura que suma, y no que reemplaza o excluye.

(36) En nuestro país, la citada Ley de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes 26.061 y su reglamentación, el dec. 415/2006 en su art. 7º, receptan un concepto amplio de familia. Además de los progenitores, incluye las personas vinculadas con los niños a través de líneas de parentesco de consanguinidad o afinidad, o con otros miembros de la familia ampliada. Asimismo, la norma establece que podrán asimilarse al concepto de familia “otros miembros de la comunidad que representen para la niña, niño o adolescente, vínculos significativos y afectivos en su historia personal, como así también en su desarrollo, asistencia y protección”. Esto significa que la norma reconoce al conviviente del progenitor como una figura familiar. Cabe interpretar que este reconocimiento se desprende también del mandato de la Convención sobre los Derechos del Niño, en su art. 5º.

Ahora bien, tal como hemos dicho, se reconocen y fijan los derechos y deberes del progenitor afín. Así, tienen la obligación de cooperar en la crianza y educación de los hijos de su pareja pudiendo, incluso, llevar adelante actos cotidianos relativos al ámbito doméstico y adoptar decisiones ante situaciones de urgencia.

Además, en determinadas circunstancias, puede hacerse cargo del cuidado de estos niños cuando, por diversas razones y de manera transitoria, el progenitor no puede hacerlo (por ejemplo, cuando debe alejarse de manera no permanente por razones laborales o de salud, que lo obligan a hacer un tratamiento prolongado fuera de su lugar de residencia), o ejercer conjuntamente con este progenitor el ejercicio de la responsabilidad parental.

En supuestos excepcionales y de carácter subsidiario, el progenitor afín puede contribuir a la manutención alimentaria.

De esta forma, se alienta la cooperación de la nueva pareja en el cuidado del hijo del cónyuge o conviviente y se identifica de modo expreso la relación entre un cónyuge o conviviente con los hijos del otro.

Va de suyo que esta cooperación no afecta los derechos de los titulares de la responsabilidad parental, ya que la normativa solo pretende dar legitimidad a las labores del progenitor afín en apoyo de la función parental, tal como lo hemos referido precedentemente. No implica de ninguna manera el desplazamiento de la figura materna o paterna, sino que suma los afectos y/o vínculos significativos en la vida de los niños y adolescentes.

10. Palabras finales

A lo largo de este artículo hemos querido repasar las principales y sustanciales modificaciones que se han de receptor en el ámbito de la responsabilidad parental a partir de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación.

Estos cambios obedecen al concepto de familia democrática donde se privilegia el diálogo y la búsqueda de acuerdos para afrontar el cuidado de los niños y adolescentes, su orientación y contención. Esto significa: a) respetar el espacio personal de los integrantes; b) considerar los derechos de los integrantes de los sistemas familiares precedentes y los acuerdos celebrados (alimentos, comunicación con el hijo); c) buscar

consenso para acordar reglas de convivencia; d) rechazar toda ideología de apartamiento de alguno de los integrantes de la familia ensamblada, tanto sea de alguno de los padres o del cónyuge o conviviente del progenitor, y e) no discriminar entre unos hijos y los otros, o sea, afirmar el principio igualitario.

En suma, consolidar los principios de participación, cooperación y solidaridad en el funcionamiento de estas familias.

Queremos dejar muy claro que estos principios, y las directrices que la Reforma ha traído aparejadas, son lineamientos visibles que los magistrados, tanto a nivel nacional como internacional, han utilizado para tomar decisiones fundadas en casos de esta índole, basándose en la Convención sobre los Derechos del Niño y la ley 26.061.

En consecuencia, creemos que tener estos cambios en el Código Civil y Comercial de la Nación produce un efecto muy fuerte para que todos los que trabajamos en el derecho de las familias las utilicemos, y hagamos una vida mejor para los niños, niñas y adolescentes, y así lograr, de una vez por todas, terminar con la noción de que son siempre ellos los más vulnerables en las relaciones de familia.



El alcance de la excepción convencional en materia de sustracción internacional de menores: un caso para tener en cuenta

ADRIANA DREYZIN DE KLOR⁽¹⁾



*Mi niñez fue triste. Cumplí mis seis años,
y por un enojo que tuvo mi madre,
decidió que nunca, jamás, vería a mi padre...
Del tango “Triste Niñez”⁽²⁾*

1. A manera de escenario

Se ha reiterado hasta el cansancio la importancia que reviste en la dinámica jurídica contemporánea el incremento de los medios de comunicación internacional, el desarrollo de la tecnología, la flexibilización de las fronteras nacionales —que se produce en forma paralela al desarrollo tecnológico— y la incidencia de variables políticas, sociales, culturales y

(1) Catedrática de Derecho Internacional Privado y Derecho de la Integración. Este texto fue escrito con la invaluable colaboración de la Magíster Cristina Britos, para quien tengo el agradecimiento más profundo.

(2) Letra de María A. Carabajal. El tango es un género musical que desentraña los orígenes del pueblo argentino y “... es tan antiguo como el hombre, nació con el primer dolor del alma...” (del poema de Ricardo Ostuni “Treinta versos para sentir el tango”).

económicas en tanto factores que contribuyen, por un lado, a intensificar los desplazamientos transnacionales y, por otro, a acceder al conocimiento de datos, lo que genera efectos inmediatos en las personas y las sociedades.

Frente a esta coyuntura, la institución de la familia, considerada eje en torno al cual gira la sociedad y base sobre la que ésta se construye y desarrolla, es actualmente centro de embates profundos, al punto que se debate, incluso, acerca de su propia existencia. A nuestro juicio, su calidad de institución no está en peligro; es más, las importantes modificaciones que protagoniza recrean el concepto para dar lugar a un sinnúmero de modelos que coexisten en el universo social.⁽³⁾

Toda vez que el tema que abordamos en esta oportunidad es, en buena medida, fruto de una plataforma sobre la cual se internacionalizan las situaciones jurídicas, en estos tiempos no podemos prescindir de realizar un enfoque bajo una perspectiva que, cada vez con mayor insistencia, adquiere el carácter de idea fuerza. Me refiero al concepto de “gobernanza global”, que hace referencia a un nuevo entendimiento de la acción pública y sus estructuras organizativas a nivel internacional.⁽⁴⁾ En el marco de la globalización,⁽⁵⁾ la gobernanza encara la redefinición de un modelo

(3) Ver BOELE-WOELKI, K., “*What comparative Family Law Should Entail?*”, en *Utrecht Law Review*, vol. 4, n° 2, 2008, pp. 1/24.

(4) El término gobernanza —como el francés *gouvernance*, el inglés *governance* o el portugués *governança*, caídos en desuso en el lenguaje vulgar— fue rescatado en su versión inglesa por economistas y politólogos anglosajones, y por ciertas instituciones internacionales (ONU, Banco Mundial y FMI, principalmente), para designar “el arte o la manera de gobernar”, en referencia a las instituciones. Por otro lado, refiere a la promoción de un nuevo modo de gestionar los asuntos públicos fundado en la participación de la sociedad civil, a todos los niveles (nacional, local, regional e internacional). La noción de gobernanza mundial no describe un gobierno mundial, sino las relaciones entre Estados soberanos: un conjunto de reglas, procedimientos y prácticas que permiten que todo el mundo camine en una dirección ya que, actualmente, no se está en condiciones de afrontar los retos del mundo y se sufre de una falta de legitimidad. Frente a este fenómeno, se hace necesaria la definición de una nueva arquitectura para instituir una gobernanza mundial democrática y legítima. Sobre el tema se puede consultar: CALAME, PIERRE (coord.), *Por una gobernanza mundial legítima, eficaz y democrática*, Ed. Charles Léopold Mayer, Paris, 2003; FORO PARA UNA NUEVA GOBERNANZA MUNDIAL (FNGM) “Los principios de la gobernanza: Guía para la elaboración de propuestas sobre la gobernanza mundial”, [en línea] <http://www.world-governance.org>

(5) Acerca del concepto y las causas de la globalización, ver BASEDOW, JÜRGEN, “*Global Life, Local Law? About the globalization of law and policy-making*”, en *Liber Amicorum en homenaje al Profesor Dr. Didier Opertti Badán*, Montevideo, Fundación Cultura Universitaria, 2005, pp. 819/822.

operativo que cambia los procesos decisorios. En la noción subyace la importancia de centrarse en la capacidad de la comunidad internacional para cumplir la planificación o los objetivos planteados desde una visión política global. En tal sentido, coincidimos con quienes consideran que el debate en torno a la gobernanza global aborda el futuro de la política en el contexto de la globalización y algunos de sus efectos.⁽⁶⁾

Ahora bien, la referencia a este tópico no es azarosa: su mención resulta inescindible en orden al abordaje de la problemática que se plantea en el ámbito de la protección internacional de menores. El tema responde a políticas globales que deben consensuar los Estados y, en este marco, la labor de los foros de codificación internacional cubre un espacio sumamente significativo. Bien conocemos que, tanto a nivel universal como regional, se desarrollan intensos debates sobre la problemática que nos ocupa y es por este motivo que enunciamos como marco de tratamiento la gobernanza global. Sin embargo, no es nuestra pretensión profundizar en el tema, sino dejar sentado que nuestra preocupación es instalar las cuestiones de forma conjunta pues, a la hora actual, los fenómenos en análisis no son compartimentos estancos. Es menester articular los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Privado (en adelante, DIPr) —materia a la que pertenece la protección internacional de niñas y niños— y el activismo judicial, en el marco de la gobernanza global. Esta aseveración funciona en tanto el concepto incluye una tensión entre el significado de soberanía y el alcance de los poderes en el ámbito de la democracia, y las implicancias que reviste en la persona humana y, particularmente, en la disciplina que nos vincula.⁽⁷⁾ El reconocimiento en esta sinfonía internacional de los instrumentos⁽⁸⁾ llamados a intervenir requiere la ponderación de temas que se interconectan y que hay que afinar para lograr vestigios de armonía.

(6) BARREIRO, I., "La gobernanza global", *op. cit.*

(7) Nos hemos referido a esta problemática en DREYZIN DE KLOR, ADRIANA: "Derechos Humanos, Derecho Internacional Privado y Activismo Judicial", en *XXXIX Curso de Derecho Internacional, Organización de los Estados Americanos*, Washington DC, 2013, pp. 1/22. Asimismo, el análisis acerca de la relación entre gobernanza global y DIPr, puede verse en MUIR-WATT, HORATIA, "Private International Law as Global Governance: Beyond the Schism, from Closet to Planet", 2011, [en línea] http://works.bepress.com/horatia_muir-watt/2/

(8) De nada valen los derechos declarados si no se cumplen. Y la mayor garantía de efectividad de los derechos es el control judicial —aunque también, el de los ciudadanos, tanto como el control democrático del soberano, primer guardián del orden constitucional supremo—, que ya no se agota en las constituciones nacionales sino que se extiende a lo establecido en los tratados internacionales incorporados con igual jerarquía.

En este trabajo nos enfocamos en el análisis de un caso jurisprudencial en orden a brindar una mirada práctica y realista de las respuestas que el derecho —más precisamente, la jurisprudencia, desde el “diálogo de fuentes” que nos propone Jayme—,⁽⁹⁾ brinda a las relaciones jurídico-privadas de carácter internacional. En este camino, los derechos humanos ejercen una influencia decisiva y coadyuvan a sustentar el fallo que, a su vez, muestra en qué medida las soluciones se ven iluminadas por lo, en la arena de nuestra disciplina, se conoce como activismo judicial.⁽¹⁰⁾

2. El caso como disparador

En el caso “H. C., A. c/ M. A., J. A. s/ restitución internacional de menor s/ oficio Sra. Subdirectora de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores”⁽¹¹⁾ llegado a la Corte Suprema de Justicia Argentina (CSJN) se confirmó, por mayoría, la sentencia del Tribunal Superior de la Provincia de Córdoba (TSJC) que ordenaba la restitución de un niño, a pedido de su madre, a su lugar de residencia habitual en España.⁽¹²⁾

En el conflicto en comentario la cuestión se centra en el alcance reconocido a las normas que obran de excepción al cumplimiento de la obligación impuesta en los tratados internacionales. En consecuencia, no está en debate la veracidad de la residencia habitual del menor en tanto contextualiza la petición de restituir al niño efectuada por la madre.

(9) El Prof. Dr. Erik Jayme alude al “diálogo de fuentes” como manera de esclarecer los conflictos de las diversas leyes a través de la coordinación de fuentes. Este análisis es llevado a cabo en el marco del curso de la Haya donde expuso su teoría de los reflejos de la postmodernidad en el derecho. Ver JAYME, ERIK, “*Identité culturelle et intégration: Le droit internationale privé postmoderne - Cours général de droit international privé 1995*”, en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, Paris, 1995, II, p. 33 y ss.

(10) Sobre el activismo se puede consultar: MANILI, PABLO, “El activismo (bueno y malo) en la jurisprudencia de la Corte Suprema”, en *La Ley*, 2006-D:1285; MORELLO, AUGUSTO M., “Un nuevo modelo de justicia”, en *La Ley* 1986-C, 800; PEYRANO, JORGE W., “El perfil deseable del juez civil del Siglo XXI”, en *JA* 2001-IV-863 y ss.; ALVARADO VELLOSO, ADOLFO, “El garantismo procesal”, en *La Ley* 2010-F, 1212; FUAD ZARBIYEV, “Judicial Activism in International Law - A conceptual framework for analysis”, en *Journal of International Dispute Settlement* (2012), pp. 1/32.

(11) CSJN, 21/02/2013, Sup. *Doctrina Judicial Procesal* 2013 (abril), n° 33, [en línea] *La Ley online*: AR/JUR/183/2013.

(12) En orden a la tramitación, digamos que el pedido de restitución fue incoado ante un tribunal de primera instancia situado en Villa Carlos Paz, una villa serrana de la provincia de Córdoba, lugar en que tiene su domicilio el padre del niño.

En general, esta circunstancia no es la causal de disputa ya que, en estos conflictos en los que está en juego nada más ni nada menos que un niño, el proceso incardina en la interpretación efectuada de las cláusulas por las que se admite no restituir, es decir, en el contenido que se da a las normas que amparan el no cumplimiento de lo que constituye un verdadero deber.

De esta suerte, los argumentos esgrimidos por las partes en cuanto al carácter del traslado —esto es, a si existió o no aprobación previa de la madre o su consentimiento posterior— son analizados en primer término por la Corte para determinar si esta circunstancia tiene entidad para establecer la configuración de la ilicitud del traslado que receptan las fuentes convencionales sobre el tema. Sin embargo, tampoco pasa por este punto el interés controvertido. Ambas partes reconocen que el lugar de residencia habitual del menor se encuentra en la ciudad de Terraza, España, donde vivía con su madre antes de ser trasladado a la República Argentina, y que se extendió la autorización para salir de ese país. La cuestión —como sucede en gran cantidad de casos en los que están afectados los niños— reafirmamos, gira en torno al respeto de los derechos fundamentales afectados a partir del proceder de alguno de sus progenitores, que lo sustrae de su residencia habitual —del centro en el que se desarrolla su vida, del país y ciudad en el que se encuentra su entorno social— y lo retiene indebidamente en otro, violentando así el derecho de visita reconocido. No caben dudas de que los niños son los más afectados pues, al trauma propio de la crisis por la que atraviesa su entorno familiar, se agrega un nuevo desequilibrio a su estabilidad que quebranta su cotidianeidad de forma intempestiva.

3. Las fuentes jurídicas: su articulación

El proceso tramitó en el marco de la Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (en adelante, CH 1980)⁽¹³⁾ y, como no puede ser de otro modo, bajo el paraguas de la Convención Universal de los Derechos del Niño.⁽¹⁴⁾

(13) Dicha Convención fue aprobada por nuestro país mediante ley 23.857.

(14) La Convención sobre los Derechos del Niño de rango universal ha sido incorporada en Argentina con jerarquía constitucional en virtud de la reforma de la Carta Magna de 1994.

En este contexto, existe un entramado de disposiciones legales contenidas en tratados de derechos humanos (en adelante, TDDHH)⁽¹⁵⁾ y en convenios internacionales que revisten el carácter de reglas protectorias de la familia en general, y de los niños en particular,⁽¹⁶⁾ que deben articularse⁽¹⁷⁾ para hacer frente a este flagelo que constituye la sustracción internacional de menores,⁽¹⁸⁾ cuyo incremento es alarmante.

Ante la situación señalada, nos preocupa tanto la construcción de respuestas legales —o sea, si las sentencias son acordes a las situaciones— como el amparo jurídico a los efectos que los hechos producen. El rol del DIPr, enmarcado en la concepción axiológica, consiste en indagar en los valores de esta sociedad multicultural, pluralista y respetuosa de las diversidades,⁽¹⁹⁾ para lo cual es esencial acudir al “diálogo de las fuentes”.⁽²⁰⁾

(15) Acerca de la incorporación de los tratados al orden jurídico interno en México, resulta muy útil ver: PEREZNIETO CASTRO, LEONEL, “Tratados internacionales. Incorporados al Derecho Nacional. Su análisis de inconstitucionalidad comprende el de la norma interna”, en *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, n° 22, AMEDIP, México DF, 2008, pp. 93/98.

(16) La observación alcanza la labor que se realiza tanto en la Conferencia de La Haya como en el foro de codificación inter-americano y en los espacios integrados. Así, en los últimos treinta años, en La Haya se aprobaron los siguientes instrumentos jurídicos: Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (25/10/1980); Convenio relativo a la Protección del Niño y la Cooperación en materia de Adopción Internacional (29/5/1993); Convenio relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños (de 19/10/1996); Convenio sobre el Cobro Internacional de Alimentos con Respecto a los Niños y Otras Formas de Manutención de la Familia (23/11/2007). En tanto que en CIDIP se aprobaron: Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en Materia de Adopción de Menores (CIDIP III, La Paz, 1984); Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores; Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias (ambas en CIDIP IV, Montevideo, 1989) y Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores (CIDIP V, México 1994).

(17) Se torna imprescindible articular las fuentes universales, con las convencionales y las que emanan del legislador nacional.

(18) Nos hemos extendido en el tema en DREYZIN DE KLOR, ADRIANA, “Restitución internacional de menores”, en A. Dreyzin de Klor (coord.), *La protección internacional de menores*, Córdoba, Advocatus, 1996, pp. 11/63.

(19) El respeto a la diversidad solo es posible si cada sistema toma en consideración los valores que animan al otro. Ver SÁNCHEZ LORENZO, SIXTO, “Postmodernismo e integración en el Derecho internacional”, en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLVI, 2- 1994, p. 158.

(20) Sobre el tema, ver BRITOS, CRISTINA, “De cara a la postmodernidad: la superación del conflicto de fuentes a la luz del camino de la coordinación”, en *elDial* DC14CE.

No llama la atención, entonces, la necesidad de “bajar” a la realidad, en tanto se vuelve un imperativo insoslayable con miras a cubrir los resquicios por los que se admiten hermenéuticas que nada tienen que ver con el espíritu del legislador internacional.⁽²¹⁾

4. La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina y sus criterios

4.1. A nivel general

En un tema tan sensible como es la protección internacional de niños, la Corte Suprema de Justicia Argentina ha desarrollado una línea que preserva, a manera de decálogo, principios sustanciales que responden tanto a los TDDHH como a las convenciones vigentes en el país.

En este orden de ideas, los axiomas sobre los cuales se construye lo que puede considerarse una suerte de sistema que informa las decisiones jurisprudenciales en la materia, avanzan por los siguientes vectores:⁽²²⁾

- I. La Corte debe aplicar los tratados internacionales a los que el país está vinculado, a fin de evitar que la responsabilidad internacional de la República quede comprometida por su incumplimiento.⁽²³⁾

(21) México carece de legislación en materia de derecho de familia desde la óptica del DIPr en algunas áreas, hecho que dificulta la aplicación de tratados internacionales. A modo de ejemplo, se cita el desplazamiento ilegal de menores por uno de los progenitores. La consecuencia de esta laguna, de la falta de normas que expresamente remita a los mismos, lleva a que los jueces muestren cierta renuencia a aplicar los convenios internacionales. Ver PEREZNIETO CASTRO, L. “El futuro del DIPr en México”, en *Revista Mexicana de DIPr y Comparado*, AMEDIP N° 17, 2005, pp. 60/61.

(22) La enumeración que consignamos puede encontrarse en: GRAIEWSKI, M. J. “Restitución internacional de menores. Límites al conocimiento de los jueces: un fallo con matices interesantes”, en *DFyP 2013* (mayo), p. 69. Fallo comentado: CSJN, “H. C., A. c/ M. A., J. A s/ restitución internacional de menor s/ oficio Sra. Sub directora de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores”, 21/02/2013; LUCERO, M. y ECHEGARAY DE MAUSSIÓN, C., “El derecho de visita y custodia de los hijos”, en A. Dreyzin de Klor (dir.), *Restitución internacional de niñas y niños. Derecho de visita*, Costa Rica, EJC, 2013, pp. 15/78 y 107/144; MARTINOLI URIONDO, E., “La doctrina de la Corte Suprema en materia de restitución internacional de menores”, en A. Uriondo de Martinoli (dir.), *Estudios de jurisprudencia. Temas de Derecho internacional privado*, Lerner Editora SRL, Córdoba, 2011, pp. 255/287; RUBAJA, N., *Derecho Internacional Privado de Familia. Perspectiva desde el ordenamiento jurídico argentino*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2012, pp. 447/530.

(23) Así sostiene el Alto Tribunal: “... Que corresponde a esta Corte, como cabeza de uno de los poderes del Gobierno Federal, en la medida de su jurisdicción, aplicar los tratados internacionales a que el país está vinculado, a fin de evitar que la responsabilidad internacional de la República quede comprometida por su incumplimiento” (Fallos: 318:1269 y 333:604).

2. "La Convención de La Haya no solo no contradice sino que armoniza y complementa la Convención sobre los Derechos del Niño, y satisface las directivas de su artículo 11."⁽²⁴⁾
3. "El Convenio de La Haya 1980 descansa en su totalidad en el rechazo unánime del fenómeno de los traslados ilícitos de menores y en la convicción de que el mejor método de combatirlos, a nivel internacional, consiste en no reconocerles consecuencias jurídicas".⁽²⁵⁾
4. La celeridad en el trámite de restitución es esencial a fin de que el paso del tiempo no desvirtúe el espíritu del tratado.⁽²⁶⁾
5. "El juicio de restitución no tiene por objeto determinar cuál de los padres debe ejercer la tenencia. Discutir la atribución de la tenencia excede la materia debatida".⁽²⁷⁾
6. "Los motivos de excepción deben ser considerados de manera restringida. Se debe ponderar rigurosamente material fáctico de la causa a efectos de no frustrar la efectividad de la convención".⁽²⁸⁾

(24) El art. 11 reza: "1) Los Estados Partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero. 2) Para este fin, los Estados Partes promoverán la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes".

(25) B. 389. XLV. REX, "B., S. M. c/ P., V. A. s/ restitución de hijo".

(26) El Convenio de La Haya es meridiano en orden a establecer que los Estados contratantes deben disponer que se respeten los procedimientos de urgencia dispuestos por las leyes. En efecto, "los Estados Partes han adquirido el compromiso de combatir la sustracción de menores; y —salvo circunstancias singulares, no acreditadas en autos— no deberían abdicar de la obligación contraída ante la comunidad mundial, al abrigo de hechos consumados, generados irregularmente por uno de los progenitores; y —agrego hoy— profundizados a partir de la demorada actuación institucional, alejada largamente de la premura impuesta en el art. 11" (CSJN, "S.A.G.", 328:4511, 20/12/2005, en LL 2006-A, 699).

(27) En este marco, la Convención no resulta la vía adecuada para ventilar cuestiones de fondo en el ámbito del proceso de restitución, las que deberán ser analizadas por las vías pertinentes y ante la jurisdicción correspondiente. Así, la Corte sostiene que el fin que se persigue a través de la normativa convencional es precisamente, reintegrar a los menores "en el contexto especialísimo de un desplazamiento internacional - al entorno que operó como eje de su existencia, hasta la interrupción llevada a cabo por la madre" (CSJN, "B., S. M. c/ P., V. A. s/ restitución de hijo" sent. del 19/05/2010; Fallos 333:604, en LL 15/06/2010, 6).

(28) Sin embargo, la Corte Suprema de la Prov. de Buenos Aires manifestó que "sea cual fuere la vía adecuada, por más sumariedad y urgencia que corresponda otorgarle al proceso salta a la vista la necesidad de que exista un proceso". En este mismo sentido, sostuvo que "la denegación lisa y llana de la prueba ofrecida conforma estrepitosa y flagrante violación a las garantías de la defensa y el debido proceso legal, a más de haber privado al oponente del acceso a la tutela judicial efectiva denegando arbitrariamente la posibilidad de producir pruebas", en SCBA, "V., M. Js/ Exhorto", sent. del 15/07/2009, [en línea] www.fallos.diprargentina.com

7. Una invocación sistemática de las excepciones, al sustituir la jurisdicción de la residencia del menor por la jurisdicción elegida por el secuestrador, conduce al derrumbe de todo el edificio convencional ya que lo vacía del espíritu de confianza mutua que inspira al CH 1980.⁽²⁹⁾
8. "Las Autoridades Centrales de la Convención de La Haya en el país de refugio y en el de la residencia habitual tienen un rol fundamental en la ejecución de un retorno seguro del menor al lugar de su residencia habitual".⁽³⁰⁾

4.2. A nivel particular

Ahora bien, dentro de esta temática también interesa conocer los criterios que el Máximo Tribunal argentino ha ido adoptando, ya que éstos inciden directa o indirectamente en el fallo en análisis.

4.2.1. Interés superior del niño

En este sentido, un aspecto esencial que constituye una orientación axiológica en todos los casos radica en analizar cómo ha definido la Corte "interés superior del niño".⁽³¹⁾ De esta suerte, y sin ignorar los disensos que genera el alcance de dicho concepto,

... los órganos judiciales, así como toda institución estatal, han de aplicar el principio del interés superior del niño, estudiando sistemáticamente cómo los derechos y los intereses del niño se ven afectados o se verán afectados por las decisiones y las medidas que adopten; por ejemplo, una ley o una política propuestas o existentes, una medida administrativa o una decisión de los

(29) *Ibid.* nota 27.

(30) En Argentina la Dirección de Asistencia Judicial Internacional del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto es la Autoridad Central para la aplicación de estos convenios. En efecto, como Organismo de aplicación de estos instrumentos internacionales, además de velar por su correcta aplicación e interpretación, debe arbitrar las medidas preventivas tendientes a evitar estos ilícitos, para lo cual debe dar a conocer estos instrumentos y brindar la formación que fuera necesaria. Para ello la Autoridad Central pone a disposición la página de internet [en línea] www.menores.gov.ar la cual posee la información necesaria sobre la forma de proceder ante un caso de sustracción.

(31) Dice Cristina Britos: "se coincide en que el principio de solidaridad en la familia e interés superior del niño constituyen principios indiscutidos del DIPr actual". Ver BRITOS, CRISTINA, "Los principios que iluminan el Derecho Internacional Privado en el Proyecto de Código Civil y Comercial", Ponencia presentada en las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Facultad de Derecho, Univ. Nacional de Buenos Aires, septiembre de 2013.

tribunales, incluyendo las que no se refieren directamente a los niños pero los afectan indirectamente.⁽³²⁾

4.2.2. Centro de vida del menor

En este sendero, otro de los ejes principales lo constituye, en palabras de la Corte,

... la idea de 'centro de vida', de donde se manda atender al pleno desarrollo personal de los derechos del niño en su medio familiar, social y cultural y expresamente se alude al respeto por ese centro, teniéndose por tal al lugar donde 'hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia' (...) principio [que] rige en materia de patria potestad (...) [y al] que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse...⁽³³⁾

4.2.3. La naturaleza del procedimiento y el derecho de custodia

Ahora bien, en virtud de la naturaleza del procedimiento, digamos que este pasa por diferenciar el reintegro de los menores bajo lo previsto en la Convención de la Haya, por un lado, del proceso mediante el cual debe evaluarse la custodia y el derecho de visita de los progenitores, por otro. Así, el derecho de custodia escapa casi por completo del ámbito convencional, ya que el objetivo principal del Convenio es el restablecimiento del *statu quo* mediante la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de forma ilícita en cualquier Estado contratante.⁽³⁴⁾

En este orden de ideas se afirma que el retorno del menor puede ser apreciado como el único objetivo:

(32) CSJN, "G., M. G. s/ protección de persona", Expte. G. 617.XLIII, sent. del 16/09/2008, LL 2009-A, 450. Ver MASTRANGELO, F., "Eficacia de las reglas aplicables a la protección de menores en el marco de la integración. ¿Son efectivamente protectoras las normas vigentes en materia de restitución internacional de menores en el bloque regional?", en A. Dreyzin de Klor (dir.) *Restitución Internacional de niñas y niños. Derecho de visita*, op. cit., pp. 84/85.

(33) CSJN V N° 24; L. XLVII "V., D. L. s/ Restitución de menores - ejecución de sentencia", sent. del 16/08/2011, en el *Dial* AA6E6C.

(34) Punto 16 del informe explicativo de Elisa Pérez-Vera del Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la restitución internacional de menores, [en línea] www.hhcc.net

... considerado en dos momentos distintos: mientras que el retorno inmediato del menor responde al deseo de restablecer una situación que el secuestrador modificó de forma unilateral mediante una vía de hecho, el respeto efectivo de los derechos de custodia y visita se sitúa en un plano preventivo en la medida en que dicho respeto debe hacer desaparecer una de las causas más frecuentes de las sustracciones de menores.⁽³⁵⁾

En efecto, se "reconoce que en un caso de sustracción de niño el mejor interés para él/ella es regresar a su residencia habitual donde las Autoridades Judiciales de ese Estado podrán decidir en el mejor interés del niño cual de las dos partes debe ejercer la custodia o guarda y cuál de ellas gozar de los derechos de visita, y si fuera el caso decidir sobre la reubicación del niño".⁽³⁶⁾

4.2.4. El rol de las Autoridades Centrales

La Autoridad Central⁽³⁷⁾ es el organismo encargado de la aplicación de estos convenios, y debe velar por su correcta aplicación e interpretación.

A tal fin, la Corte reitera en este caso lo que viene señalando, ya que "ha destacado en reiteradas oportunidades el rol primordial que cumplen las Autoridades Centrales de los Estados requirente y requerido en este tipo de procesos, la obligación que tienen de cooperar entre sí y con las autoridades locales competentes para el funcionamiento eficaz del convenio, y el deber de garantizar la restitución del menor sin peligro".⁽³⁸⁾

De este modo, el Máximo Tribunal obra como el último intérprete de las convenciones vigentes, comprometiendo al juez y a todos los operadores jurídicos a extender dichos criterios a todos los casos relativos a la restitución de niños.

(35) Punto 17 del referido informe explicativo.

(36) Conclusiones y Recomendaciones del Seminario de Jueces Latinoamericanos sobre el Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (2005), llevado a cabo del 28 de noviembre al 3 de diciembre de 2005 en La Haya. También se puede consultar la obra de TAGLE DE FERREYRA, GRACIELA (dir.), *Interés Superior del niño. Visión jurisprudencial y aportes doctrinarios*, Córdoba, Nuevo Enfoque Jurídico, 2009.

(37) Cabe resaltar que, en nuestro país, entre los años 1999 y 2007 han tramitado a través del Convenio de La Haya 614 casos. De ellos, el 75.90% se trató de restituciones internacionales, tanto entrantes como salientes, en tanto solo el 24.10% se trató de solicitudes de visitas internacionales. Se puede consultar información estadística suministrada por la Autoridad Central Argentina en [en línea] <http://www.menores.gov.ar>

(38) Ver art. 7 CH 1980; Fallos: 334:1287; y causa G.129.LVIII "G., P. C. c/ H., S. M. s/ reintegro de hijo", sent. del 22/08/2012.

5. La decisión del caso a la luz de un voto dividido

Para alcanzar una mayor comprensión cabe apelar a las particularidades fácticas del caso, del que se destacan las siguientes consideraciones: la Sra. A. H. C. y el Sr. J. A. M. A. contrajeron matrimonio el 5 de noviembre de 1999 en Suiza, donde el 11 de julio de 2000 nació el menor R. M. H.; posteriormente, se trasladaron a vivir a España. Con fecha 17 de julio de 2005 se dicta en Suiza la sentencia de divorcio, atribuyéndose la patria potestad del menor a su madre, conforme lo habían acordado ambos padres, y fijándose un régimen de visitas a favor del padre.

El Sr. J. A. M. A. regresa a Argentina radicándose en Santa Cruz del Lago —Prov. de Córdoba— y, en agosto de 2009, cumpliendo con el acuerdo consensuado, viaja a España a buscar al niño para regresar con él a su domicilio por el período que le correspondía en función del derecho de visita. Transcurrido ese tiempo, el niño no es regresado y la madre, Sra. A. H. C., efectúa una denuncia iniciando, con fecha 1 de julio de 2010, el pedido de restitución internacional de su hijo R. M. H. ante la Autoridad Central española.

El expediente llega al tribunal competente de la localidad del domicilio del progenitor y, luego de transitar todas las instancias por recursos sucesivos, llega a la Corte, que concluye que se está frente a una retención ilícita de R. M. H. ya que, si bien el padre ha alegado que el niño le fue entregado por la madre sin acordar fecha de retorno, no ha probado tales circunstancias ni ha arrimado pruebas conducentes en tal sentido.

Conforme adelantamos, el texto internacional no resulta la vía adecuada para ventilar cuestiones de fondo, ya que el traslado de residencia, sin las debidas observancias legales, constituye una vulneración a los derechos del niño toda vez que no se trata del libre ejercicio ni de una prerrogativa propia de quien gozaba de la guarda jurídica por decisión legal.

En este contexto, cabe examinar si se ha configurado la excepción prevista en el art. 13, inc. b) de la Convención, invocada por el Sr. J. A. M. A., quien señala el grave riesgo que correría su hijo de concretarse el reintegro ordenado por el *a quo* dado quien que la madre padece de diversas adicciones —alcoholismo y drogas—.

Es por este motivo que el padre alega que efectivizar la restitución del menor conllevaría un “riesgo grave” para su persona ya que “sería obligado a permanecer solo bajo el cuidado de su abuela materna o de la madre que

se encuentra todavía en tratamiento por toxicomanía y que aún no ha obtenido el alta médica". No obstante, el Máximo Tribunal subraya que de "la apreciación rigurosa y prudente que debe efectuarse del material probatorio destinado a acreditarlo, de la compulsión del expediente no surgen pruebas determinantes que permitan hacer operativa la excepción invocada".⁽³⁹⁾

En consecuencia, el referido argumento —aquél que señala que configuraría un grave peligro restituir el niño al otro progenitor—, es propio de un juicio de tenencia que evalúe la aptitud de cada uno de los padres para el cuidado de los menores.

Ahora bien, una vez más cabe enfatizar los argumentos que venimos destacando acerca del fin último del CH 1980, que la propia Corte hace suyo de forma diáfana al expresar que:

... la decisión de restituir a R. M. H. a su lugar de residencia habitual con anterioridad al desplazamiento, poniendo de ese modo fin a una situación irregular, no implica resolver que el niño deberá retornar para convivir con su progenitora. La influencia que el citado comportamiento inadecuado pueda tener respecto de la custodia o guarda del niño, hace al mérito que es posible atribuir a la progenitora para ejercer dicha guarda, lo que como ya se ha señalado, no es materia de este proceso sino diferida a las autoridades competentes del Estado de residencia habitual en donde deberá investigarse la cuestión.⁽⁴⁰⁾

En efecto, en numerosas resoluciones judiciales se refleja que los jueces asumen como propia la decisión de determinar cuál de los progenitores es el más idóneo para ejercer la tenencia, con lo que no limitan su competencia a ordenar o denegar la restitución, sino que deciden en función de la valoración que realizan sobre un tópico que compete al juez natural —el de la residencia habitual del menor—.⁽⁴¹⁾

(39) Del voto mayoritario de los Dres. Ricardo L. Lorenzetti, Elena I. Highton de Nolasco, Carlos S. Fayt, Enrique S. Petracchi, E. Raúl Zaffaroni, Carmen M. Argibay y Juan Carlos Maqueda, en el caso bajo estudio.

(40) Del voto mayoritario del Máximo Tribunal.

(41) Sobre este aspecto, puede verse el análisis que efectúa quien es juez de enlace de la Convención en Argentina: TAGLE DE FERREYRA, G., "Resolución ajustada a derecho", en *Actualidad jurídica. Familia y minoridad*, n° 73, Córdoba, Nuevo enfoque, 2010, pp. 7908/7914.

En este mismo orden de ideas, cabe señalar que el hecho de que el menor se resista a volver a España y que se encuentre adaptado a la vida junto a su padre en Argentina, son circunstancias que no constituyen un motivo autónomo de oposición⁽⁴²⁾ y que, en consecuencia, no nos deben hacer perder el origen ilícito que tuvo el hecho para que esa adaptación se produjese.

En la misma línea, cabe traer a colación que la jerarquía de los TDDHH lleva consigo el respeto al principio del debido proceso y, con equivalente grado de ubicación, el derecho del niño a ser oído. En tal sentido, es fundamental tener presente la Convención sobre los Derechos del Niño, que sostiene:

1. 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. 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.⁽⁴³⁾

Así también, en reiteradas resoluciones, la Corte afirma:

... que en el marco del CH 1980, su ponderación no pasa por indagar la voluntad de vivir con uno u otro de los progenitores, y que el convenio, por su singular finalidad, no adhiere a una sumisión irrestricta respecto de los dichos del niño involucrado, sino que la posibilidad del art. 13 (penúltimo párrafo) solo se abre frente a una voluntad cualificada, que no ha de estar dirigida a la tenencia, sino al reintegro al país de residencia habitual.⁽⁴⁴⁾

(42) Ver Fallos: 318:1269; 328:4511 y 333:2396.

(43) Ver art. 12 de la Convención que, en Argentina, a partir de la reforma de 1994, tiene igual jerarquía que la Constitución.

(44) CSJN, "G., P. C. c/ H., S. M. s/reintegro de hijo", Expte. G.129 XLVIII, sentencia del 22/08/2012, [en línea] <http://www.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verDoc&idAnalisis=694079&interno=2>

El Convenio admite que la opinión del menor respecto de la cuestión esencial —esto es si corresponde o no que se realice el reintegro al país de residencia habitual— puede ser decisiva siempre que, a criterio de las autoridades competentes, este haya alcanzado una edad y una madurez suficientes.⁽⁴⁵⁾ Siguiendo a Pérez-Vera:

... por esta vía, el Convenio brinda a los menores la posibilidad de convertirse en intérpretes de su propio interés. Es obvio que esta disposición puede llegar a ser peligrosa si su aplicación se traduce en interrogatorios directos a jóvenes que pueden, ciertamente, tener conciencia clara de la situación pero que pueden asimismo sufrir daños psíquicos graves si piensan que se les ha obligado a elegir entre sus dos progenitores.⁽⁴⁶⁾

Cabría en todo caso, preguntarse acerca, no solo de la edad desde la cual hay que atender a sus dichos, sino también de la ponderación de los restantes elementos probatorios de la causa, ya que el ámbito de aplicación del Convenio se extiende a menores de dieciséis años; y es que cabe reconocer que han fracasado las deliberaciones acerca de una edad mínima a partir de la cual la opinión de los menores podría ser tomada en consideración ya que las cifras brindadas tenían cierto grado de arbitrariedad. En el caso concreto, la gravedad que puedan revestir las declaraciones del niño respecto de la existencia de comportamientos inadecuados por parte de su madre durante la convivencia, hacen al mérito de la cuestión inherente respecto del juicio acerca de su custodia o guarda. Es más, la decisión de restituir a R. M. H. no implica resolver que deba regresar a España para vivir con su progenitora: solo es una solución provisoria que se mantendrá hasta que la justicia española decida acerca de la aptitud de los progenitores para ejercer la tenencia del niño.

Asimismo, y a los efectos del cumplimiento de la restitución, el Tribunal destaca el hecho de que el padre no ha invocado ni probado encontrarse impedido de reingresar a España con el fin de tramitar las acciones judiciales tendientes a obtener la tenencia judicial de su hijo. Por el contrario, a veces

(45) Ver CH 1980 en el art. 13 —último párrafo— que reza: “La autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a la restitución, cuando el menor haya alcanzado un edad y un grado de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones”.

(46) Punto 30 del informe explicativo de Pérez-Vera.

los impedimentos económicos constituyen un verdadero valladar que obra de límite a la hora de poner en práctica el cumplimiento de la restitución.⁽⁴⁷⁾

Por último, la CSJN resalta una vez más el rol primordial que asumen las Autoridades Centrales en esta materia, respetando los principios que éstas han ido imponiendo a través de sus pronunciamientos Así, manifiesta:

... respecto de la existencia de comportamientos inadecuados por parte de la progenitora que promovió la presente restitución y las consecuencias que éstos podrían traer aparejadas respecto de la salud psicofísica del niño R. M. H., esta Corte entiende que corresponde hacer saber a la Autoridad Central argentina que, por medio de los mecanismos idóneos, deberá: 2 ... b) poner en conocimiento de la Autoridad Central del Estado requirente la urgencia con que debe resolverse la cuestión vinculada con el derecho de custodia y de visita del menor, dadas las particularidades que presenta el caso.

5.1. El supuesto legal de excepción desde la visión del voto en disidencia

De la argumentación esgrimida por el Dr. Zaffaroni, surge que la restitución del menor a España lo expondría a un grave riesgo o peligro físico o psíquico, motivo que hace procedente la excepción del art. 13, inc. b, CH 1980.

El Ministro expresa que dicha situación se corrobora a partir de las manifestaciones que, a los diez años de edad, realizó el menor:

... [que] su mamá no se portó bien con él, que su mamá hacía muchas cosas feas, que una vez se quiso suicidar frente a él con un cuchillo en la panza, se acostaba con otros hombres, él no tenía habitación propia y tenía que dormir en el sofá del living, que no quiere ver a su mamá, que no quiere volver a verla, quiere que lo dejen tranquilo viviendo con su papá. Que si a él lo vuelven a España él se va a escapar porque no quiere ir allá. Que en España siempre estaba en el bar de su abuela porque ella lo iba a buscar y ahí comía mucha grasa y engordaba, que

(47) Se puede consultar: MASTRANGELO, F., "¿Son efectivamente protectoras las normas vigentes en materia de Restitución Internacional de Menores en el Mercosur?", en D. Fernández Arroyo, D. y J. Obando Peralta, J. (coords.) *El Derecho internacional privado en los procesos de integración regional*, Costa Rica, Editorial Jurídica Continental, 2011, p. 335 y ss.

su abuela es muy nerviosa y enseguida le pegaba. Que su mamá lo llamó la semana pasada por tel. y él no quería escucharla hasta que tuvo que atender el teléfono porque su mamá insistía y le comenzó a hablar en francés y a llorar y él no le entendía nada entonces le cortó. Que él está bien viviendo con su papá y no se quiere ir a ningún lado...⁽⁴⁸⁾

A juicio del Dr. Zaffaroni, en estos dichos surgen elementos que hacen procedente la excepción.

Ciertamente no es sencillo tomar la decisión; de hecho, el Tribunal no se pronuncia por voto unánime. Sin embargo, consideramos que las expresiones del niño no alcanzan para que el Estado argentino se exima de cumplir con la CH 1980, cuyo fin último reside en volver al *statu quo* anterior al acto de la retención ilícita que, en el presente, ha ejercido el padre de R. M. H.

Para mayor abundamiento, cabe destacar el siguiente argumento del voto minoritario:

... en el caso no se trata de la mera invocación genérica del beneficio del niño, por el contrario la actitud indiferente frente a un abandono en límite de maltrato grave, no observado por ninguna autoridad hasta el extremo de que careciese de documentación⁽⁴⁹⁾ y, para colmo, con el claro objetivo de que vuelva a convivir con la causante de su abandono grave, sin que importe cuál puede ser el daño que aquél sufra por reactualizar las vivencias traumáticas y dolorosas de su infancia, cuando contaba con nueve años, más cuando actualmente tiene doce años y, por ende, se aproxima a una etapa crítica de su evolución, resultan circunstancias relevantes que deben ser atendidas por el Estado requerido en los términos del art. 13, inc. b. de la CH 1980.⁽⁵⁰⁾

(48) Considerando 11 del voto en disidencia del Dr. Zaffaroni con relación al acta labrada en la audiencia del día 10 de noviembre de 2010.

(49) Del Considerando 12 surge que el progenitor debió concurrir ante el Consulado General de la Rep. Argentina en Barcelona, con el objeto de que se realizaran gestiones ante el Registro Civil Central de Madrid para la obtención de la partida de nacimiento de R. M. H. y, con tal instrumento, proceder a la tramitación del DNI español y después del pasaporte.

(50) Consid. 18 del voto del Dr. Zaffaroni.

Una vez más, consideramos que es necesario volver a subrayar que, sin desconocer la gravedad de las situaciones que ha padecido R. M. H. junto a su madre, la decisión de restituir al niño a España —residencia habitual— poniendo fin a la situación irregular a la que lo sometió su padre al no reintegrarlo a dicho país sin la conformidad de su madre, para que el niño se radicase en Argentina, no implica que deba volver a convivir con su madre sino tan solo que es España el país cuyos tribunales gozan de competencia para resolver la cuestión vinculada con el derecho de custodia y visita del menor.

Y así surge de la recomendación que la Corte efectúa a la Autoridad Central, haciéndole saber que, por medio de los mecanismos que estime idóneos, deberá:

... a) actuar coordinadamente con su par española en función preventiva —arbitrando los medios informativos, protectorios y de asistencia jurídica, financiera y social que fueren menester—, en orden a que el regreso transcurra del modo más respetuoso a la condición personal del niño y a la especial vulnerabilidad que deviene de las etapas vitales por las que atraviesa...⁽⁵¹⁾

6. Reflexiones finales

Existe una creciente interdependencia temática entre cuestiones que surgen en la arena internacional, cuyo marco de desarrollo requiere acudir al concepto de la gobernanza global. No escapan al escenario que se constata en el siglo XXI los problemas propios de DIPr: la restitución internacional de niñas y niños es un reflejo meridiano de esta aseveración.

En este contexto, los foros de codificación internacional desarrollan una tarea que no solo es imprescindible sino que resulta cualitativamente relevante pues su papel —que consiste, en buena medida, en armonizar criterios nacionales— se enaltece al elaborar criterios internacionales que cubren importantes lagunas de carácter interno y que se coordinan con las fuentes normativas de las distintas dimensiones nacionales. El producto de estos foros obra como norma, pero también como principio orientador del legislador nacional.⁽⁵²⁾

(51) Consid. 21 del voto mayoritario.

(52) En este orden de ideas, ver el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, sancionado el 1° de octubre y promulgado el 7 de octubre de 2014 por ley 26.994. Cabe consignar que el Código Civil y Comercial es obra de la Comisión de Reforma integrada por los Dres.

En función de esta premisa, y de cara a los discernimientos que ha ido forjando la Corte Suprema de Justicia argentina, la sentencia de autos no causa sorpresa. Señalemos que, en función de la naturaleza de los hechos, el pedido de restitución, lejos de asimilarse a una medida cautelar, es una figura autónoma que pertenece en esencia al área de la cooperación jurídica internacional, detentando aristas de carácter procesal.

Respetando una vez más el principio de la cooperación jurídica internacional que permanentemente propiciamos, cabe imprimir al trámite de restitución la mayor celeridad posible, con el fin de alcanzar un retorno seguro del menor a su lugar de residencia habitual.

Consideramos que, más allá de las implicancias propias del caso bajo análisis, los profesionales del derecho debemos concientizarnos acerca de este flagelo que vive la infancia para obrar en consecuencia, sea como operadores, asesores, académicos, o como aplicadores del derecho.



Ricardo Lorenzetti (presidente), Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci. En las normas de Derecho Internacional Privado que integran el título IV, colaboramos los Dres. María Susana Najurieta, María Elsa Uzal, Marcelo Iñiguez y quien suscribe este trabajo. Hasta la promulgación del Código Civil y Comercial la Argentina carecía, en el orden interno, de normas referidas a la restitución internacional de niñas y niños, por lo que quienes trabajamos en el área del DIPr decidimos incorporar disposiciones en el Código referido, tomando como parámetro lo dispuesto en los convenios internacionales.

Tendencias y patrones de la jurisprudencia de la CSJN en materia de restitución internacional de niños

LUCIANA B. SCOTTI⁽¹⁾



1. Introducción

La jurisprudencia de nuestros tribunales judiciales, en particular de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), ha delineado los principales aspectos sobre el instituto de la restitución internacional de menores.

En efecto, nuestro máximo tribunal, a través de sus sentencias en la materia, ha clarificado y orientado hacia la correcta interpretación de los convenios en vigor, y ello ha tenido un destacado y positivo impacto en la jurisprudencia de tribunales inferiores. De ahí que hemos considerado que un aporte interesante a esta problemática, cada vez más frecuente en los tiempos que corren, es el análisis de los lineamientos sustanciales de la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema en el tema que nos ocupa.⁽²⁾

(1) Abogada, UBA. Doctora en Derecho y Magister en Relaciones Internacionales, UBA. Profesora Adjunta regular de Derecho Internacional Privado y de Derecho de la Integración en la Facultad de Derecho, UBA. Coordinadora de la Maestría en Derecho Internacional Privado (Facultad de Derecho, UBA). Miembro Permanente del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Dr. Ambrosio L. Gioja”.

(2) Todos los fallos analizados en esta obra han sido consultados en la base de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (fallos completos). Disponible [en línea] <http://www.csjn.gov.ar/>

2. Breves consideraciones sobre la restitución internacional de menores

La restitución internacional de menores es, en pocas palabras, un mecanismo, un procedimiento autónomo que impone la cooperación mutua entre los Estados para efectivizar el pronto retorno del menor al Estado de su residencia habitual cuando fue trasladado o retenido ilícitamente, es decir, conculcando un derecho de custodia atribuido de conformidad con la ley de residencia habitual del menor, y ejercido de forma efectiva al momento del traslado o retención.

La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, con jerarquía constitucional en nuestro país (art. 75, inc. 22 CN), en el art. 11 prevé que los Estados deben adoptar medidas para luchar contra traslados y retenciones ilícitas de menores fuera del país de su residencia habitual, disponiendo a dichos efectos que los países promuevan acuerdos bilaterales o multilaterales o adhieran a los ya existentes, mandato que fue cumplido en los diversos ámbitos.

En suma, la Convención sobre los Derechos del Niño exige de los Estados, su cooperación mediante la celebración de tratados, cuyo incumplimiento genera responsabilidad internacional del Estado.

A nivel universal, se encuentra vigente la Convención de La Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

Por su parte, en el ámbito continental americano, el proceso de codificación llevado a cabo por las Conferencias Especializadas Interamericanas de Derecho Internacional Privado, bajo los auspicios de la OEA, dio origen a la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, concluida en Montevideo el 15 de julio de 1989 (CIDIP IV).

En términos generales, tanto la Convención de la Haya como la Interamericana regulan los aspectos civiles del traslado o retención ilícitos de los menores de 16 años. Prevén una solicitud de restitución del menor y una solicitud para garantizar el efectivo derecho de visita, y contemplan la designación de una autoridad central encargada del cumplimiento de las obligaciones impuestas por el convenio.⁽³⁾ Establecen prácticamente los

(3) La República Argentina designó al Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto (Dirección General de Asuntos Jurídicos) como Autoridad Central para ambos convenios.

mismos requisitos para la procedencia del reclamo así como sus excepciones. Las dos convenciones regulan un procedimiento autónomo que se deslinda en dos fases: una voluntaria, ante las autoridades centrales, y otra, contenciosa, ante las autoridades judiciales o administrativas competentes.

Asimismo, los Estados celebraron acuerdos bilaterales. Entre ellos, cabe mencionar los Convenios bilaterales uruguayo-argentino sobre Protección Internacional de Menores, en vigor desde el 10/12/1982, uruguayo-chileno sobre Restitución Internacional de Menores, vigente desde el 14/04/1982, y uruguayo-peruano sobre la misma materia, en vigor desde el 02/02/1989. En muchas ocasiones, los tribunales nacionales hicieron extensivas estas soluciones convencionales a nivel bilateral a casos suscitados con terceros Estados.⁽⁴⁾

3. Patrones de la jurisprudencia de la CSJN

A través de la lectura y análisis de los fallos de la Corte Suprema dictados en materia de restitución internacional de menores, se observan patrones, pautas claras, parámetros y estándares interpretativos básicos —como los ha denominado la Procuradora Fiscal en autos “B., S. M. c/ P., V. A. s/ restitución de hijo”, del 19/05/2010—, que deben ser destacados.⁽⁵⁾ Realizaremos una síntesis de tales patrones de interpretación de las normas y de las convenciones en vigor, tanto de la de La Haya, como de la CIDIP IV. Veamos.

3.1. Finalidad de las convenciones

Respecto a la finalidad de los mencionados convenios, nuestra Corte Suprema ha sido contundente al manifestar que aquella consiste en “‘garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante’ (art. 1, inc. a), procedimiento que tiende a restablecer la situación anterior que se modificó de

(4) Véanse los casos citados por TELLECHEA BERGMAN, en “La Convención Interamericana de Montevideo de 1989 sobre Restitución de Menores. Consideraciones acerca de sus soluciones y funcionamiento”, Reunión de expertos gubernamentales sobre sustracción internacional de menores por parte de uno de sus padres, 12 y 13 de agosto de 2002, Montevideo, Uruguay, SIM/doc 11/02-1.

(5) Véase URIONDO de MARTINOLI, AMALIA y MARTINOLI URIONDO, ESTEFANÍA, “Los Claroscuros en la aplicación de las Convenciones sobre restitución internacional de menores”, en *Revista de la Facultad*, vol. II, n° 2, Nueva Serie II, Bs. As., La Ley, 2011, pp. 29/50; MARTINOLI URIONDO, ESTEFANÍA, “La doctrina de la Corte Suprema en materia de restitución internacional de menores”, en *Estudios de Jurisprudencia-Temas de Derecho Internacional Privado*, Córdoba, Lerner, 2011, pp. 255/274.

forma unilateral por una vía de hecho a la que se busca no reconocerle consecuencias jurídicas".⁽⁶⁾

3.2. Armonización de las Convenciones de La Haya y de los Derechos del Niño

En reiteradas oportunidades, nuestro Supremo Tribunal se ha expedido sobre la relación existente entre el Convenio de La Haya de 1980 y la Convención sobre los Derechos del Niño:

... la Convención de La Haya preserva el interés superior del niño mediante el cese de la vía de hecho. La víctima de un fraude o de una violencia debe ser, ante todo, restablecida en su situación de origen. La regla cede cuando la persona, institución u organismo que se opone a la restitución demuestre que, ante una situación extrema, se impone, en aras del interés superior del niño, el sacrificio del interés personal del guardador desasido.⁽⁷⁾

Asimismo, manifestó:

Que en el centro de los problemas matrimoniales se encuentra la fragilidad de los niños que en medio de esa situación, se convierten en el objeto de disputa de sus padres. Precisamente los textos internacionales tienen como objetivo fundamental proteger a esos menores y no existe, a criterio del Tribunal, contradicción alguna entre la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, en tanto ambos instrumentos —cada uno en su esfera— tienden a la protección del 'interés superior del niño'.⁽⁸⁾

Más recientemente, la Procuradora Fiscal ha indicado en términos esclarecedores que, en efecto:

... no existe contradicción entre la Convención sobre los Derechos del Niño y el CH 1980. El Convenio en el que se apoya la petición de autos, respeta y complementa la debida jerarquización de bienes, con preeminencia del mejor interés del niño. Lo

(6) CSJN, "R., M. A. c/ F., M. B. s/ reintegro de hijo", 21/12/2010, consid. 8.

(7) CSJN, "Wilner Eduardo Mario c/ Osswald María Gabriela", 14/06/1995, consids. 10 y 11.

(8) CSJN, "S. A. G. s/ restitución internacional", 20/12/2005, consid. 2.

hace partiendo de la presunción de que el bienestar del niño se alcanza volviendo al *statu quo* anterior al acto de desplazamiento o de retención ilícitos. Luego, preserva el mejor interés de aquél —proclamado como *prius* jurídico por el arto 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño—, mediante el cese de la vía de hecho. La víctima debe ser, ante todo, restablecida en su situación de origen, salvo que concurran las circunstancias eximentes reguladas en el texto convencional.⁽⁹⁾

3.3. Alcance del derecho de custodia

Una cuestión de trascendental importancia en torno a los pedidos de restitución internacional de menores gira en torno a establecer el real alcance del derecho de custodia en cada caso. En tal sentido, nuestra Corte ha sostenido que:

... corresponde reiterar que se ha entendido que la expresión convencional 'derecho de custodia' no coincide con ninguna concepción particular de custodia en las leyes nacionales, sino que adquiere su significación desde las definiciones, estructura y propósitos del CH 1980 y que la comunidad jurídica de naciones ha alcanzado un amplio consenso respecto de que la previsión *ne exeat* —prohibición dirigida al cuidador primario del niño de sacarlo de la jurisdicción sin la conformidad del otro progenitor o del tribunal— cae dentro del dominio de la citada noción convencional (ver dictamen de la señora Procuradora Fiscal al que remitió esta Corte Suprema en la citada causa 'B., S. M. c/ P., V. A.').⁽¹⁰⁾

La Procuradora, con atinadas consideraciones, manifestó en igual inteligencia que los regímenes comparados emplean variedad de voces (guarda, tenencia, custodia, etc.) que puede denotar un mismo significado, o —a la inversa— resultar homónimos (idéntica designación con diferente contenido). En otras palabras, la mera coincidencia con la denominación utilizada en el CH 1980 no basta para atribuir a la pretensa custodia la dimensión exigida por dicho tratado.⁽¹¹⁾

(9) Dictamen de la Procuradora, "W., D. c/ S. D. D. W. s/ demanda de restitución de menor", 22/11/2011.

(10) CSJN, "R., M. A. c/ F., M. B. s/ reintegro de hijo", 21/12/2010, cons. 10 y 11.

(11) Dictamen de la Procuradora, "B., S. M. c/ P., V. A. s/ restitución de hijo", 19/05/2010, punto VIII.

3.4. La noción de “residencia habitual del niño”

Otra definición necesaria en los términos de los convenios que analizamos es la de **residencia habitual**. En tal sentido, la CSJN desde el primer fallo que resolvió un pedido de restitución manifestó que:

... la expresión ‘residencia habitual’ que utiliza la Convención, se refiere a una situación de hecho que supone estabilidad y permanencia, y alude al centro de gravedad de la vida del menor, con exclusión de toda referencia al domicilio dependiente de los menores (...) la residencia habitual de un niño, en el sentido de dicho precepto, no puede ser establecida por uno de los padres, así sea el único titular del derecho de tenencia, que no es el caso de autos, en fraude de los derechos del otro padre o por vías de hecho.⁽¹²⁾

En efecto, estamos ante la misma noción que utiliza la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. Dicha norma cualifica el concepto “centro de vida” por remisión a la legalidad de la residencia. Y esa idea se ahonda en el art. 3 del decreto reglamentario 415/2006, que reza: “el concepto de ‘centro de vida’ a que refiere el inciso f) del art. 3 se interpretará de manera armónica con la definición de ‘residencia habitual’ de la niña, niño o adolescente contenida en los tratados internacionales ratificados por la República Argentina en materia de sustracción y restitución internacional de personas menores de edad”.⁽¹³⁾

3.5. La calificación de menor

En relación a la categoría de **menor** que establecen los convenios, la CSJN ha declarado abstracto el pedido de un menor que al momento de la sentencia ya había alcanzado los 16 años de edad, en estos términos:

... es jurisprudencia reiterada de este Tribunal que los fallos de la Corte Suprema deben atender a las circunstancias existentes al momento en que se los dicta, aunque éstas sean sobrevinientes a la interposición del recurso extraordinario (...) Que, en tal sentido, se advierte que J.A.B. ha cumplido dieciséis años (nació el

(12) CSJN, “Wilner Eduardo Mario c/ Osswald María Gabriela”, 14/07/1995, cons. 12 y 13.

(13) Dictamen de la Procuradora, “B., S. M. c/ P., V. A. s/ restitución de hijo”, 19/05/2010, punto XI; y Dictamen de la Procuradora, “G., E. W. c/ A., V. A. s/ reintegro de hijo”, 09/11/2010, punto III.

12 de abril de 1994), con lo cual cesa, a su respecto, la aplicación de la Convención sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de La Haya (ley 23.857, art. 41). En razón de ello, no cabe a este Tribunal ordenar su restitución internacional con base en dicho marco normativo.⁽¹⁴⁾

3.6. Interés superior del niño en el marco de los procesos de restitución de niños

Nuestra Corte ha sostenido que en materia de restitución internacional de menores su interés superior es resguardado, en principio, con el inmediato retorno al lugar donde tenía su residencia habitual, de la cual fue ilícitamente sustraído. Al respecto, ha expresado:

... el procedimiento de restitución inmediata instaurado por el CH 1980 se encuentra inspirado en la regla del interés superior del niño establecida por la Convención sobre los Derechos del Niño —aprobada por la ley 23.849—, dado que en su preámbulo los Estados firmantes declaran estar ‘profundamente convencidos de que el interés del niño es de una importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia’; que no existe contradicción entre dichas fuentes en tanto ambas propenden a la protección del citado interés superior, y que el CH 1980 parte de la presunción de que el bienestar del niño se alcanza volviendo al *statu quo* anterior al acto de desplazamiento o retención ilícitos, preservando el mejor interés de aquél mediante el cese de la vía de hecho.⁽¹⁵⁾

3.7. Requisitos de procedencia de la restitución internacional de menores

La Corte Suprema ha establecido, a través de varios dictámenes de la Procuradora que hizo suyos, que para que proceda una restitución deben configurarse estrictamente los requisitos establecidos por los convenios en la materia. En efecto, ha manifestado que:

... el mecanismo de reintegro opera siempre que el traslado o la retención merezcan la calificación de ilícitos. Dicho carácter ha de determinarse coordinando el alcance de la custodia,

(14) CSJN, “B., S. M. c/ P., V. A. s/ restitución de hijo”, 19/05/2010, consids. 3 y 4.

(15) CSJN, “R., M. A. c/ F., M. B. s/ reintegro de hijo”, 21/12/2010, consid. 9.

atribuida conforme al derecho vigente en el país de residencia habitual del menor, inmediatamente anterior a la ocurrencia del evento (arts. 3 inc. a y 13 inc. a), con la directiva que emana del arto 5 inc. a), según la cual cualquier custodia —para ser tal en el sentido del CH 1980— debe comprender necesariamente, la facultad de decidir sobre el lugar de residencia.⁽¹⁶⁾

3.8. Excepciones a la procedencia de la restitución internacional del niño

3.8.1. Consentimiento

Nuestra Corte tuvo algunas oportunidades para expedirse acerca del alcance de esta excepción. Al respecto, en un caso resolvió que el permiso amplio que había otorgado el padre para que los niños viajaran en compañía de la madre, de ningún modo podía interpretarse como comprensiva de la conformidad para su radicación en la Argentina. La transcripción de su contenido es elocuente: "... autoriza a sus hijos menores (...) a *viajar* (...) desde cualquier país a cualquier país y a regresar en las mismas condiciones...".⁽¹⁷⁾

En otro caso, decidió que:

... tampoco puede considerarse que la autorización conferida por el padre a efectos de que la madre tramitara la nacionalidad argentina del niño M. A. R. implique el consentimiento necesario para permanecer con el menor en la República Argentina más allá del plazo de cinco meses que oportunamente le otorgara para viajar al país, dado que no resulta razonable inferir que el demandante conociese los requisitos exigidos para dicho trámite, ya que el mismo es chileno con ciudadanía norteamericana.⁽¹⁸⁾

3.8.2. Grave riesgo

Ya en el célebre caso "Daniela", nuestra Corte tuvo la oportunidad de definir los límites de esta excepción. Efectivamente, afirmó refiriéndose al art. 13 b) del Convenio de La Haya, que:

(16) Dictamen de la Procuradora. "B., S. M. c/ P., V. A. s/ restitución de hijo", 19/05/2010. En igual sentido, Dictamen de la procuradora, "W., D. c/ S. D. D. W. s/ demanda de restitución de menor", 22/12/2011, punto III.

(17) Dictamen de la Procuradora, "G., E. W. c/ A., V. A. s/ reintegro de hijo", 09/11/2010, punto V.

(18) CSJN, "R., M. A. c/ F., M. B. s/ reintegro de hijo", 21/12/2010, consid. 14.

Ningún término contenido en el precepto es casual. Las palabras escogidas para describir los supuestos de excepción (grave riesgo de exposición a peligro físico o psíquico, o situación intolerable), revelan el carácter riguroso con que se debe ponderar el material fáctico de la causa a efectos de no frustrar la efectividad de la Convención. La causal no apunta solamente a rechazar el regreso ante una situación de peligro externo en el país requirente —en el ‘sub iudice’, inexistente—, sino también a ponderar si la reinstalación en la situación anterior a la retención ilícita coloca al menor en peligro psíquico, lo cual es un grado acentuado de perturbación, muy superior al impacto emocional que normalmente se deriva en un niño ante la ruptura de la convivencia con uno de sus padres. Está claro que la mera invocación genérica del beneficio del niño, o del cambio de ambiente o de idioma, no bastan para configurar la situación excepcional que permitiría negar la restitución...⁽¹⁹⁾

3.8.3. Integración o adaptación al medio

En varios casos, la Corte se ocupó de dejar en claro que cuando “las gestiones encaminadas a la restitución internacional, se emprendieron dentro del plazo previsto en el CH 1980 (1 año) (...) la eventual integración de los niños al nuevo ambiente, carece *per se* de virtualidad para rechazar el pedido de autos”.⁽²⁰⁾

En efecto, la integración conseguida en el nuevo medio no constituye un motivo autónomo de oposición, ni es decisivo para excusar el incumplimiento de CH 1980, aun cuando un nuevo desplazamiento fuere conflictivo. La estabilidad lograda como consecuencia de un traslado ilícito a otro país por parte de cualquiera de los progenitores no es idónea para sustentar una negativa a la restitución. El centro de vida no ha de adquirirse tras un traslado ilícito, de lo contrario, el CH 1980 devendría inaplicable,

(19) CSJN, “Wilner Eduardo Mario c/Osswald María Gabriela”, 14/07/1995, consid. 18. En igual sentido, Dictamen del Procurador, CSJN, “S. A. G. s/ restitución internacional”, 20/12/2005, punto IV; Dictamen de la Procuradora, “G., E. W. c/ A., V. A. s/ reintegro de hijo”, 09/11/2010, puntos III y V; , CSJN, “R., M. A. c/ F., M. B. s/ reintegro de hijo”, 21/12/2010, consid. 15; Dictamen de la Procuradora, “W., D. c/ S. D. D. W. s/ demanda de restitución de menor”, 22/11/2011, punto III.

(20) Dictamen de la Procuradora, “G., E. W. c/ A., V. A. s/ reintegro de hijo”, 09/11/2010, punto IV.

pues el procedimiento "... concluye normalmente con un nuevo desprendimiento, fruto de la sustracción, de los lazos que hubiese tendido en el país requerido...".⁽²¹⁾

3.8.4. Opinión del niño

Por su parte, en relación con la opinión del menor en el proceso de restitución, nuestra Corte ha manifestado que:

... el art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño impone a los Estados la obligación de garantizarle el derecho a ser oído, ya sea 'directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado' (...) El tomar en cuenta la opinión del niño siempre se halla supeditado a que haya alcanzado una edad y un grado de madurez apropiados (art. 13, párr. 2, Convención de La Haya; art. 12.1, Convención sobre los Derechos del Niño).⁽²²⁾

Asimismo, ha indicado que:

... en el marco convencional, la ponderación de la opinión del niño no pasa por la indagación de su voluntad de vivir con uno u otro de los progenitores... En razón de su singular finalidad, el CH 1980 no adhiere a una sumisión irrestricta respecto de los dichos del niño involucrado. Por el contrario, la posibilidad del art. 13 (penúltimo párrafo) solo se abre frente a una voluntad cualificada, que no ha de estar dirigida a la tenencia o a las visitas, sino al reintegro al país de residencia habitual; y, dentro de esta área puntual, no ha de consistir en una mera preferencia o negativa, sino en una verdadera oposición, entendida como un repudio irreductible a regresar.⁽²³⁾

(21) CSJN, "Wilner", cit.; Dictamen de la Procuradora, "G., E. W. c/ A., V. A. s/ reintegro de hijo", cit.; CSJN, "R., M. A. c/ F., M. B. s/ reintegro de hijo", cit.; Dictamen de la Procuradora, "W., D. c/ S. D. D. W. S/ demanda de restitución de menor", cit.; Dictamen de la Procuradora, "G., P. C. c/ H., S. M. s/ reintegro de hijo", 22/08/2012, puntos II y III.

(22) CSJN, "Wilner", cit., consid. 20.

(23) Dictamen de la Procuradora, "G., P. C. c/ H., S. M. s/ reintegro de hijo", 22/08/2012, puntos VI y VII; CSJN, "H. C., A. c/ M. A., J. A. s/ restitución internacional de menor s/ oficio Sra. Subdirectora de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores", 21/02/2013, consid. 15; Dictamen de la Procuradora, CSJN, "F., C. del C. c/ G., R. T. s/ reintegro de hijo", 21/05/2013, punto VIII; CSJN, "S., D. c/ R., L. M. s/ reintegro de hijo y alimentos", 02/07/2013, consid. 11.

3.8.5. *Derechos humanos, orden público*

A su turno, respecto de la excepción de orden público, calificado en la especie como la vulneración de los derechos humanos que podría acarrear el retorno del niño a su centro de vida, nuestro Máximo Tribunal ha afirmado que:

... la tensión entre los principios del orden público interno de un Estado contratante y el sacrificio que es lícito exigir al padre desposeído por las vías de hecho, en aras del interés del niño, se resuelve en el precepto contenido en el art. 20 de la Convención de La Haya, que dice: ‘La restitución del menor conforme a lo dispuesto en el art. 12 podrá denegarse cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales’. El texto está inspirado en el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales —que se hallaba en vigor en un número considerable de Estados miembros de la Conferencia de La Haya al tiempo de la discusión de la Convención en examen— y fue incorporado en la reunión final de octubre de 1980, como solución de compromiso para evitar que la introducción de una cláusula —o de una reserva— por la que el Estado requerido pudiese invocar los principios de su legislación en materia de derecho de familia para oponerse a la restitución, frustrara o vaciara de contenido el sistema instaurado (...) Precisamente, esta resignación a la invocación del orden público interno, que la República acepta al comprometerse internacionalmente, es la medida del sacrificio que el Estado debe hacer para satisfacer la recordada directiva del art. 11 de la Convención sobre los Derechos del Niño y procurar que la vigencia de un tratado de aplicación rápida y eficaz tenga efectos disuasivos sobre las acciones de los padres que cometen sustracciones o retenciones ilícitas en atropello de los derechos del niño y, a la vez, que se convierta en un instrumento idóneo para restablecer en forma inmediata los lazos perturbados por el desplazamiento o la retención ilícitos.⁽²⁴⁾

(24) CSJN, “Wilner”, cit. En similar sentido, del Dictamen de la Procuradora, “B., S. M. c/ P., V. A. s/ restitución de hijo”, 19/05/2010, punto XIV; Dictamen de la Procuradora, “G., E. W. c/ A., V. A. s/ reintegro de hijo”, 09/11/2010, punto VI.

3.9. Interpretación de las excepciones

En múltiples oportunidades, nuestra Corte Suprema destacó el carácter restrictivo que debe orientar la interpretación de las excepciones previstas en las convenciones. En efecto, ha sostenido que:

... el tratado en cuestión establece como principio la inmediata restitución del menor y, por lo tanto, las excepciones a dicha obligación son de carácter taxativo y deben ser interpretadas de manera restrictiva a fin de no desvirtuar la finalidad del Convenio (...) las palabras escogidas para describir los supuestos de excepción revelan el carácter riguroso con que se debe ponderar el material fáctico de la causa a los efectos de no frustrar la efectividad del CH 1980.⁽²⁵⁾

Asimismo, ha señalado que la mera invocación genérica del beneficio del niño o del perjuicio que puede aparejar un cambio de ambiente, no basta para rehusar la restitución.⁽²⁶⁾ En suma, los supuestos de denegación poseen un carácter riguroso y excepcional. Por tanto, han de evaluarse restrictivamente.⁽²⁷⁾

3.10. Autonomía del procedimiento

Numerosas veces, la Corte ha insistido en el alcance autónomo del procedimiento de restitución:

No se trata, en el caso, de la ejecución de una suerte de medida cautelar dictada en un proceso judicial, sino de un procedimiento autónomo respecto del contencioso de fondo, que se instaura a través de las llamadas 'autoridades centrales' de los estados contratantes. Dicho procedimiento se circunscribe al propósito de restablecer la situación anterior, jurídicamente protegida, que le fue turbada, mediante el retorno inmediato del menor desplazado o retenido ilícitamente en otro Estado contratante (...) Por otra parte, no cabe emitir pronunciamiento sobre la jurisdicción internacional para discutir la atribución

(25) CSJN, "R., M. A. c/ F., M. B. s/ reintegro de hijo", 21/12/2010, consid. 12.

(26) Dictamen de la Procuradora, "W., D. c/ S. D. D. W. s/ demanda de restitución de menor", 22/11/2011, punto III.

(27) Dictamen de la Procuradora, "W., D. c/ S. D. D. W.", cit., punto VIII; Dictamen de la Procuradora, "G., P. C. c/ H., S. M. s/ reintegro de hijo", 22/08/2012, punto IV; entre otros.

de la tenencia de la niña, ya que excede la materia debatida. Tampoco se trata de juzgar incidentalmente si el acto judicial extranjero reúne las exigencias de los arts. 517 y 519 del Cód. Procesal. Nada corresponde juzgar al respecto, incluso a los limitados efectos que contempla el art. 17 de la Convención.⁽²⁸⁾

En términos similares, este:

... proceso no tiene por objeto dilucidar la aptitud de los progenitores para ejercer la guarda o tenencia del menor, sino que lo debatido en autos trata de una solución de urgencia y provisoria, sin que lo resuelto constituya un impedimento para que los padres discutan la cuestión inherente a la tenencia del niño por la vía procesal pertinente —órgano competente del lugar de residencia habitual del menor con anterioridad al desplazamiento, art. 16 del CH 1980—, desde que el propio Convenio prevé que su ámbito queda limitado a la decisión de si medió traslado o retención ilícita y ello no se extiende al derecho de fondo.⁽²⁹⁾

Además, ha aclarado que una orden de restitución no constituye impedimento para que, por la vía procesal pertinente, los padres puedan discutir la tenencia de la menor, desde que la propia Convención prevé que su ámbito queda limitado a la decisión de si medió traslado o retención ilegal, y ello no se extiende al derecho de fondo de la guarda o custodia del menor, materia principal que hace a las potestades del órgano con competencia en la esfera internacional.⁽³⁰⁾

3.11. Celeridad del procedimiento

Una de las características principales que debe revestir el procedimiento de restitución es la celeridad. Así lo ha destacado nuestro Tribunal Supremo:

... en atención a que el procedimiento se puso en marcha frente a un acto que la Convención de La Haya califica de ilícito, es fundamental la rapidez que se imprima al trámite, a fin de evitar que el transcurso del tiempo premie al autor de una conducta indebida, consolidando la integración del menor a un nuevo

(28) CSJN, "Wilner", cit., consids. 6, 7 y 8.

(29) CSJN, "R., M. A. c/ F., M. B. s/ reintegro de hijo", 21/12/2010, consid. 16.

(30) CSJN, "S. A. G. s/ restitución internacional", 20/12/2005, consid. 3. En análoga inteligencia, CSJN, "E., S. s/ reintegro de hijo", 11/07/2013, consid. 2 y 3.

medio. En este sentido, el pedido que la autoridad central argentina formuló en la audiencia del 18 de mayo de 1994 y que responde al imperativo contenido en el art. 11 de la citada Convención: ‘Las autoridades judiciales o administrativas de los Estados contratantes actuarán con urgencia en los procedimientos para la restitución de menores’. Especial atención ha de ponerse a esta directiva —máxime dado las características del sistema judicial argentino—, a fin de que el paso del tiempo no desvirtúe el espíritu del tratado puesto que la integración del menor al nuevo medio no constituye un motivo autónomo de oposición, aun cuando el segundo desplazamiento fuese conflictivo.⁽³¹⁾

Sin embargo, la propia Procuradora es consciente de que “en este arduo problema de la sustracción internacional, los principales afectados —que, a no dudarlo, son los niños— difícilmente puedan librarse de padecer preocupación, temor y dolor, sobre todo cuando el proceso se dilata, apartándose de la urgencia impuesta en el art. 11”.⁽³²⁾

3.12. Autoridades Centrales

En su jurisprudencia más reciente, nuestra Corte Suprema ha puesto de relieve el rol que pueden y deben cumplir las Autoridades Centrales.

En varios casos ha hecho especial hincapié en el art. 7 del CH 1980 que establece que las Autoridades Centrales de los Estados requirente y requerido, que cumplen un rol primordial en los procesos de restitución, tienen la obligación de cooperar entre sí y con las autoridades locales competentes para el funcionamiento eficaz del convenio y el retorno seguro de los menores.

El citado art. 7, incs. b y h, también obliga a las Autoridades Centrales a prevenir que el menor sufra mayores daños —facultándolas para adoptar las medidas provisionales que correspondan— y a garantizar la restitución del menor sin peligro.

Asimismo, recurrió a la primera parte de la Guía de Buenas Prácticas del mencionado convenio —elaborada por la Comisión Especial organizada por el Buró Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional

(31) CSJN, “Wilner”, cit., consid. 17.

(32) Dictamen de la Procuradora, CSJN, “F. C. del C. c/ G., R. T. s/ reintegro de hijo”, 21/05/2013, punto VIII.

Privado—, específicamente destinada al funcionamiento de las Autoridades Centrales, que contempla que dicha colaboración no solo debería implicar contar con la asistencia de los agentes locales —fuerzas de seguridad, tribunales y organizaciones sociales—, sino también el aporte mutuo de información acerca de la asistencia jurídica, financiera y social, y de todo mecanismo de protección existente en el Estado requirente, de modo de facilitar el contacto oportuno con estos cuerpos en el caso de resultar apropiado.

La Guía también señala que los Estados Parte reconocen que las Autoridades Centrales tienen una obligación, en virtud del art. 7, inc. h, para asegurar que los organismos de protección a la infancia hayan sido alertados de tal forma que puedan actuar para proteger el bienestar del menor en el momento del retorno en los casos en que su seguridad esté en entredicho, hasta que la competencia del tribunal apropiado haya sido invocada efectivamente. Asimismo, recomienda la implementación de “órdenes de retorno sin peligro del menor” (*safe return orders*), que no es más que establecer procedimientos que permitan obtener, en la jurisdicción a la cual el menor es retornado, todas las medidas provisionales de protección necesarias antes de la restitución.

En virtud de tales reglas, la Corte Suprema dispuso en un caso que:

... a fin de garantizar los derechos a la salud integral y a recibir los cuidados especiales que la condición de la menor T. L. requiere, y de prevenir que sufra mayores daños con el traslado a realizarse, hágase saber a la Autoridad Central argentina que —por medio de los mecanismos adecuados— deberá informar a la Autoridad Central del Estado requirente (República del Perú) acerca de la salud psicofísica, el tratamiento médico y la asistencia educativa que estaba recibiendo la citada niña en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a los efectos de asegurar la continuidad de dichas acciones terapéuticas con la debida asistencia de profesionales de la materia, y con el objeto de evitar un retroceso en el estado actual de la menor.⁽³³⁾

(33) En este caso, las niñas que residían habitualmente en Perú, fueron retenidas ilícitamente en nuestro país. Si bien el Sr. F. R. había aprobado el viaje, —aun cuando no fijó la fecha de regreso— la agencia era temporal y para realizar el trayecto Lima-Buenos Aires-Lima. La estadia en Argentina tenía la limitada finalidad de hacer un control médico de una de las niñas, que padece síndrome de Down y una anomalía anorectal severa y en virtud de ello había viajado con su madre en varias oportunidades a Buenos Aires para seguir un tratamiento médico.

Además, instó a la Autoridad Central argentina para poner en conocimiento de la Autoridad Central del Estado requirente la urgencia con que debe resolverse la cuestión vinculada con el derecho de custodia y de visita de las menores, dadas las particularidades del caso.⁽³⁴⁾

En base a las mismas normas citadas, en otro caso, nuestro Máximo Tribunal dispuso que ambas Autoridades Centrales deben colaborar para garantizar que el padre sustractor que desea volver con el menor sea informado de los servicios de asistencia existentes en el Estado requirente, incluso cuando la restitución no plantea ningún problema de seguridad.⁽³⁵⁾

A su turno, en otra oportunidad decidió que:

... en virtud de la situación penal en la que alega encontrarse la apelante de retornar a los Estados Unidos junto con su hija e hijos menores, corresponde hacer saber a la Autoridad Central argentina que, por medio de los mecanismos adecuados, deberá actuar coordinadamente con su par extranjera en función preventiva —arbitrando los medios informativos, protectorios y de asistencia jurídica, financiera y social que fueren menester—, en orden a que el regreso transcurra del modo más respetuoso a la condición personal de los niños y a la especial vulnerabilidad que deviene de las etapas vitales por las que atraviesan.⁽³⁶⁾

Por su parte, en un caso posterior, la Corte Suprema resolvió que:

... en virtud de lo expresado respecto de la existencia de comportamientos inadecuados por parte de la progenitora que promovió la presente restitución y las consecuencias que éstos podrían traer aparejadas respecto de la salud psicofísica del niño R. M. H., (...) corresponde hacer saber a la Autoridad Central argentina que, por medio de los mecanismos idóneos, deberá: a) actuar coordinadamente con su par española en función preventiva —arbitrando los medios informativos, protectorios y de asistencia jurídica, financiera y social que fueren menester—, en orden a que el regreso transcurra del modo más respetuoso a la condición personal del niño y a la especial vulnerabilidad que

(34) CSJN, "F. R., F. C. c/ L. S., Y. U. s/ reintegro de hijo", 08/11/2011, consids. 7, 8 y 9.

(35) CSJN, "W., D. c/ S. D. D. W. s/ demanda de restitución de menor", 22/11/2011, consid. 3.

(36) CSJN, "G., P. C. c/ H., S. M. s/ reintegro de hijo", 22/08/2012, consid. 5.

deviene de las etapas vitales por las que atraviesa y, b) poner en conocimiento de la Autoridad Central del Estado requirente la urgencia con que debe resolverse la cuestión vinculada con el derecho de custodia y de visita del menor, dadas las particularidades que presenta el caso.⁽³⁷⁾

Finalmente, en otro reciente caso en donde se invocó la existencia de violencia doméstica en el hogar de la niña, la Procuradora expresó:

... aun cuando —repito— las alusiones a supuestas dificultades en el terreno de la violencia doméstica carecen, en estos autos, de idoneidad para configurar una causal de exención, considero que la Autoridad Central argentina debería actuar coordinadamente con su par extranjera en función preventiva, arbitrando los medios informativos, protectorios, de seguimiento y de asistencia jurídica, financiera y social que fueren menester, para que tanto el regreso como el proceso de readaptación en territorio mexicano, transcurran —en lo posible, con la presencia de su padre— del modo más respetuoso a la condición personal de C. E. y a la especial vulnerabilidad que deviene de la etapa vital por la que atraviesa.⁽³⁸⁾

3.13. Juez competente

Respecto de la competencia de los jueces argentinos en los casos de restitución internacional de niños, la Corte indicó que:

... los derechos inherentes a la patria potestad que se pretenden hacer valer se hallan inescindiblemente ligados a la restitución del menor y esta materia es regulada por tratados internacionales, de naturaleza federal. En consecuencia, vale recordar que todos los jueces, de cualquier jerarquía y fuero, pueden y deben aplicar la Constitución y las leyes de la Nación en las causas cuyo conocimiento les corresponda (Fallos: 311:2478; 315:2708; 323:477, 2590 entre otros), sin perjuicio de que las cuestiones federales eventualmente comprendidas, puedan ser objeto de

(37) CSJN, "H. C., A. c/ M. A., J. A. s/ restitución internacional de menor s/ oficio Sra. Subdirectora de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores", 21/02/2013, consids. 20 y 21.

(38) Dictamen de la Procuradora, CSJN, "F. C. del C. c/ G., R. T. s/ reintegro de hijo", 21/05/2013, punto IX.

adecuada tutela por la vía del recurso extraordinario (Fallos: 314:158, entre otros).⁽³⁹⁾

3.14. Ejecución de la sentencia

En recientes sentencias, nuestra Corte Suprema se ocupó especialmente de establecer ciertas pautas para la etapa de ejecución de una orden de restitución.

En tal sentido, exhortó a los padres de los menores a colaborar en la etapa de ejecución de sentencia a los efectos de evitar a los niños una experiencia aún más conflictiva. Igual exhortación dirigió al Tribunal de familia a cargo de la causa, que deberá realizar la restitución de la manera menos lesiva posible para los menores, en el marco del superior interés del niño.⁽⁴⁰⁾

En un especial caso,⁽⁴¹⁾ exhortó a los padres a que “se abstengan de exponer públicamente hechos o circunstancias de las vidas de G. V. y E. L. V. a fin de resguardar el referido derecho a la intimidad de los niños, y a prestar colaboración en los términos de la sentencia apelada”.

A su turno, en otro caso, agregó que los padres deben actuar en la etapa de ejecución de modo tal de “sostener a sus hijos con el mayor de los

(39) CSJN, “Sosa, Julio Sebastián c/ Luchín, Natalia J.; Luchín, Miguel Ángel y Mirta Sudwinski s/ reclamo de guarda, custodia y restitución del niño J. M. S.”, 12/09/2012, voto del Dr. Antonio Boggiano.

(40) CSJN, “B., S. M. c/ P., V. A. s/ restitución de hijo”, 19/05/2010, consid. 7; CSJN, “R., M. A. c/ F., M. B. s/ reintegro de hijo”, 21/12/2010, consid. 18; CSJN, “C., L. C. c/ L., M. E. s/exequátur”, 12/07/2011; CSJN, “F. R., F. c/ C/ L. S., Y. U. s/ reintegro de hijo”, 08/11/2011, consid. 10; CSJN, “W., D. c/ S. D. D. W. s/ demanda de restitución de menor”, 22/11/2011, consid. 2; CSJN, “W., D. c/ S. D. D. W. S/ demanda de restitución de menor”, 22/11/2011, consid. 4; CSJN, “H. C., A. c/ M. A., J. A. s/ restitución internacional de menor s/ oficio Sra. Subdirectora de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores”, 21/02/2013, consid. 22.

(41) CSJN, “V., D. L. s/ restitución de menores-ejecución de sentencia”, 16/08/2011, consid. 10. En este caso, la progenitora y su pareja habían expuesto públicamente el conflicto parental en diferentes redes sociales de internet, publicando toda clase de fotografías, notas y opiniones en las que se ven involucrados los menores en cuestión. En efecto, una búsqueda superficial en Internet revela una cantidad importante de notas periodísticas dedicadas al caso, con tratamiento dispar y opiniones de diversa naturaleza. Por ello, la Corte Suprema reivindicó el derecho a la intimidad y a la vida privada de los niños, contemplado en términos generales en el art. 19 de la CN y en términos inequívocos en los arts. 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño y 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en términos amplios, en los arts. 5 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

equilibrios, evitando su exposición pública o psicológica, dando pronto cumplimiento a la restitución con una actitud ponderada de acompañamiento, y asegurando la asiduidad de contacto entre todos los integrantes de la familia".⁽⁴²⁾

3.15. Obligaciones y responsabilidad internacional de la República Argentina

En varias ocasiones, la Corte Suprema destacó la importancia de las obligaciones asumidas por la República Argentina, cuyo incumplimiento genera responsabilidad internacional.

Ya en el caso "Daniela" destacó que:

... le corresponde a esta Corte, como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno Federal, aplicar —en la medida de su jurisdicción— los tratados internacionales a que el país está vinculado (Ver causa G. 342 XXVI "Giroldi, Horacio D. y otro s/ recurso de casación causa N° 32/93", fallada el 7 de abril de 1995) a fin de evitar que la responsabilidad internacional de la República quede comprometida por su incumplimiento, y en la convicción de que el ejercicio de la misión de los magistrados de decir el derecho vigente aplicable a los supuestos fácticos alegados, es la contribución propia del Poder Judicial a la realización del interés superior de la comunidad.⁽⁴³⁾

Con posterioridad, la Procuradora indicó al respecto que:

Los Estados partes han adquirido el compromiso de combatir la sustracción de menores y, salvo circunstancias rigurosamente particulares, no deberían abdicar de esa responsabilidad —contraída ante la comunidad mundial—, al abrigo de hechos consumados, generados irregularmente por uno de los progenitores de le contrario, el CH 1980 caería en letra muerta (...) Ello no implica priorizar las obligaciones de la República por sobre los derechos del infante. Antes bien, los Estados signatarios han calibrado la incidencia del mejor interés del niño en el ámbito propio del CH 1980, y se han decantado por el procedimiento de restitución como una herramienta del todo coherente con

(42) CSJN, "G., P. C. c/ H., S. M. s/ reintegro de hijo", 22/08/2012, consid. 6.

(43) CSJN, "Wilner", cit.

la defensa de ese interés, en la emergencia de una sustracción internacional. Es que el CH 1980 tiene como premisa que el bienestar de aquél se alcanza volviendo al estado de cosas anterior al acto de turbación, de manera que preserve su mejor interés —proclamado como *prius* jurídico por el art. 3.1 CDN—, mediante el cese de la vía de hecho. La víctima del fraude debe ser entonces y ante todo, restablecida en su situación anterior, salvo —repito— las circunstancias eximentes reguladas explícitamente en el instrumento convencional.⁽⁴⁴⁾

4. Panorama de la jurisprudencia de los tribunales inferiores

4.1. Incidencia de los lineamientos de la CSJN como pauta de interpretación

La jurisprudencia argentina ha ido evolucionando positivamente, en líneas generales, desde los primeros casos de pedidos de restituciones internacionales de niños hasta nuestros días. Para ello, ha contribuido en mucho nuestra Corte Suprema. En efecto, numerosas sentencias de instancias inferiores se basan, para decidir casos de restitución internacional de menores, en los mencionados lineamientos de nuestro máximo tribunal.

Podemos distinguir dos grandes etapas. El antes y el después lo marca el caso “Daniela” (“W. E. M. c/ O. M. G.”), el primer pronunciamiento de nuestra Corte en un caso de retención ilícita de una niña en nuestro país cuya residencia habitual se encontraba en Canadá. Entre los casos anteriores al mencionado fallo, encontramos algunos en los cuales los jueces tenían que, en ocasiones, recurrir a otras normas, por fuera de las disposiciones convencionales de La Haya y de la CIDIP IV, por no encontrarse en vigor.

De la primera etapa, destaca el caso en el que la actora expresó que su hija —extramatrimonial— fue sacada del país por el demandado en forma subrepticia mientras estaban ambos domiciliados en esta ciudad. Y, en consecuencia, reclamó el reintegro de la menor. A fin de establecer la jurisdicción internacional resulta aplicable en el caso el Tratado de Montevideo de 1939/40. El art. 56 de ese cuerpo legal dispone que las acciones personales deben entablarse ante los jueces del lugar a cuya ley está sujeto el acto

(44) Dictamen de la Procuradora, “G., P. C. c/ H., S. M. s/ reintegro de hijo”, 22/08/2012, puntos IX y X; Dictamen de la Procuradora, CSJN, “F., C. del C. c/ G., R. T. s/ reintegro de hijo”, 21/05/2013, punto IX.

jurídico materia del juicio y que pueden entablarse, igualmente, ante los jueces del domicilio del demandado. En el supuesto en estudio, la ley aplicable es la del domicilio de quien ejerce la patria potestad (art. 18). Empero, en el estado de las actuaciones —ni siquiera se corrió traslado de la demanda— esa circunstancia no puede ser determinada por cuanto ambos progenitores reconocieron a la menor en el mismo acto. En tales condiciones, a criterio de la Sala, la jurisdicción debe determinarse a la luz de lo dispuesto por el art. 43 del Tratado ya citado. En efecto, según los dichos de la actora el demandado se habría llevado a la menor subrepticamente al extranjero, por lo que habría cometido un delito civil al privar a la madre de toda relación con la hija. Asimismo, como —siempre según el relato de la accionante— dicho delito se habría perpetrado en la Capital Federal, cabe concluir que en virtud de lo preceptuado por el inc. 4 del art. 5 del Código Procesal, en la causa deben entender los tribunales de esta jurisdicción. Por otra parte, si se prescindiera de los aspectos señalados, de todos modos, se llegaría a la misma conclusión por cuanto habría que aplicar analógicamente lo dispuesto por el art. 59 del Tratado en cuestión y la última convivencia efectiva de las partes habría sido en esta ciudad, según lo expuesto por la actora. A mayor abundamiento, la Cámara sostiene que, en lo que se refiere a la protección de la relación paterno-filial, corresponde adoptar un criterio generoso en materia de jurisdicción aplicable. De ese modo se defiende mejor el derecho de los menores a no perder su vinculación con ambos progenitores.⁽⁴⁵⁾

Y otro en el que el Tribunal sostuvo que la carencia de previsión expresa en nuestra ley positiva (por entonces) respecto de las medidas a adoptar para la restitución de menores en el ámbito internacional, permite utilizar como pauta orientadora las prescripciones del Convenio que sobre la materia se suscribiera con la República Oriental del Uruguay en la ciudad de Montevideo el 31 de julio de 1981, aprobado por ley 22.546, por plasmar normativamente los fundamentos que nutren este delicado tema de minoridad. El agravio vertido en el sentido que, a través de este proceso cautelar, se ha dado *exequatur* a una sentencia extranjera no puede prosperar a poco que se repare en el contenido de la petición efectuada y el alcance de la decisión recurrida. La sentencia chilena que en ningún momento dispone la restitución de la menor, fue utilizada por el *a quo* como un documento extranjero emanado de autoridad pública el que tiene efectos probatorios en nuestro territorio en tanto —como en

(45) CNAC. AP.EL. CIV., Sala E, "R., S. L. y otro c/ B. R., C." 07/04/1983, publicado en LL 1983-D, 260.

la especie— esté debidamente legalizado. Este proceso no consistió en una vía errada para otorgar la tenencia provisoria de la niña a la madre, sino en restituir a la misma a su *status quo* anterior, con la celeridad que este tipo de medidas requiere. En el ámbito internacional, procede la restitución de menores no solo cuando los mismos hayan sido **secuestrados** de su país de residencia habitual, sino también en los casos en que se encuentren indebidamente en otro estado. Se entiende que su presencia es indebida cuando —como en la especie— su permanencia se produce en violación a los derechos de quienes ejercen la patria potestad. Es decir que no obstante que P. H. pudo haber consentido la salida de su hija del territorio chileno, la no restitución de la misma, pese a su actividad tendiente a lograrla, torna su presencia en nuestro país indebida, sin perjuicio de que su estadía pueda ser legal. La medida cautelar decretada encuentra su mayor fundamento en el hecho de que la menor tiene su centro de vida en la República de Chile; ello surge de la referida sentencia y demás documentación agregada que no mereciera impugnación posterior. En efecto, resulta inconveniente para el pleno desarrollo de la personalidad de la niña K. el desarraigo que implica ser sacada de su residencia habitual, y de su medio social, alejándola del espacio donde ha comenzado su vida de relación. Por ende, el tribunal ordenó la inmediata restitución de la menor.⁽⁴⁶⁾

El primer caso fallado a posteriori del caso “Daniela” por instancias inferiores fue “S. Z. A. A. c/ A., D. D. s/ exhorto”,⁽⁴⁷⁾ de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, del 14/09/1995. Tal como destaca el Dictamen del Asesor de Menores de Cámara:

La circunstancia de haberse sometido a consideración de la Excm. Corte Suprema de Justicia de la Nación, recientemente, la resolución de un caso vinculado a la aplicación de la Convención de La Haya (ley 23.857) nos permite contar con criterios de interpretación de dicha norma (ver W. E. M. c/ O. M. G. rec. de hecho W 12 XXXI del 14 de junio de este año). Criterios válidos por la autoridad del intérprete y por la consistencia intrínseca de las consideraciones vertidas.

(46) CNAC. APEL. CIV., Sala B, “P. H., M. C. c/ N. L., E. A.” 26/09/1989, publicado en LL 1991-A, 325, con nota de A. M. Perugini y R. A. Ramayo.

(47) Publicado en LL 1996-E, 165 y en ED 165, 499, con nota de O. O. Álvarez y de R. Wetzler Malbrán.

En dicho caso, el tribunal recurrió a una de las excepciones previstas en el Convenio de La Haya para denegar la restitución del menor. Entendió que habida cuenta que en la jerarquía de valores que sustenta la Convención, así como en la que consagra los Derechos del Niño, ocupa el primer lugar el interés superior de este (declaración del preámbulo del texto de La Haya y art. 3.1, Convención adoptada por las Naciones Unidas en Nueva York), corresponde interpretar que pese al criterio restrictivo con el que cabe considerar si se encuentran configuradas las causales de excepción que autorizan a rehusar la solicitud de restitución, se debe otorgar preeminencia a la protección contra un grave riesgo de vida, que en el caso aparece verosímil, habida cuenta la conocida decisión con la que el fanatismo fundamentalista musulmán persigue sus fines, sin detenerse ante atentados de todo tipo.

El tribunal remarcó que es preciso que se entienda que no se trata de resolver las cuestiones articuladas con falso nacionalismo, de modo de favorecer la actitud del connacional que trasladó o retuvo al menor pese a la ilicitud de tal conducta. La madre no deberá ver en lo que se resuelve un premio a su comportamiento ilegítimo. En consecuencia, el tribunal resolvió revocar el pronunciamiento de primera instancia y no hacer lugar a la restitución solicitada.⁽⁴⁸⁾

Con posterioridad a estos primeros casos, podemos observar una clara tendencia hacia ordenar restituciones de menores retenidos en nuestro país, cuando se cumplen los requisitos de procedencia y respetando la interpretación restrictiva de las excepciones. La mayoría de estas sentencias, explícita o implícitamente, citan jurisprudencia de la Corte Suprema, en particular, los párrafos más emblemáticos del mencionado caso "Daniela".

Entre tales fallos, podemos citar: CNac. Apel. Civ., Sala D, 16/07/1999, "P. N., S.E. c/O., P.A. s/reintegro de hijo";⁽⁴⁹⁾ TSCórdoba, Sala Civil y Comercial,

(48) Recordemos que, en este caso, el pedido de restitución concernía a un menor nacido en Kuwait en la época de la invasión de Irak, hijo de padre palestino, de religión musulmana y de madre argentina, de religión cristiana, casados en Londres, donde tenían su residencia. El padre, activista contra el movimiento árabe e islámico, se encontraba condenado a muerte por un grupo de fundamentalistas. Ante estas circunstancias, la madre decide trasladarse con el menor a la Argentina. El padre inició un pedido para su restitución. La Cámara denegó dicha solicitud pues entendió que cumplir con la rogatoria implicaba poner en riesgo de vida al niño dada la militancia y condena del padre.

(49) Véase ED 185-35.

23/07/2003, "G., S. A.";⁽⁵⁰⁾ CNac. Apel. Civ., Sala H, 18/11/2003, "M. V., M. L c/ C., C. A. S. s/ medidas precautorias";⁽⁵¹⁾ SCJ Buenos Aires, 20/08/2004, "S., L. I. c/ A., E. A. s/ restitución de menor";⁽⁵²⁾ SCJ Buenos Aires, 19/05/2004, "R. M., S. c/ A. B., W. s/exhorto";⁽⁵³⁾ CNac. Apel. Civ., Sala I, 29/12/2004, "E. de D., N. R. c/ D., M. G. s/ reintegro de hijo";⁽⁵⁴⁾ CNac. Apel. Civ., Sala L, 29/12/2005, "P. B., M. L. c/ B., G. H. s/ reintegro de hijo";⁽⁵⁵⁾ CApel. Civ. y Com. de Azul, Sala II, 13/09/2006, "R., H. S. s/ restitución de Menor";⁽⁵⁶⁾ CNac. Apel. Civ., Sala H, 25/04/2007, "B. c/ B.";⁽⁵⁷⁾ SCJ Buenos Aires, 02/09/2009, "C., C. c/ L., M. E.";⁽⁵⁸⁾ Trib. Colleg. Flia N° 3 Rosario, 23/02/2009, "G. M. M. c/ M., M. O. s/restitución urgente de menores";⁽⁵⁹⁾ CNac. Apel. Civ., Sala E, 27/05/10, "R., M. A. c/ F., M. B. s/ reintegro de hijo";⁽⁶⁰⁾ CNac. Apel. Civ., Sala G, 27/12/2012, "T. V. L. c/ H.S.M. s/ reintegro de Hijo".⁽⁶¹⁾

Sin embargo, nuestra jurisprudencia cuenta aún con casos en los cuales nuestros jueces realizaron una errada o al menos cuestionable interpretación de las normas convencionales vigentes, apartándose de los estándares propuestos por la Corte Suprema. En general, observamos que tales fallos tienden a denegar los pedidos de restitución.

(50) Véase *LLC* 2004 (marzo), 146, en *LL* 2004-D, 760 y en *LLC* 2004 (noviembre), 1028, con nota de J. E. Brizzio, y en *DJ* 2004-1, 1070. Está sentencia fue confirmada por la CSJN.

(51) Véase *ED* 206, 215.

(52) Véase [en línea] www.scba.gov.ar/

(53) Véase [en línea] www.scba.gov.ar/

(54) Véase [en línea] <http://fallos.diprargentina.com/2007/05/e-de-d-n-r-c-d-m-g-s-reintegro-de-hijo.html>

(55) Véase [en línea] <http://fallos.diprargentina.com/2011/08/p-b-m-l-c-b-g-h-s-reintegro-de-hijo.html>

(56) Véase *elDial.com* AA3803, 29/09/2006.

(57) Véase [en línea] <http://fallos.diprargentina.com/2010/05/b-c-b.html>

(58) Véase en *LLBA* 2009 (diciembre), 1202. Esta sentencia fue confirmada por la CSJN.

(59) Véase [en línea] *LLLitoral* 2009 (junio), 585; *DJ* 18/11/2009, 3253, con nota de M. M. Culaciatí.

(60) Véase [en línea] <http://fallos.diprargentina.com/2011/03/r-m-c-f-m-b-s-reintegro-de-hijo-2.html>. La sentencia fue confirmada por la CSJN.

(61) Véase *elDial.com* AA7D6A, 27/03/2013.

Podemos mencionar, entre otros: CApel. Civ. y Com. San Isidro, Sala I, 31/08/2000, M., V. c/ G. B., M. s/ restitución de menor;⁽⁶²⁾ SCJ Buenos Aires, 09/02/2005, "B. d. S., D. c/ T., E.";⁽⁶³⁾ CNac. Apel. Civ., Sala E, 07/12/2005, "B. S., M. A. c/ B. S., A. A.";⁽⁶⁴⁾ CApel. Civ., Com. y Cont. Adm. 2ª Nom. Río Cuarto, 15/12/2005, "W., D. c/ S. D. D. W. S/ demanda de restitución de menor"⁽⁶⁵⁾ (confirmado por el TSJ de la Provincia de Córdoba, revocado por la CSJN); CApel. Civ. Mendoza, Sala II, 11/06/2008, "G., P. V. por los menores E. C. L. N. y otro s/ medida cautelar";⁽⁶⁶⁾ SCJ Buenos Aires, 04/02/2009, "B., S. M. c/ P., V. A. s/ restitución de menores"⁽⁶⁷⁾ (revocado por la CSJN); CNac. Apel. Civ., Sala L, 14/04/2010, "F. R., F. C. c/ L. S., Y. U. s/ reintegro de hijo"⁽⁶⁸⁾ (revocado por la CSJN); SCJ Buenos Aires, 30/03/2010, "A. G. D. c/ B., Z. M. s/ medidas precautorias";⁽⁶⁹⁾ CNac. Apel. Civ., Sala H, 06/10/2010, "E. G., V. C. c/ A. N., A. L. s/ reintegro de hijo".⁽⁷⁰⁾

Destacan, entre estos fallos, tres que fueron revocados por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En el primero de ellos,⁽⁷¹⁾ confirmado por el TSJ de la Provincia de Córdoba, revocado por la CSJN, los hechos del caso eran los siguientes: en

(62) Véase ED 191, 115, con nota de I. M. Weinberg de Roca, y en JA 2001-IV, 666, con nota de E. R. Hooft.

(63) Véase LLBA 2006 (febrero), 36, con nota de W. Tejerina; LLBA2005 (abril), 283.

(64) Véase ED 216, 47, con nota de C. Foizel.

(65) Véase [en línea] <http://www.justiciacordoba.gob.ar/justiciacordoba/>

(66) Véase ED 27/02/09, con nota de F. M. Quaini.

(67) Véase [en línea] www.scba.gov.ar y en *elDial.com* AA5873. Puede verse un análisis del caso en SCOTTI, LUCIANA, "Restitución internacional de menores: principio general y excepciones a la luz de un fallo de nuestros tribunales. Análisis del fallo 'B., S. M. c/ P., V.A.', SC Buenos Aires, 4 de febrero de 2009", en Grosman, Cecilia (dir.), *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia*, N° 2009-III (septiembre/octubre), Bs. As., Abeledo-Perrot. 2009, pp. 40/56. La sentencia fue revocada por la CSJN.

(68) Véase [en línea] <http://fallos.diprargentina.com/2011/09/f-r-f-c-c-l-s-y-u-s-reintegro-de-hijo.html>. La sentencia fue revocada por la CSJN.

(69) Véase *ElDial.com* AA5DDD y en JA 09/06/10.

(70) Véase *El Dial* 01/12/10, *Suplemento de práctica profesional*, con notas de H. E. Vallet y M. G. Gadea.

(71) CAPEL. CIV., COM. Y CONT. ADM. 2ª NOM., RÍO CUARTO, CÓRDOBA, "W., D. c/ S. D. D. W. s/ demanda de restitución de menor", 15/12/2005. Véase [en línea] <http://www.justiciacordoba.gob.ar/justiciacordoba/>

diciembre de 2000 el menor E. J. M. viaja, en compañía de sus padres, el matrimonio integrado por E. J. M. y Es. El. R., a la República Federal de Alemania con la aparente intención de instalarse y permanecer en aquel país. Luego, en el mes de abril de 2003, se produce la separación de los cónyuges con el retiro de la esposa del hogar conyugal y posterior inicio de gestiones extrajudiciales tendientes a solucionar las cuestiones familiares, entre ellas la referente a los hijos del matrimonio (también se encontraba con ellos el menor L. H. M., quien no está alcanzado por el reclamo de restitución). Luego de producida la separación, los menores permanecen en el domicilio conyugal junto con su padre hasta el mes de junio de 2003 en que E. regresa con su padre a la Argentina. En septiembre de ese mismo año se produce el reclamo que da inicio al pedido de restitución. Al momento de la sentencia, el menor residía, junto con su padre y hermano, en Río Cuarto, donde también viven sus tres hermanas mujeres, mayores y con vidas independientes. Frente a esta situación la señora R. formuló reclamo en los términos del Convenio de La Haya. La sentencia de primera y segunda instancia, confirmadas por el Tribunal Superior de Córdoba rechazaron el pedido de restitución.

En primer lugar, los tribunales intervinientes advirtieron que no cualquier traslado de un niño por parte de uno de sus padres de un país a otro generará necesariamente y de manera casi automática la puesta en funcionamiento de este mecanismo “pensado para remediar, con prontitud y eficacia, casos aberrantes en que un menor ha sido literalmente ‘arrancado’ de los brazos de uno o ambos padres o de la institución o persona que lo tenía bajo su cuidado y protección”.

Para los sentenciantes, no se configuraban estos extremos en el caso bajo análisis. A su criterio, en cambio se trata de un matrimonio celebrado en el país, integrado por argentinos, con hijos aquí nacidos, que luego se traslada a Alemania en busca de mejores horizontes. Fracasado ese proyecto de vida en común, el esposo con su hijo menor E. regresa al lugar de origen, donde se reinstala, sumándose luego —julio de 2003— el otro hijo varón L. y haciéndolo en proximidad de las tres hijas mujeres del matrimonio que, también residentes aquí, tienen sus vidas independientes pero con contacto asiduo con su padre y hermanos, siendo del caso que el hijo L., quien había quedado con la madre, regresa al país en un servicio contratado por ella. Por su parte, la Sra. R. si bien vive en Alemania, reconoce estar

desempleada desde mayo de 2003, que no maneja el idioma alemán, lo que le ha impedido, en su momento, conocer sobre la situación escolar de su hijo en aquel país y que su autorización de residencia en Alemania expira en el mes de abril de 2005. Asimismo, destacan que “la vida de E. en la Ciudad de Río Cuarto se muestra con visos de suficiente normalidad y previsibilidad, circunstancias que en absoluto pueden ser desatendidas al momento de decidir, dado el distinto país de residencia de cada uno de sus padres, con cuál de ellos habrá de estar y, consecuentemente, el lugar donde habrá de vivir”.

En la segunda instancia, el tribunal se pregunta textualmente “¿Qué futuro propone la madre para este niño, radicándolo en un país extranjero, cuyo idioma ninguno de ellos conoce, en el que se encuentra sin trabajo y, hasta según surge del expediente, con su autorización para permanecer allí caducada?”.

En suma, concluye que no ha existido sustracción de menor sino que este se ha trasladado, junto con su padre —quien ejercía desde la separación, por determinación de la madre, la tenencia del niño— a su país de origen frente al descalabro familiar y, es de suponer, inconveniencia de continuar en aquel lejano y extraño país, con un niño de muy corta edad.

Sin embargo, la CSJN revocó la sentencia con fecha 22/11/2011, haciendo suyos los argumentos de la Procuradora fiscal. En primer término, descartó de plano la ilicitud en el traslado, pues el niño M. fue traído al país por ambos progenitores. Sin embargo, respecto de la retención, manifestó que en el caso solo se ha bosquejado un panorama ambiguo, sin demostrarse cabalmente que la Argentina constituyera el destino que de consuno fijaron las partes para vivir en forma permanente, con la modificación de la residencia habitual que podría derivar de la mudanza.

Por otro lado, observó que la Sra. D. no ha invocado siquiera —y, por ende, no ha probado— hallarse inhabilitada para reingresar a Alemania, ni ha demostrado la imposibilidad de vivir con su hijo de esa nacionalidad, en ese país que los albergó antaño por elección propia, y donde la interesada habría desarrollado actividades académicas y laborales y recibido auxilio financiero estatal.

Por otra parte, en cuanto al factor económico (más allá del peso discutible que esa variable puede tener) en este caso ni siquiera se intentó acreditar la concurrencia de la falta sustancial de recursos alegada, como

así que éstos sean inasequibles, con probabilidad cierta de sumir a M. en situaciones extremas.

Finalmente, la Corte sostuvo, con buen criterio, que “el problema de las aptitudes del Sr. W. para desempeñar el rol paterno resultan extrañas al procedimiento para la restitución y deberán ventilarse en el litigio de tenencia que se entable ante los jueces alemanes, ante quienes la Sra. D. —que no está obligada a reingresar al domicilio de su cónyuge— podrá solicitar las medidas cautelares que estime corresponder”.

Con posterioridad, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires resolvió un caso⁽⁷²⁾ rechazando el pedido de restitución de los menores J. A., T. A. y N. A. B., todos de nacionalidad argentina, residentes hasta enero de 2002 en nuestro país. A partir de esa fecha, sus progenitores B., S. M. y P., V. A. deciden trasladar su residencia habitual a la ciudad de Rubí, Provincia de Barcelona, España.

El día 13 de abril del año 2005, los todavía cónyuges B. P. firmaron un convenio (en los términos del art. 90 del CC español) que tiene por finalidad regular las consecuencias de la separación personal o divorcio vincular (arts. 81 y 86, CC español). Dicho convenio fue aprobado por un fallo emitido el 14 de diciembre de 2005 por la Jueza titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción N° 5 de la ciudad de Rubí. En el Capítulo I, art. 2°, del Convenio, los esposos denuncian su residencia dentro de dicha ciudad y en su segundo párrafo, expresan: “Cualquier cambio de residencia posterior deberá ser notificado al otro cónyuge, a fin de tener conocimiento del lugar en el que se encuentran los menores en todo momento”. En el capítulo II del acuerdo, párrafo quinto, convienen que “Los hijos del matrimonio, J., T. y N., de 11, 8 y 5 años de edad, permanecerán bajo la guardia y custodia de la madre”. Y en el párrafo siguiente: “Es voluntad de ambos cónyuges seguir ejerciendo conjuntamente la patria potestad sobre los hijos, y a este fin se comprometen a tomar de común acuerdo cuantas decisiones importantes puedan afectarles”.

Así, en el año 2005, durante el período de vacaciones, la madre los traslada a la Argentina, con expresa autorización del padre “... al solo efecto de viajar a la Argentina por el periodo de vacaciones...”. Sin embargo, los retiene más allá del plazo pactado y decide no volver a España con los menores.

(72) SCJ Buenos Aires, “B., S. M. c/ P., V. A. s/ restitución de menores” 04/02/2009. Véase [en línea], www.scba.gov.ar y en elDial.com AA5873. También un análisis del caso en SCOTTI, LUCIANA, “Restitución internacional de menores...”, *op. cit.*

El padre solicita la restitución de los menores al lugar de su residencia habitual, es decir, España, considerando que si bien el traslado a la Argentina, fue lícito, pues la madre contaba con la autorización del padre de los niños para compartir las vacaciones en nuestro país, la ilicitud se configuró con la retención, pues los niños debían volver a España el día 25 de agosto de 2005.

El Tribunal de Familia N° 3 del Departamento Judicial de Morón por mayoría ordenó, en el marco del Convenio de La Haya, la inmediata restitución de J. A., T. A. y N. A. B., a su progenitor S. M. B., radicado en España.

Contra este pronunciamiento interponen recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley, la accionada y el Representante del Ministerio Pupilar.

El 4 de febrero de 2009, la Suprema Corte de Buenos Aires, se pronunció en el caso. El Dr. Negri, ministro preopinante, con quienes coinciden en términos generales los jueces que conforman la mayoría, entiende que, liminarmente, es necesario clarificar el concepto de "traslado o retención ilícita" que según su art. 3 de la Convención de La Haya se configuran:

- a) cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y
- b) cuando este derecho se ejercía en forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.

En el caso, queda evidenciado, según el magistrado, que:

- 1) la progenitora es titular de la custodia de los citados menores; 2) dicha calidad es ejercida conforme a derecho por cuanto, siguiendo la previsión legal contenida en el inc. "a" del art. 3, es conferida por el órgano jurisdiccional competente en el estado en que los menores tenían su residencia habitual con anterioridad a efectivizarse el traslado en litigio (ciudad de Rubí, provincia de Barcelona, España); 3) el cambio de residencia de los menores, quienes fueron llevados por la madre para permanecer con ella en nuestro país importó el ejercicio de una prerrogativa propia de quien goza de la guarda jurídica de los menores.

En consecuencia, "... la guarda reconocida a la madre de la menor impide calificar al traslado objeto de autos como ilegítimo, en los términos del citado instrumento internacional...".

Por otro lado, el Dr. Negri considera que los menores J. A., T. A. y N. A. B., se manifestaron en diversas oportunidades durante el proceso y que la sentencia del Tribunal *a quo* omitió hacer mérito de los dichos de los niños que poseen un grado de madurez suficiente.

Por ende, para el voto mayoritario corresponde revocar la sentencia apelada y disponer la permanencia de los menores con su progenitora en su lugar de residencia en nuestro país.⁽⁷³⁾

La CSJN, por sentencia del 19 de mayo de 2010, hace suyo el dictamen de la Procuradora Fiscal, declara procedente el recurso y revoca la sentencia recurrida.⁽⁷⁴⁾

(73) El Dr. Genoud votó en disidencia partiendo para ello de la propia finalidad de la Convención (art. 1). Entiende, siguiendo prestigiosa doctrina, que se configura una retención ilícita puesto que la residencia habitual de los menores permanecía en España, dado que "... ese centro de vida no puede adquirirse tras un traslado ilícito, sea por parte del padre que lo efectúa o cuando es el mismo padre junto al menor el que es trasladado ilícitamente de un país a otro".

Por otra parte, la madre no podía modificar el lugar de residencia de los niños por sí sola, ya que en el derecho español los progenitores pueden convenir un ejercicio compartido de la patria potestad, repartir las funciones o bien acordar un ejercicio unilateral, y en este caso los cónyuges optaron por la primera alternativa.

Por ende, el ejercicio conjunto de la patria potestad pactado, implica que la señora P. no podía revocar unilateralmente el permiso para vacaciones concedido por el padre en un cambio definitivo de residencia que excluye y prohíbe, tanto a sus hijos como al progenitor, mantener un contacto fluido.

Desde otro ángulo de la cuestión, el magistrado en disidencia afirma que en ningún momento se les ha negado a los niños el derecho a ser oídos. Por el contrario, lo han ejercido en tres oportunidades: ante el tribunal en pleno, ante el propio Asesor y ante la psicóloga del tribunal.

Finalmente, en torno a la excepción del art. 13 inc. b, del Convenio que permite al Estado requerido no ordenar la restitución, el Dr. Genoud entiende que ello no ha sido probado y que tratándose de una excepción, tal como ha manifestado en numerosas oportunidades la doctrina y la jurisprudencia, debe ser interpretada restrictivamente.

En suma, es contundente el magistrado toda vez que, para declarar procedente la restitución, confirmando la sentencia del Tribunal *a quo*, afirma: "Estoy convencido que el interés superior de estos niños es crecer en un espacio en donde se respeten sus derechos siempre y no a conveniencia de los adultos. Sería una falacia argumentar que la madre resguarda estos derechos cuando fue la primera que los violó y cuando durante todo el proceso demostró una conducta inadecuada y obstaculizadora en la relación de los niños con el padre".

(74) Véase SCOTTI, LUCIANA, "Un destacable pronunciamiento de la Corte Suprema en materia de restitución internacional de menores. El caso 'B., S. M. c/ P., V. A.'", en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, año 2, n° 7, Bs. As., La Ley, 2010, pp. 75/99.

La Procuradora, Dra. Marta Beiró, esgrime en detalle los argumentos que la conducen a recomendar la revocación de la sentencia.

En primer lugar, analiza el alcance del **derecho de custodia**, concluyendo que debe interpretarse coordinando lo dispuesto por el derecho vigente en el país de residencia habitual del menor, inmediatamente anterior a la ocurrencia del evento (en el caso, el derecho español) con la directiva del art. 5, inc. a). En consecuencia, entiende que el título invocado por la Sra. P carecía de validez inicial, toda vez que no estaba habilitada —en ninguna de las vertientes previstas por el art. 3 *in fine*— para fijar la residencia de los hijos fuera del territorio español sin la anuencia del otro progenitor, que, por otra parte, tampoco consintió posteriormente la modificación de residencia de los menores.

En segundo lugar, en relación con las excepciones invocadas que obstaculizarían la restitución, la Procuradora considera que atento a la interpretación restrictiva que merecen y teniendo en cuenta la jurisprudencia de la Corte Suprema al respecto, ninguna de ellas se encuentra configurada en el presente asunto.

Finalmente, tenemos el caso “F. R., F. C. c/ L. S., Y. U. s/ reintegro de hijo”.⁽⁷⁵⁾ Aquí, la ilicitud del traslado de las menores a nuestro país no aparece manifiesto ya que, tal como lo reconoce el propio accionante, fue él quien en todas las ocasiones autorizó el viaje de las niñas. Incluso el último, llevado a cabo con fecha 10/08/07, con sostén en las constancias que obran agregadas al expediente.

No existe en Perú, donde las menores deberían ser restituidas, una norma que contemple un plazo máximo para el otorgamiento de esas autorizaciones de viajes.

El segundo párrafo del art. 12 de la Convención tiende a amparar situaciones en las que el transcurso del tiempo pudo importar una adaptación de los niños a su nuevo medio y a las nuevas condiciones de vida y, en tal caso, se debe privilegiar su superior interés. Se da entonces preeminencia a la estabilidad psíquica y emotiva.

Según la Cámara, es importante tener en cuenta que T. L. y B. N. nacieron el 04/07/2001 y 22/07/2003 respectivamente. Con motivo de los

(75) CNAC. APEL. CIV., Sala L, “F. R., F. C. c/ L. S., Y. U. s/ reintegro de hijo”, 14/04/2010. Véase [en línea], <http://fallos.diprargentina.com/2011/09/f-r-f-c-c-l-s-y-u-s-reintegro-de-hijo.html>. La sentencia fue revocada por la CSJN.

tratamientos médicos-quirúrgicos a los que tuvo que ser sometida la primera, ingresaron al país el 9 de julio de 2004 y permanecieron aquí hasta enero de 2006 (T.) y diciembre de ese año (B.). Regresaron a Argentina el 10/08/2007.

En consecuencia, el Tribunal afirma que las niñas han pasado una gran parte de sus vidas en nuestro país y, de acuerdo a una serie de constancias, se podría advertir que se han adaptado al nuevo medio.

Por otro lado, la Cámara señala que el 02/10/2007 el padre autorizó a la demandada a viajar con su hija T., facultándola además expresamente a realizar todos los trámites tendientes a obtener la radicación y/o nacionalización de la niña en Argentina. De ello, deduce el tribunal que el progenitor no se oponía a la permanencia de la menor junto a su madre y la hermana.

Por lo expuesto, resuelve revocar la decisión y, en consecuencia, no hacer lugar al pedido de restitución inmediata de las menores formulado en el escrito inicial; todo ello sin perjuicio de las acciones que las partes pudieran intentar en la forma y ante los tribunales correspondientes.

No obstante, la CSJN tuvo oportunidad de reencauzar el caso. En efecto, el 08/11/2012 revocó la sentencia de segunda instancia y ordenó el pronto regreso de las niñas al lugar de su residencia habitual.⁽⁷⁶⁾

Nuestro más alto Tribunal entendió, en síntesis que, de acuerdo al Convenio de La Haya como la CIDIP IV (convención aplicable al caso), las niñas fueron retenidas ilícitamente en nuestro país. Si bien el Sr. F. R. había aprobado el viaje, —aun cuando no fijó la fecha de regreso— la anuencia era temporal y para realizar el trayecto Lima-Buenos Aires-Lima. La estadía en Argentina tenía la limitada finalidad de hacer un control médico de T. L. De los mismos términos de la autorización, era claro que las niñas debían volver a Lima.

Por otro lado, quedó acreditada la residencia habitual en Perú, a través de las constancias documentales agregadas a la demanda, de donde surge la concurrencia a establecimientos educativos, la atención médica y psicológica, etc.

El pedido fue interpuesto antes de cumplirse el año de ocurrido el desplazamiento, por ende, el examen sobre la adaptación al medio, no corresponde.

(76) Véase SCOTTI, LUCIANA, "Restitución internacional de menores: el rol de la Autoridad Central en la ejecución de la sentencia restitutoria", en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, año 4, Bs. As., La Ley, mayo 2012, p. 46 y ss.

Por otra parte, ni la madre ni la Defensora de Menores alegaron y probaron oportunamente ninguna de las excepciones previstas en el marco convencional aplicable.

5. Reflexiones finales

Podemos concluir que la jurisprudencia de nuestros tribunales en materia de restitución internacional de menores ha evolucionado en la profundidad del análisis de los casos, y sin perjuicio de encontrar aún interpretaciones divergentes de los requisitos de procedencia y de las excepciones taxativamente previstas en los textos convencionales en vigor, una amplia mayoría de los fallos analizados remarcan el carácter autónomo de estos procedimientos y lo distinguen claramente de la llamada cuestión de fondo, es decir, de los derechos de tenencia y visita en juego.

A su turno, nuestro Máximo Tribunal ha sido consecuente en la correcta interpretación de los convenios en la materia. Se advierte, una jurisprudencia uniforme y coincidente, que respeta las normas internacionales, garantiza el interés superior del niño, y resguarda la responsabilidad internacional del Estado.

Se suma a ello que la mayoría de los fallos fueron adoptados por unanimidad, salvo los dos primeros pronunciamientos (“Wilner Eduardo Mario c/ Osswald María Gabriela”, 14/07/1995, y “Andreasen Lía Alexandra s/exhorto”, 29/08/1995) y recientemente, el caso “H. C., A. c/ M. A., J. A. s/ restitución internacional de menor s/ oficio Sra. Subdirectora de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores”, 21/02/2013, que contó con la disidencia de Dr. E. Raúl Zaffaroni.

En todos los casos en que la Corte se pronunció sobre la procedencia o rechazo del pedido de restitución, falló a favor del inmediato retorno de los niños involucrados. Esta tendencia se encuentra en sintonía con las sentencias de tribunales inferiores. En efecto, de los 69 casos de restitución internacional de menores, resueltos en el marco del Convenio de La Haya entre enero de 2001 y diciembre de 2011 se otorgó la restitución en el 72% de los casos (54 casos) y se la rechazó en el 20% de los mismos (15 casos). Asimismo, en el ámbito de la Convención Interamericana, en el mismo periodo de tiempo, se resolvieron en sede judicial 30 casos de restitución internacional de menores, de los cuales en 26 se resolvió la restitución, mientras que tan solo en 4 casos, fue rechazada.⁽⁷⁷⁾

(77) Los datos estadísticos fueron brindados por la Autoridad Central argentina, actualizados al 31/03/2012.

De los casos fallados por la Corte, dos vinculaban a la Argentina con Canadá, cuatro con España, dos con Paraguay, uno con Noruega, dos con Estados Unidos, uno con Francia, uno con Perú, uno con Alemania, uno con Italia, uno con Holanda y uno con México. En consecuencia, solo en cuatro de los casos, resultó aplicable la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores de 1989 (CIDIP IV). Sin embargo, en los casos argentino-peruano ("F. R., F. C. c/ L. S., Y. U. c/ reintegro de hijo", 08/11/2011), y argentino-mexicano ("F., C. del C. c/ G., R. T. s/ reintegro de hijo", 21/05/2013), en las instancias anteriores, se aplicó erróneamente el Convenio de La Haya de 1980, y si bien la Procuradora lo advirtió, aplicó de todos modos, este último texto convencional invocando la analogía de las disposiciones entre ambos tratados.

De los fallos de nuestro Máximo Tribunal a la fecha, en tres de ellos, la Corte Suprema revoca la sentencia apelada que rechazaba el pedido de restitución.

Otra consideración que debemos hacer está relacionada con el tiempo transcurrido desde que se tuvo conocimiento del traslado o retención del menor hasta el pronunciamiento en última instancia de la Corte Suprema.

Como mínimo ha transcurrido un año desde el traslado o retención ilícitos hasta la sentencia definitiva de la Corte (en el caso "V., D. L. s/ restitución de menores-ejecución de sentencia", la retención ilícita se conoció en agosto de 2010 y la sentencia definitiva data del 16/08/2011). Y como máximo, ese período de prolongo a cinco años. Por ejemplo, en "B., S. M. c/ P., V. A. s/ restitución de hijo", la retención ilícita se configuró el 25 de agosto de 2005 y la sentencia lleva fecha 19/05/2010; y en "S., D. c/ R., L. M. s/ reintegro de hijo", la retención ilegítima se produjo el 21 de septiembre de 2008 y la sentencia de la Corte es del 02/07/2013.

Sin lugar a dudas, es de destacar el importante rol que tiene nuestra Corte Suprema de Justicia en la acabada comprensión del fenómeno y en la búsqueda de soluciones conformes a los Convenios internacionales en vigor. Desde el primer caso, ha marcado los estándares o lineamientos básicos que todo tribunal debería tener a la vista a la hora de pronunciarse en un pedido de restitución de menores.

Sin embargo, podemos interrogarnos acerca de la eficacia, e incluso, sobre la justicia de tales pronunciamientos arribados al cabo de años desde la conducta ilícita del progenitor sustractor. Cierto es que esta realidad

no es responsabilidad de nuestro Máximo Tribunal, sino en gran medida de los dilatados plazos en que transcurre el procedimiento en instancias inferiores, y en particular de nuestro Poder Legislativo, que no ha dictado normas procesales para la prosecución del trámite judicial que debe seguirse ante un caso de restitución internacional de un menor.

En suma, la excesiva prolongación del trámite para la efectiva restitución del niño al lugar donde tenía su centro de vida es una manifiesta violación a los Convenios vigentes, pero principalmente al interés superior del menor.

Consideramos que hasta que no se realice en nuestro país una reforma procesal a través de la incorporación de un procedimiento propio y especial, los jueces deberán extremar las medidas para hacer cumplir los postulados de las convenciones, de modo que se logre una decisión con celeridad y urgencia propia de un mecanismo de restitución. En efecto, nuestros jueces deben procurar, guiados por el supremo interés del niño, soluciones satisfactorias que cumplan con la finalidad de los textos convencionales a los que Estados, como la República Argentina, en buena hora, se han obligado "reconociendo la importancia de la cooperación internacional para el mejoramiento de las condiciones de vida de los niños en todos los países, en particular en los países en desarrollo", tal como reza el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño.



Regulación procesal de la restitución internacional de menores

MABEL DE LOS SANTOS⁽¹⁾



1. Sobre la necesidad de regular el trámite de restitución

Los casos de restitución internacional de menores que registra la jurisprudencia de nuestros tribunales son cada vez más numerosos y dan cuenta de los diversos problemas que plantea la aplicación práctica de las normas de los tratados restitutorios suscriptos por nuestro país. Buena parte de dichos problemas derivan de la ausencia de toda regulación procesal del trámite aplicable, que conduce a decisiones dilatadas en el tiempo, generadoras de perjuicio para los menores involucrados y que no cumplen con la garantía de la tutela efectiva de los derechos.

Como he sostenido reiteradamente, cuando se trata de peticiones urgentes no resulta adecuado recurrir a la **disciplina judicial de las formas**, pues los justiciables deben conocer de antemano los requisitos que deben satisfacer para formular su pretensión, así como el trámite aplicable y el régimen recursivo. De lo contrario, se afectan otras garantías, como la igualdad y la seguridad jurídica.⁽²⁾

(1) Profesora de Derecho Procesal Civil, Facultad de Derecho (UBA). Jueza de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala M.

(2) DE LOS SANTOS, MABEL A., "Conveniencia y necesidad de legislar sobre las tutelas de urgencia", en JA 1999-IV-992.

El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva ha sido consagrado como garantía del debido proceso adjetivo en el art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —Pacto de San José de Costa Rica—, ratificado por nuestro país el 2/2/1984 e incorporado a nuestro derecho interno en virtud de lo dispuesto por el art. 75 inc. 22 de la Constitución de la Nación Argentina, que expresamente alude a las garantías judiciales involucradas en la prestación del servicio de Justicia en materia civil y en materia penal.

El referido derecho no se circunscribe al derecho de acción, pues para reunir las condiciones que se exigen a esa tutela, el derecho de acción debe complementarse con el derecho al proveimiento y a los medios ejecutivos capaces de dar efectividad al derecho sustancial. Tal efectividad debe ser, además, oportuna y, en algunos casos, tener la posibilidad de ser preventiva, ante la mera **amenaza a un derecho** y para impedir su violación.⁽³⁾

Como veremos seguidamente, la restitución internacional de menores requiere de un proceso autónomo, urgente y diferenciado, pues se trata de una tutela de urgencia, de naturaleza preventiva, que tiene por objeto la remoción del ilícito.

Cabe puntualizar, en ese orden de ideas, que el derecho a la tutela jurisdiccional involucra no solo el derecho de acceso a la jurisdicción, sino que es también un derecho a la efectiva protección del derecho material. Como dice Alexy, los derechos a procedimientos judiciales y administrativos son esencialmente, derechos a una “protección jurídica efectiva”, la que involucra que el proceso garantice “los derechos materiales del respectivo titular del derecho”.⁽⁴⁾

Los casos de restitución internacional de menores son cada vez más numerosos y dan cuenta de las dificultades que plantea asegurar la tutela judicial efectiva en la materia. El incremento de las causas judiciales es consecuencia de un fenómeno relacionado con la llamada “internacionalización de las familias”, vale decir, familias formadas por individuos de distinta nacionalidad o que deciden emigrar, de modo que, ante las desavenencias conyugales se producen decisiones unilaterales que modifican el *statu quo*, trasladando y reteniendo a los hijos en un lugar diferente del de su residencia habitual.

(3) MARINONI, LUIZ GUILHERME, *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*, Lima, Palestra, 2007, p. 220; GARBERÍ LLOBREGAT, JOSÉ, *El Derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Barcelona, Bosch, 2008, p. 27.

(4) MARINONI, *op. cit.*, p. 234, con cita de ALEXY, ROBERT, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 472.

No se desconoce que la problemática de la restitución internacional de menores constituye solo un capítulo del tema mayor de la ineficacia de las resoluciones judiciales ante el impedimento del derecho de contacto con los hijos cuando los padres se han separado. Sin embargo, su tratamiento procesal diferenciado es insoslayable, pues las dificultades que plantea asegurar la prestación de tutela efectiva en la materia derivan en gran medida de la ausencia de una regulación del trámite aplicable al procedimiento de restitución tanto en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN), como en los códigos provinciales.

En efecto, la realidad jurisprudencial⁽⁵⁾ evidencia problemas vinculados al trámite aplicable al proceso abierto con el pedido de restitución ante la inexistencia de normas procesales acordes con las pautas establecidas por las convenciones internacionales que regulan la restitución.

La situación reseñada exige soluciones legales y jurisdiccionales que es necesario abordar, pues comprometen la responsabilidad del Estado y exigen acciones positivas por parte de los distintos poderes que lo integran. La crisis de efectividad en la materia adquiere un cariz de mayor gravedad, puesto que asegurar la eficacia de la actuación judicial es un imperativo de orden constitucional que se acentúa cuando están comprometidos los derechos de los niños.⁽⁶⁾

Cabe recordar que la garantía de la tutela efectiva constituye un mandato dirigido tanto al juez, como al legislador. Este último tiene a su cargo suministrar las normas procedimentales adecuadas para hacer realidad los derechos sustanciales. Por su lado y hasta tanto contemos con la regulación específica de esta tutela diferenciada, el juzgador tendrá el deber de optar entre las normas vigentes por la más idónea y adecuada para asegurar esa clase de tutela.⁽⁷⁾

No debe soslayarse que, como ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación: "cuando se trata de resguardar el interés superior del niño,

(5) CSJN, "R., M. A. c/ F., M. B.", 21/12/2010, Fallos 333:2396, comentado por RAYA DE VERA, ELOISA B., "El factor tiempo en el proceso de restitución internacional de menores", *laleyonline* AR/JUR/81562/2010, entre otros.

(6) El art. 4 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño dispone: "Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención".

(7) DE LOS SANTOS, MABEL, "Las garantías constitucionales del proceso civil", en Manili y otros, *Tratado de Derecho Procesal Constitucional Argentino, internacional y trasnacional*, Bs. As., La Ley, 2010, t. I, p. 553, 2010.

atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia y la naturaleza de las pretensiones, encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con particular tutela constitucional".⁽⁸⁾

2. Algunas precisiones sobre el marco jurídico sustancial aplicable a la restitución internacional

La **Convención sobre los Derechos del Niño** (ley 23.849) establece que los Estados partes deben garantizar las relaciones parentales frente al riesgo de traslados y retenciones indebidas. Esta obligación del Estado se materializa a través de tres tratados restitutorios, a saber:

1. La Convención sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (CH 1980), ratificada por ley 23.857. La Convención fue aprobada en el seno de la Conferencia de la Haya el 25 de octubre de 1980 y entró en vigencia para nuestro país el 1 de junio de 1991, habiendo sido ratificada por 81 estados.
2. La Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores (CIDIP IV), que entró en vigencia para nuestro país el 15/02/2001, al ser ratificada por ley 25.358. La Convención Interamericana ha sido firmada por Brasil, México, Paraguay, Uruguay y Argentina.
3. El Convenio Bilateral sobre Protección Internacional de Menores (CBAU) firmado por nuestro país y Uruguay (ley 22.564), que rige desde el 31/07/1981 y tiene la particularidad de que, al ser un convenio entre dos países, opera de manera diferente a las convenciones antes citadas, puesto que instaura un procedimiento en el cual la decisión final es tomada por el juez de la residencia habitual, mientras que en las otras dos convenciones la decisión de restituir o no al niño o adolescente es tomada por el juez del lugar donde se produjo el traslado o retención ilícita.⁽⁹⁾

Integra también el esquema normativo aplicable el **Convenio Interamericano sobre Tráfico Internacional de Menores** (CIDIP V), el que rige los aspectos penales de prevención y punición del tráfico internacional de menores cuando media sustracción, traslado o retención —o tentativa— con propósitos ilícitos como la prostitución, la explotación sexual o utilizando medios ilícitos de engaño o pago, para lograr el consentimiento de los progenitores o personas a cuyo cargo se encuentre el menor.

(8) CSJN, "M. S. A. s/ Materia Prev. s/ recurso de amparo", 23/11/2004, M. 3805.XXXVIII.

(9) VITTORI, VALERIA, "Cuando los principios se olvidan. Restitución Internacional de niños, niñas y adolescentes y el problema de la celeridad en el procedimiento", inédito.

Cabe puntualizar que el objetivo primordial de las CH 1980, CIDIP IV y el Convenio Bilateral Argentino-Uruguayo, consiste en asegurar la restitución en forma inmediata al niño/adolescente a su residencia habitual, a diferencia del CIDIP V, cuya finalidad es la persecución y castigo de las conductas delictivas vinculadas al tráfico y explotación de niños y adolescentes.

La **Convención de la Haya (CH 1980)** establece expresamente que la finalidad del convenio es “garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier estado contratante; y velar porque los derechos de custodia y visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes” (art. 1º, incs. a y b).

Conforme el art. 3º CH 1980, debe entenderse que el traslado o la retención constituyen conductas ilícitas cuando se producen en infracción de un derecho de custodia, ya sea separada o conjunta, con arreglo al derecho vigente en el Estado donde el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado y retención. Ese derecho de custodia puede resultar de una atribución de pleno derecho, de decisión judicial o administrativa, o de un acuerdo vigente conforme el derecho de residencia habitual que el menor tenía. Similares disposiciones consagran los arts. 1º a 4º CIDIP IV y los arts. 1º a 3º CBAU.

Como resulta de las convenciones, el punto de conexión fundante de la jurisdicción es la residencia habitual de los menores, que coincide con el concepto de centro de vida que establece la ley 26.061 y su decreto reglamentario 415/2006. Ambos conceptos deben interpretarse a la luz de lo dispuesto en el art. 3, inc. f) de la Ley Nacional de Protección Integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes —ley 26.061—, en cuanto consagra que el centro de vida constituye un principio que rige en materia de restitución del niño, la niña y los adolescentes, entendiendo por tal el “lugar donde estos hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia”. Por su parte, el decreto reglamentario 415/2006 unifica estas expresiones del siguiente modo:

El concepto de centro de vida a que refiere el inc. f) del art. 3 se interpretará de manera armónica con la definición de ‘residencia habitual’ de los niños, niñas y adolescentes contenida en los tratados internacionales ratificados por la República Argentina en materia de sustracción y restitución internacional de personas menores de edad.

Las convenciones establecen que el derecho de custodia comprende el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y en particular el de decidir sobre el lugar de residencia y, por lo tanto, el de su traslado. De este modo, no se define con precisión el derecho de custodia, sino que este debe desprenderse del derecho vigente en el lugar de residencia habitual del niño. Si la legislación interna de un Estado parte atribuye la custodia, tenencia o guarda o cuidado personal (o cualquiera sea el *nomen juris* de la institución) a uno de los progenitores, ese derecho no es suficiente para que ese padre conviviente pueda decidir por sí la modificación de la residencia habitual del niño mediante el establecimiento de una nueva residencia. Para ello, necesariamente, debe contar con el consentimiento del otro progenitor o la autorización judicial. Entonces debe concluirse que ese progenitor no tiene la custodia en el sentido de la calificación autónoma que hace la convención y, por consiguiente, si desplaza o retiene a su hijo comete la infracción que califica esa conducta como ilícita, dando lugar al procedimiento de restitución.⁽¹⁰⁾

Dichas convenciones contienen pautas regulatorias mínimas de la acción de restitución, que ponen énfasis en la urgencia y celeridad en su tramitación (art. 11 CH 1980;⁽¹¹⁾ art. 10 CIDIP IV⁽¹²⁾ y art. 7 CBAU),⁽¹³⁾ estableciendo plazos de duración del trámite que no debieran exceder de un mes y medio en total (CH 1980) o del lapso de dos meses desde la recepción de la oposición (CIDIP IV).

Formulado el pedido de restitución y notificado el accionado que hubiera trasladado al menor, se prevé en resguardo del derecho de defensa que pueda oponer solo las siguientes excepciones o defensas, reguladas taxativamente. Ellas son:

- a. Falta de ejercicio de los derechos de custodia o haber prestado consentimiento o anuencia con posterioridad al traslado o retención;

(10) NAJURIETA, MARÍA SUSANA, "La restitución internacional de menores y el principio del interés superior del niño", en *JA*, 2006-I-43.

(11) Art. 11 CH 1980: "Las autoridades judiciales o administrativas de los Estados contratantes actuarán con urgencia en los procedimientos para la restitución de los menores...".

(12) Art. 10 CIDIP IV, 2º párr., *in fine*: "... las autoridades judiciales o administrativas (...) dispondrán sin demora su restitución...".

(13) Art. 7 CBAU: "El juez exhortado, previa comprobación del cumplimiento de los requisitos exigidos por el art. 6, de inmediato y sin más trámite, tomará conocimiento 'de visu' del menor y adoptará las medidas necesarias".

- b. Grave riesgo de que la restitución exponga al menor a peligro físico o psíquico, o a una situación intolerable;
- c. Que el propio menor se oponga a la restitución, en tanto haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulta apropiado tener en cuenta sus opiniones;
- d. La integración del menor al medio nuevo al que fuera llevado, defensa oponible cuando el procedimiento de restitución se hubiera iniciado luego de vencido el plazo de un año desde el acto del traslado o retención sin haberse formulado el reclamo de restitución (art. 12, 2° párr., CH 1980).
- e. Finalmente, el art. 20 CH 1980 establece que “La restitución del menor conforme a lo dispuesto en el artículo 12 podrá denegarse cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de derechos humanos y de las libertades fundamentales”.

3. Naturaleza jurídica del proceso de restitución

De las pautas antes reseñadas, que resultan de las convenciones, se colige que el pedido de restitución requiere de un proceso urgente, autónomo y restringido en su alcance, dado que la competencia de la autoridad —judicial o administrativa— del Estado de refugio debe limitarse a resolver sobre la procedencia del pedido de restitución, sin abrir juicio sobre la atribución del derecho de custodia, de modo de restablecer el *statu quo* anterior. En otras palabras, el órgano judicial que debe resolver, una vez acreditada la verosimilitud del derecho a la restitución, no puede abordar el tema de fondo, pues su competencia es delegada y, por consiguiente, acotada,⁽¹⁴⁾ careciendo de facultades para discernir cuál es el padre idóneo para convivir con el niño.

En otras palabras, para tramitar los pedidos de restitución internacional de menores, es imprescindible regular un proceso urgente, autónomo y específico en su objeto, pues tanto su estructura como el ámbito del conocimiento del juez se encuentran dirigidos a decidir sobre la procedencia o improcedencia del reintegro del menor al lugar de su residencia habitual, jurisdicción donde deberán resolverse los conflictos atinentes al derecho de custodia y visitas. Se trata además de un procedimiento signado por

(14) En efecto, la competencia delegada no puede, naturalmente, ser ilimitada, ni tampoco referirse a la decisión del asunto o sentencia pues sería tanto como delegar la investidura del juez y esto es inadmisibles; no hay, por lo tanto delegación absoluta o total de jurisdicción ni de competencia (véase DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO, *Teoría General del Proceso*, Bs. As., Ed. Universidad, 1997, p. 118).

la urgencia, donde el factor tiempo debe ser tenido en cuenta insoslayablemente.⁽¹⁵⁾

Las garantías involucradas en el proceso de restitución son el interés superior del niño —contenido en la Convención Internacional de los Derechos del Niño (art. 75, inc. 22, CN)— y del juez natural, pues se procura preservar la jurisdicción que corresponde a su residencia habitual, como punto de conexión admitido internacionalmente, a los fines de decidir sobre los planteos relativos al cambio de custodia, partiendo de la base que lo mejor para el niño es regresar al lugar de su centro de vida.

En el diseño del trámite, corresponde tener en cuenta que los principios que lo rigen son los de tutela efectiva (arts. 8 CADH; 6 TEDH; y 75, inc. 22 CN), celeridad (art. 11 CH 1980 y 35, Reglas de Brasilia), oficiosidad (v. art. 16 CBAU), intermediación (ver arts. 8 CBAU, art.12 CIDIP IV) y oralidad (35, Reglas de Brasilia), también adoptados por el Código Civil y Comercial unificado al establecer las pautas generales a seguir en la regulación de los procesos de familia (art. 706).

El proceso de restitución constituye, en cuanto a su naturaleza jurídica, una **tutela preventiva de remoción del ilícito**, pues es posterior a la práctica del ilícito, no inhibe el ilícito, sino que se dirige contra él, con independencia de que el ilícito —en el caso, la sustracción del menor— haya provocado o no un daño. Este tipo de tutela tiene como objetivo remover o eliminar los efectos concretos del ilícito, es decir, la causa del daño; limitando a ello la pretensión, sin perseguir su resarcimiento.

Para la procedencia de una tutela de remoción del ilícito es suficiente la transgresión de un mandato jurídico, con independencia de que dicha transgresión haya lesionado un interés tutelado o haya causado un daño.⁽¹⁶⁾ Como explica Michele Mocchiola en un ensayo publicado en la *Rivista Critica del Diritto Privato*: la consecuencia lógica de la distinción entre daño e ilícito conduce a la formulación del criterio conforme el cual, cada vez que la intervención judicial tiene por objeto actuar sobre la fuente del daño, no hay tutela resarcitoria.⁽¹⁷⁾

(15) PEYRANO, JORGE W., "Anotaciones sobre el procedimiento de restitución internacional de Menores" en *Herramientas procesales*, Rosario, Nova Tesis, 2013, p. 136.

(16) MARINONI, LUIZ GUILHERME, *Tutelas urgentes y tutelas preventivas*, Lima, Communitas, 2010, p. 58 y ss.

(17) MOCCIOLA, MICHELE, "Problemi del risarcimento del danno in forma specifica nella giurisprudenza", en *Rivista Critica del Diritto Privato*, Bologna, il Mulino, 1984, p. 380 y 381.

Como ha señalado Marinoni,⁽¹⁸⁾ la tutela del derecho es consecuencia de la existencia del propio derecho, pues no es suficiente que el ordenamiento jurídico afirme un derecho, sino que es imprescindible conferirle tutela o protección. De ello deriva que las tutelas preventivas —inhibitoria y de remoción del ilícito— constituyan respuestas del proceso a los derechos que los individuos tienen a esa protección.

4. Trámite y caracteres. Propuesta legislativa

En los Códigos Procesales civiles de varias provincias de nuestro país se ha regulado la medida o proceso autosatisfactivo⁽¹⁹⁾ (Chaco, La Pampa, Corrientes, Formosa, Santiago del Estero y San Juan), cuyo trámite resulta adecuado para las tutelas preventivas y, por consiguiente, para este tipo de tutela de remoción del ilícito, por cuanto responde a las exigencias de celeridad y conocimiento limitado que requiere el trámite de restitución. Por consiguiente sus normas, adaptadas a las exigencias de las convenciones, podrían ser aplicadas analógicamente, ante la inexistencia de una regulación procesal más específica en los códigos vigentes.

No cabe duda, sin embargo, de la necesidad de incluir en los códigos procesales del país un procedimiento especial para el trámite de restitución, diseñado de conformidad con las pautas generales que resultan de las convenciones aplicables. En efecto, el accionante debe conocer el tipo de proceso aplicable, sus requisitos y régimen recursivo antes de acudir a los tribunales, pues en esta materia es inconveniente y genera dilaciones la denominada por Calamandrei,⁽²⁰⁾ “disciplina judicial de las formas” a la

(18) MARINONI, *op. cit.*, pp. 60/62.

(19) PEYRANO, JORGE W., “Lo urgente y lo cautelar”, en JA 1995-I-899; “Informe sobre las medidas autosatisfactivas”, en LL 1996-A-1000; “Las medidas autosatisfactivas en materia comercial”, en JA 1996-I-823; “Los nuevos ejes de la reforma procesal civil: la medida autosatisfactiva” en ED 169-1347; “Reformulación de la teoría de las medidas cautelares: tutela de urgencia. Medidas autosatisfactivas”, en JA 1997-II-926; “Régimen de las medidas autosatisfactivas. Nuevas Propuestas”, La Ley, 16/2/98, p. 2; PEYRANO y OTROS, *Medidas autosatisfactivas*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1999; MORELLO, AUGUSTO M., “La cautela satisfactiva”, en JA 1995-IV-414; BERIZONCE, ROBERTO, “Tutela anticipada y definitiva”, en JA, 1996-IV-741; DE LOS SANTOS, MABEL, “Resoluciones anticipatorias y medidas autosatisfactivas”, en JA 1997-IV-800; “Medida autosatisfactiva y medida cautelar”, *Revista de Derecho Procesal*, n° 1, pp. 31/55; BARBERIO, SERGIO, *La medida autosatisfactiva*, Santa Fe, Panamericana, 2006.

(20) CALAMANDREI, PIERO, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, vol. I, Bs. As., El Foro, 1996, p. 321. El autor alude, bajo la denominación de “disciplina judicial de las formas” al poder discrecional del juez de establecer, caso por caso, el procedimiento que considere en concreto que se adapta mejor a la causa singular.

que, en definitiva, se recurre a falta de texto legal que prevea el trámite aplicable a los pedidos de restitución internacional.

En ese orden de ideas, coincido con Peyrano⁽²¹⁾ en que la vía del proceso sumarísimo no es la más adecuada pues es, en definitiva, un proceso de conocimiento pleno, aunque abreviado. Por el contrario, la restitución requiere de un proceso **acotado**, que no solo debe ser acelerado, sino que también debe estar presidido por restricciones en el debate, severas limitaciones probatorias y un régimen recursivo más simplificado que el corriente.

Cabe señalar también que la “Ley modelo sobre normas procesales para la aplicación de los convenios sobre sustracción internacional de niños”, que fue preparada por un grupo de expertos conformado por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y el Instituto Interamericano del Niño, establece una suerte de **proceso monitorio** (art. 12.2 y ss.),⁽²²⁾ sumamente adecuado para responder a las exigencias de celeridad involucradas.

En efecto, el proceso se estructura sobre una fase preliminar, en la que se autoriza al tribunal competente a adoptar medidas urgentes para la localización y protección del niño. Verificada la localización, ésta debe comunicarse al Estado requirente y deben disponerse medidas para conseguir la restitución voluntaria del niño, con intervención de la Autoridad Central. A partir de la localización la ley modelo establece un plazo de treinta días para la presentación de la solicitud de restitución.

Una vez verificadas las condiciones de admisibilidad y titularidad activa y acreditada la verosimilitud del derecho, se resolverá sobre la admisibilidad de la demanda. Admitida la demanda en veinticuatro horas, el tribunal despachará el mandamiento de restitución y citará para oponer excepciones por el término de diez días al requerido. Podrá disponer también las medidas cautelares necesarias para la protección del niño o mantener o modificar las adoptadas inicialmente.

Se prevé que el órgano judicial designará curador o defensor al niño, y podrá designar también defensor o representante al requirente en caso de que, por motivos económicos debidamente acreditados, no pueda trasladarse al país, y notificará la decisión al Ministerio Público. Las oposiciones se establecen y resumen en cuatro hipótesis previstas en el art. 13 de la ley

(21) PEYRANO, JORGE W., “Anotaciones...”, *op. cit.*, p. 136.

(22) Véase [en línea], www.hcch.net/upload/wop/abduct2011info06s.doc

modelo, coincidentes con las enunciadas en las Convenciones, aclarando que cualquier otra deberá ser rechazada sin sustanciar. Si no se opusieren excepciones quedará firme el mandamiento de restitución y se hará efectiva la misma, comunicándolo a la autoridad central.

Contestada la demanda —léase: opuestas las excepciones—, se convocará a audiencia dentro de los tres días, convocatoria en la que el juzgador se expedirá también sobre la admisibilidad de los medios probatorios. En dicha audiencia, el magistrado intentará la conciliación, se producirá la prueba y oír al niño cuando sea procedente. La sentencia definitiva —que decide las excepciones— será apelable dentro de los tres días, se sustanciará por igual plazo y la concesión de la apelación tendrá efecto suspensivo.

Por otra parte, la ley Modelo subraya convenientemente la delimitación del objeto del proceso, que consiste en: a) determinar si ha existido traslado y/o retención ilícitos de un niño, en violación a un derecho de guarda o de custodia, b) preservar el derecho de visita, c) asegurar la resolución en forma rápida y c) si se accede a la restitución, que la misma se realice en forma segura para el niño (art. 1), que debe tenerse en cuenta al regular el instituto en los códigos procesales.

Las pautas del monitorio diseñado en la ley Modelo pueden ser de utilidad para establecer el proceso aplicable a la restitución. Deberá considerarse también en la materia, en tanto proceso urgente, la posibilidad de disponer medidas complementarias no solicitadas (flexibilización de la congruencia)⁽²³⁾ a los fines de asegurar la efectividad de la restitución, con el menor trauma posible para los menores.

Cabe recordar que el proceso se estructura en dos instancias porque la apelación hace a la garantía del debido proceso en esta materia; sin embargo, la urgencia involucrada determina que la revisión deba ser acotada en el tiempo y de naturaleza urgente. En efecto, la doble instancia constituye condición del debido proceso en los conflictos que involucran derechos de niños y adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño, de conformidad con lo que resulta de la Opinión Consultiva 17/2002 del 28/08/2002 de la Corte IDH (dictada a

(23) DE LOS SANTOS, MABEL, "La flexibilización de la congruencia", en *Cuestiones Procesales modernas*, Bs. As., La Ley, supl. esp., 10/2005, p. 80 y "Flexibilización de la congruencia. Muestreo jurisprudencial", en *LL 2007-F*, p. 1278 y ss.; PEYRANO, J. W. y OTROS, "Principio de congruencia" en *Principios procesales*, op. cit., pp. 199/238.

pedido de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos),⁽²⁴⁾ de modo que la regulación debe contemplar la revisión de la decisión en una segunda instancia.

5. Algunas conclusiones

Es imperioso regular el trámite procesal de la restitución internacional de menores en nuestros códigos procesales. Su regulación debe tener en cuenta que se trata de una tutela preventiva de remoción del ilícito. El trámite más adecuado es el del monitorio o el de la medida autosatisfactiva, tipos procesales que pueden aplicarse analógicamente donde están previstos, en ausencia de legislación específica para las peticiones restitutorias.

La sentencia que disponga la restitución debe admitir la flexibilización de la congruencia a los fines de asegurar resultados prácticos equivalentes a lo pedido, aunque diferentes, si resultan más adecuados a las circunstancias del caso al tiempo de su dictado.

Cabe recordar que “las decisiones relativas a los niños requieren tratamiento urgente, pues el transcurso del tiempo puede tener consecuencias irremediables” (TEDH, 22/6/2004, “P., B. y M., A. c/ Rumania”, entre otros), lo que exige un marco procesal adecuado, que asegure la operatividad efectiva de las normas y tratados, evitando generar nuevos daños derivados de la mora del proceso judicial.



(24) DE LOS SANTOS, MABEL, “El debido proceso a la luz de los nuevos paradigmas”, *La Ley* 09/04/2012, 1; LL, 2012-B, 1062.

La extinción de la comunidad de ganancias y el cese de la separación de bienes

El régimen en el Código Civil y Comercial de la Nación

NORA LLOVERAS⁽¹⁾



1. Extinción de la comunidad y cese de la separación de bienes

En el Código Civil y Comercial 2014 se modifican los principios y ejes que lucen en el derecho vigente, en referencia también al régimen patrimonial matrimonial. Así, la igualdad de los cónyuges preside de un modo especial la regulación del régimen patrimonial, entendiéndose que están en consonancia y paridad para ejercer la autonomía personal, en un sistema acorde al matrimonio que celebran o transcurren.

De la mano de la igualdad, aparece la solidaridad familiar, que impide que esa igualdad rompa o traspase límites que conciernen a derechos fundamentales de las personas: la protección al más débil será una herramienta de solución de conflictos en el derecho reglamentario patrimonial matrimonial.

(1) Profesora titular de Derecho Privado VI (Familia y Sucesiones). Ex vocal de la Cámara 5^{ta} de Apelaciones Civ. y Com. de Córdoba.

El Título II del Libro Segundo del Código Civil y Comercial —“Régimen Patrimonial del matrimonio”, arts. 446 a 508— despliega las normas del régimen patrimonial del matrimonio, habiendo mejorado la redacción de textos, suprimido normas ya históricas —o términos en desuso—, y recogiendo soluciones de la doctrina y la jurisprudencia que atienden a las posibilidades de abordar con el máximo criterio de equidad los conflictos económicos de los cónyuges.

El Capítulo I, que se destina a las disposiciones generales, está integrado por los arts. 446 a 462 (convenciones matrimoniales, donaciones por razón de matrimonio, disposiciones comunes a todos los regímenes).

El Capítulo II comprende los arts. 463 a 504, y contempla el ordenamiento íntegro del régimen de comunidad, con un claro objetivo superador de los déficits del sistema vigente.

El Capítulo III abarca los arts. 505 a 508 e innova rotundamente en cuanto al régimen ordinario, implantando el régimen de separación de bienes como elección que depende de la iniciativa de los contrayentes o cónyuges.

Perfilándose dos regímenes ordinarios, el de comunidad de ganancias y el de la separación de bienes, cabe aclarar que la **disolución** del régimen en el Código Civil y Comercial se destina a la extinción de la comunidad (art. 475); y que, en cambio, se reserva para el régimen de separación de bienes la expresión **cese del régimen** (art. 507). Ambas resultan voces esclarecedoras de las notas distintivas entre dos conjuntos normativos que son sustancialmente diferentes—más allá de un régimen común que los abarca en la órbita de la protección de los derechos básicos—, la comunidad de ganancias y la separación de bienes.

1.1. Extinción de la comunidad: causas

La extinción del régimen de comunidad opera por las causas que la ley dispone, que son taxativas (art. 475 CCyC).

La comunidad se extingue por:

- a. la muerte comprobada o presunta de uno de los cónyuges;
- b. la anulación del matrimonio putativo;
- c. el divorcio;
- d. la separación judicial de bienes;
- e. la modificación del régimen matrimonial convenido.

En relación al derecho vigente, la norma mejora la redacción y la organización de las causas de extinción, insertándolas en un solo dispositivo que organiza cualitativamente el régimen, superando al anterior.

A las causas de disolución de la comunidad ya reguladas —la muerte comprobada o presunta de uno de los cónyuges, la anulación del matrimonio putativo, el divorcio o la separación judicial de bienes—, agrega la modificación del régimen matrimonial convenido.

Es que lo novedoso en el sistema que exponemos es la opción por un régimen diferente al de comunidad, o la mutación posible del régimen de comunidad por el de separación de bienes —o el cambio del de separación de bienes por el de comunidad de ganancias—.

La opción queda reservada a las personas mayores de edad (art. 450).

Esta elección y posible mutación de un régimen patrimonial obliga a incluir entre las causas de disolución del régimen de comunidad la mutación de régimen: se extinguirá el régimen de comunidad si vigente él, se modifica y sustituye por el régimen de separación de bienes.

Por otra parte, dentro de la causal de separación judicial de bienes, se incorpora una novedad relevante, que es la solicitud de tal separación si los cónyuges están separados de hecho sin voluntad de unirse (art. 477, inc. c).

No se encuentra entre las causas de disolución del régimen patrimonial la sentencia de separación personal —art. 201 y CC y conc.—, que ha sido excluida del Código Civil y Comercial .

1.2. Causas de extinción de la comunidad: clasificación

Las causas o hipótesis previstas de manera taxativa para disolver el régimen de comunidad de ganancias en el art. 475 CCyC pueden sistematizarse según que operen en sede judicial o en el ámbito extrajudicial.

Desde otro ángulo, estas causas pueden ordenarse según que la extinción del régimen de comunidad opere de pleno derecho o a petición de parte. Las reseñamos.

i. Causas judiciales y extrajudiciales de extinción de la comunidad.

Las causas judiciales son la anulación del matrimonio, el divorcio, la separación judicial de bienes y la muerte presunta.

Las causas extrajudiciales son la muerte y la modificación del régimen de comunidad vigente entre los cónyuges.

- ii. Causas de extinción de la comunidad que operan de pleno derecho o a petición de parte.

Las causas que operan de pleno derecho son la muerte declarada o presunta, el divorcio y la nulidad del matrimonio.

Las causas que operan a petición o requerimiento de parte son las que pueden fundar la separación de bienes —cambio de régimen, mala administración, concurso, quiebra, la separación sin voluntad de unirse y la administración de bienes por un tercero—.

La contribución más relevante del Código, en el área de la extinción de la comunidad, es la incorporación de dos nuevos motivos: la modificación del régimen matrimonial convenido por los cónyuges (art. 475, inc. e) y la separación judicial de bienes peticionada por el cese de la cohabitación (art. 477, inc. c).

1.2.1. La muerte comprobada o presunta de uno de los cónyuges

En caso de muerte (art. 93) o de muerte con presunción de fallecimiento (art. 85 y ss.), se prevé expresamente cuál es la fecha de extinción de la comunidad de ganancias.

Debe entenderse que en ningún supuesto de los legislados en el art. 476 —muerte y muerte presunta—, puede convenirse la continuidad de la comunidad de ganancias, lo que logra superar viejas discusiones y criterios encontrados.

El art. 476 CCyC, explicita que en caso de muerte de uno de los cónyuges, la comunidad se extingue el día del fallecimiento.

En la hipótesis de presunción de fallecimiento, los efectos de la extinción de la comunidad se retrotraen al día presuntivo del fallecimiento.

Se clarifica la causal de muerte presunta, en tanto se establece que el día presuntivo del fallecimiento fijado en la sentencia opera la disolución de la comunidad de pleno derecho, y con ello, se dejan sin efecto los arts. 1307 a 1311 CC, y la última parte del art. 30, ley 14.394, que tantas controversias generaron en el derecho anterior.

También se supera el debate sobre el efecto del nuevo matrimonio que contrajera el cónyuge presente, y sobresale que se deja sin efecto el llamado derecho de opción de los cónyuges a continuar la comunidad después de la disolución (art. 476).

1.2.2. La anulación del matrimonio putativo

Se establece en general, en este punto, que la nulidad del matrimonio putativo produce la extinción del régimen matrimonial, sea convencional o legal supletorio (arts. 428 y 429). La sentencia de nulidad de un matrimonio celebrado por los dos contrayentes de buena fe, y de un matrimonio celebrado solo por uno de los contrayentes de buena fe, disuelve el régimen patrimonial matrimonial al que hubieren estado sometidos.⁽²⁾

El matrimonio putativo, atrapado en el art. 427 CCyC que conceptualiza la buena fe —innovando sobre el art. 224 CC que define la mala fe—, es el que se ha contraído desconociendo, uno o ambos cónyuges, que mediaba un impedimento que podía acarrear la nulidad: la sentencia de nulidad de ese matrimonio declarará a uno o a ambos cónyuges de buena fe.

La innovación principal en el matrimonio putativo en cuanto al régimen patrimonial es que si los contrayentes hubieren efectuado la opción de un régimen patrimonial —posible en el Código, art. 446, inc. d—, impactará frente a la nulidad de las nupcias, ya que si se eligió un régimen de separación de bienes cada uno retirará sus bienes, y si han estado sujetos a la comunidad de ganancias, la salida es la división por mitades que ya prevé el art. 221 CC según las reglas del sistema.

No todos los supuestos de nulidad matrimonial, tienen subsistente un régimen patrimonial, exigiéndose que se trate de un matrimonio putativo —ambos o un cónyuge de buena fe— para impactar en el sistema de división de bienes.

Obsérvese que el matrimonio anulado por mala fe de ambos cónyuges no produce efecto alguno, art. 430 CCyC.

Por otra parte, se clarifica la causal de extinción de la comunidad por la nulidad del matrimonio:⁽³⁾ el matrimonio putativo es causal de disolución

(2) En la nulidad del matrimonio se suprime todo derecho alimentario, pero se admite solicitar las prestaciones compensatorias de los arts. 441 y 442 Código Civil y Comercial (art. 428, párr 3). Se exige que la situación en la que queda uno de los cónyuges del matrimonio anulado con referencia al otro debe ser desequilibrada económicamente, esto es, que uno permanezca en condiciones adversas. En ningún caso se conserva derecho alimentario.

(3) El Código Civil y Comercial elimina, en la regulación de los actos jurídicos, la clasificación de actos nulos y anulables que realiza el CC en los arts. 1045 y 1046. Así, bajo el Capítulo 9, denominado “Ineficacia de los actos jurídicos”, estipula, en el art. 382, que: “Los actos jurídicos pueden ser ineficaces en razón de su nulidad o de su oponibilidad respecto de determinadas personas”. La ley refiere solo los matrimonios afectados de nulidad absoluta (art. 215 CC) y de

de la comunidad de ganancias que subsistió —más allá de los debates sobre la configuración o no de un matrimonio—.

En la hipótesis de haber estado regidos por el régimen de comunidad, los efectos de la disolución de la comunidad operan hacia el futuro, debiendo procederse a la liquidación y partición de la masa de bienes que existen a la fecha de la nulidad, como también respecto de los bienes adquiridos con posterioridad a ella, ya que con la extinción de la comunidad cesan las condiciones de ganancialidad de los bienes que ingresen posteriormente, salvo las adquisiciones que se hiciesen en el marco de lo previsto por el art. 465 Código Civil y Comercial.

Consignamos las hipótesis previstas en los arts. 428, 429 y 430 CCyC.

1.2.2.1. Ambos cónyuges de buena fe (art. 428)

Si ambos cónyuges son de buena fe, los efectos del matrimonio son válidos hasta el día en que se declara la nulidad, y la sentencia firme de nulidad disuelve el régimen matrimonial convencional o legal supletorio (428), con los efectos retroactivos previstos en el art. 480, es decir, a la fecha de notificación de la demanda.

La comunidad se extingue en el matrimonio putativo en que existe buena fe de ambos cónyuges —siguiendo al art. 221 CC—, dividiéndose los bienes por mitades según las pautas que rigen el sistema de comunidad.

Cabe aclarar que se ha previsto como efecto de la nulidad matrimonial las compensaciones económicas, con el objeto de equilibrar el desajuste económico que pueda sufrir alguno de los cónyuges a consecuencia de la crisis conyugal.

1.2.2.2. Uno de los cónyuges de buena fe (art. 429)

Si uno de los cónyuges es de buena fe, los efectos del matrimonio son válidos solo respecto al cónyuge de buena fe, y hasta el día de la sentencia que declare la nulidad, y la sentencia firme de nulidad disuelve el régimen matrimonial convencional o legal supletorio (art. 429 CCyC).

El cónyuge de buena fe titulariza tres opciones en cuanto a la extinción del régimen de comunidad:

nulidad relativa (art. 220 CC). Esta es la clasificación mantenida por el Código Civil y Comercial (arts. 424 y 425).

- i. considerar que el matrimonio ha estado regido por el régimen de separación de bienes;
- ii. liquidar los bienes mediante la aplicación de las normas del régimen de comunidad
- iii. exigir la demostración de los aportes de cada cónyuge a efectos de dividir los bienes en proporción a ellos como si se tratase de una sociedad no constituida regularmente.

En síntesis, respecto a la división de bienes, si el matrimonio putativo se hubiera celebrado según el régimen de comunidad de ganancias, los efectos de la buena fe operan solo respecto al cónyuge que la ostenta —como en el sistema y opciones del actual art. 222 CC—.

El cónyuge de buena fe puede direccionar su voluntad frente a la nulidad del matrimonio por alguno de los siguientes caminos jurídicamente admitidos: a) utilizar las normas del régimen de separación de bienes; b) dividir por mitades, como en el régimen de comunidad; c) requerir que se acrediten los aportes efectuados por cada uno de los cónyuges del matrimonio anulado, para repartir o prorratar en proporción tales aportes, adjudicándose a la situación el tratamiento de una sociedad no constituida regularmente.

De modo independiente a la extinción de la comunidad, también el cónyuge de buena fe ostenta en el Código la facultad de petionar: a) compensaciones económicas —arts. 441 y 442—, computándose el plazo de seis (6) meses previsto —art. 442, *in fine*— a partir de la sentencia que declara la nulidad; b) revocar las donaciones realizadas al cónyuge de mala fe; c) demandar por indemnización de daños y perjuicios al cónyuge de mala fe y a los terceros que hayan provocado el error, incurrido en dolo, o ejercido la violencia.

1.2.2.3. Los dos cónyuges de mala fe (art. 430)

El art. 430 Código Civil y Comercial reitera, en lo principal, la solución que se otorga en el art. 223 CC a idéntica situación, en punto a que si ambos cónyuges son de mala fe, esta unión no puede provocar efecto alguno, y la solución para la distribución y atribución de los bienes también coincide con el sistema derogado: si existieron aportes deben probarse.

Expresamente, se prevé que las convenciones matrimoniales quedan sin efecto sin perjuicio de los derechos de terceros.

Por una parte, en el texto del art. 430 del Código desaparece la mención que equilibraba la falta de efectos del matrimonio celebrado de mala fe por ambos cónyuges al concubinato.

Desde hace tiempo, tanto la doctrina como la jurisprudencia intentan excluir las expresiones peyorativas que descalifican uniones o parejas estables, que sancionan las que no sean conforme al modelo original de familia presente en el Código civil originario, y sus transformaciones.

Y, de modo preponderante, la supresión descalificadora de **concubinato** explica justamente que se legislan en el Libro Segundo las uniones convivenciales como nuevas formas familiares.

En relación a los bienes adquiridos hasta la sentencia de nulidad, la solución acuerda con la norma derogada, aunque cualitativamente la redacción es superadora: se deben probar los aportes efectuados.

Si se acreditan aportes por ambos, los bienes adquiridos durante la unión, respecto a la que recae la sentencia de nulidad, se dividirán como si se tratase de una sociedad irregularmente constituida. Si solo se acreditan aportes por uno de ellos, obviamente la solución será más simple.

1.2.3. El divorcio

En el sistema proyectado se instaura un nuevo abordaje de la crisis matrimonial.⁽⁴⁾

Intentando superar los obstáculos que se registran en los diversos procesos sobre el tema, se proyecta una sola vía para acceder al divorcio: una judicial.⁽⁵⁾

(4) LLOVERAS, NORA, "El divorcio en el Anteproyecto de Código Civil", en Kemelmajer de Carlucci y Herrera (coords.), *El Derecho de Familia en el Anteproyecto de Código Civil*, JA, número especial, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2012-II, 20/06/2012, p. 16 y ss.

(5) También podría haberse posibilitado el divorcio en sede administrativa en determinadas condiciones, idea que aseguraba los derechos fundamentales de los cónyuges al exigirse el patrocinio letrado, pero no obtuvo consenso general en la etapa de trabajo. La posibilidad de solicitar el divorcio ante la misma autoridad administrativa de celebración del matrimonio o el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas del último domicilio conyugal, a elección de los peticionantes, no fue admitida en el anteproyecto. Sobre el tema se estudiaron las regulaciones de algunos países que ya llevan muchos años con este sistema tal como el Código Civil del Distrito Federal de México (art. 272), Cuba, y otros más recientes como Japón, Portugal, Colombia, Brasil. En algunos de estos países se perfecciona ante Escribano Público. Empero, se coincide con aquellas regulaciones que optan por el Registro Civil, pues resulta un medio más expeditivo y accesible.

Los grandes ejes en el sistema de divorcio esbozado evidencian una nueva mirada y particularmente una visión pacificadora de la familia post-divorcial.

Consignamos que la crisis matrimonial en el Código:

- a. Se aborda exclusivamente por el camino del divorcio —no ya de la separación personal, la que no aparece en los textos—.
- b. El divorcio es judicial —**únicamente**— .
- c. El divorcio es incausado —se consagra el divorcio remedio, por lo cual no se declara responsabilidad o culpa de uno o ambos cónyuges—.
- d. El divorcio opera por decisión de uno o ambos cónyuges —previéndose el convenio regulador de los efectos—.
- e. El divorcio se tramita sin plazos de espera.

Desde esta nueva regulación, el divorcio perfilado genera la extinción de la comunidad con efecto retroactivo al día de la notificación de la demanda o de la petición conjunta de los cónyuges.

Queda claro que la petición del divorcio puede ser unilateral o bilateral, indistintamente, en cuya virtud la referencia a presentación conjunta alude a que ambos cónyuges interpongan juntos la demanda de divorcio (art. 437 CCyC) —no se reitera la actual presentación conjunta de los cónyuges en el divorcio causado, quedando clara la expresión utilizada en la norma—.

Si la separación de hecho sin voluntad de unirse precedió al divorcio, la sentencia tiene efectos retroactivos al día de esa separación (art. 480, 2º párr., CCyC).

Se ha generado una facultad relevante para el juez del divorcio, en punto a que pueda modificar ese efecto retroactivo: se consigna en la norma la retroactividad de efectos a la fecha de notificación de la demanda o de presentación conjunta por los dos cónyuges de la petición de divorcio, o a la fecha de la separación de hecho que precedió al divorcio, o, se suma, según la mirada del juez, la extensión del efecto retroactivo fundándose en la existencia de fraude o abuso del derecho.

En todos los casos quedan a salvo los derechos de los terceros de buena fe que no sean adquirentes a título gratuito.

1.2.4. La separación judicial de bienes

La separación judicial de bienes es una acción autónoma que persigue la cesación del régimen de comunidad de ganancias sin disolver el vínculo matrimonial.

Estaba ya inserta en el Código Civil del S. XIX, legitimándose a requerirla solo al cónyuge inocente, sumándose las hipótesis en que la mujer podía requerirla cuando el marido era declarado insano y el curador resultaba un tercero; y ante la mala administración o concurso del marido que la pusiera en situación eventual de perder los bienes propios dentro del marco del sistema instituido originariamente de administración marital (arts. 1294 CC y cc).

Desde el año 1968, por imperio de la ley de reformas al Código Civil —17.711—, el art. 1306 prevé en su primer párrafo que la sentencia de divorcio provoca la disolución de la sociedad conyugal. Hasta esa época no se había introducido el divorcio vincular de modo sistemático.

También mediante esa reforma se incorpora en los arts. 1276 y 1277 del cuerpo legal un nuevo sistema de gestión de los bienes en la sociedad conyugal: la administración separada de las masas de bienes por ambos cónyuges, reiterándose la responsabilidad separada de los esposos que se rige por los arts. 5 y 6 de la ley 11.357.⁽⁶⁾ Esta reforma originó serios debates a propósito de la subsistencia o no de la causal de separación de bienes mencionada en el entonces 1294 CC.

Esta situación se precisa en parte por la ley 23.515 de reformas al Código Civil, del año 1987, que ya introduce el divorcio vincular en forma ordinaria y general como posibilidad, manteniendo la separación personal no disolutoria del vínculo, en el marco de un divorcio dual: el divorcio sanción y el divorcio remedio, con causas establecidas al efecto de naturaleza subjetiva y de naturaleza objetiva.

Esta ley reiteró en parte, y reformuló, el art. 1294 referido, lo que también generó arduos debates en el campo autoral y jurisprudencial: mientras algunos sostienen que carece de utilidad frente a un régimen de administración separada, otros entienden que el art. 1294 podía proteger situaciones de

(6) LLOVERAS, NORA, "Comentario a la ley 11.357. Ampliación de la capacidad civil de la mujer", en Bueres (dir) y Highton (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Bs. As., Hammurabi, 2011, t. 7, Normas Complementarias, p. 359 y ss.

difícil resolución. Desde otra óptica, se estima también que la causal en examen preventiva del interés familiar, entre otros.

En el art. 477 del Código Civil y Comercial —por referencia al art. 475— se renueva la causal de separación judicial de bienes, y se unifica en una sola norma las posibilidades de solicitarla —arts. 1289, 1290 y 1294 CC—.

Conforme al ordenamiento esbozado, puede extinguirse la comunidad por separación judicial de bienes por decisión y petición de uno de los cónyuges en el ámbito de la autonomía personal patrimonial del matrimonio: el cónyuge del mal administrador, el cónyuge del concursado, el cónyuge del fallido, el cónyuge separado de hecho o el cónyuge que no es el curador del otro, o se excusa o cuestiona la designación de un tercero curador.

La separación de bienes produce, entonces, la extinción de la comunidad con efecto retroactivo al día de la notificación de la demanda o de la petición conjunta de los cónyuges (art. 480 CCyC).

El juez queda facultado para modificar la extensión del efecto retroactivo fundándose en la existencia de fraude o abuso del derecho.

En todos los casos, quedan a salvo los derechos de los terceros de buena fe que no sean adquirentes a título gratuito.

Referimos las causas que pueden fundar la demanda de separación judicial de bienes, requerida por un cónyuge, en expresa mención del enunciado del art. 477, Código Civil y Comercial.

Ellas son: la mala administración del otro⁽⁷⁾ que acarrea el peligro de perder su eventual derecho sobre los bienes gananciales;⁽⁸⁾ el concurso

(7) *XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Universidad Nacional del Comahue, San Carlos de Bariloche, 1989. Comisión N° 5: Disolución de la sociedad conyugal por las causales de mala administración y de abandono. I. Respecto a la causa de mala administración. Punto 2. Fundamento.

(8) *XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Universidad Nacional del Comahue, San Carlos de Bariloche, 1989. Comisión N° 5: Disolución de la sociedad conyugal por las causales de mala administración y de abandono. I. Respecto a la causa de mala administración. Punto 3. Aspectos procesales. b) Prueba: "La mala administración puede probarse por todos los medios, incluso la confesión. Es suficiente el allanamiento, siempre que el juez advierta que la acción no es un mero instrumento para alterar el régimen de sociedad conyugal, que en nuestro Derecho tiene carácter forzoso".

preventivo⁽⁹⁾ o la quiebra del otro cónyuge;⁽¹⁰⁾ cónyuges⁽¹¹⁾ separados⁽¹²⁾ de hecho⁽¹³⁾ sin voluntad de unirse;⁽¹⁴⁾ designación de curador del otro cónyuge en un tercero por la incapacidad o excusa de uno de los cónyuges.

1.2.5. La modificación del régimen matrimonial convenido

Esta previsión es una nueva causal de extinción de la comunidad, que responde al régimen nuevo: los cónyuges o contrayentes pueden optar por el régimen de separación de bienes, y se prevé el régimen supletorio de comunidad de ganancias para la hipótesis de falta de opción.

La elección expresa o tácita del régimen patrimonial, no es inmutable. Por eso puede disolverse el régimen de comunidad por los cónyuges, al optar por transitar hacia el régimen de separación de bienes.

(9) El art. 717, 2º párr., Código Civil y Comercial, prevé expresamente que si se ha declarado el concurso o la quiebra de uno de los cónyuges, en la liquidación del régimen patrimonial del matrimonio, es competente el juez del proceso colectivo.

(10) Puede verse el voto de Kemelmajer de Carlucci, sobre el tema. "De La Roza de Gaviola en Gaviola, Alberto suc.", SCMendoza, Sala I, 10/11/92. Véase también KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA, "Primeras aproximaciones al tema insolvencia y régimen de bienes en el matrimonio", Academia Nacional del Derecho, 2001, p. 385. En la misma línea: ARIANNA, CARLOS, "Disolución de la sociedad conyugal", en Lagomarsino y Salerno (dirs.), *Enciclopedia de derecho de familia*; Bs. As., Universidad, 1992, t. I, p. 905.

(11) CNAC. APEL. CIV, en pleno, Fallo Plenario "C., G. T. c/ A., J. O. s/ Liquidación de sociedad conyugal", 29/09/1999, en LL, 199-F-3; JA 2000-I-557; ED 185-374 y RDF 2000, nº 16, p. 187. Se sostuvo, en lo pertinente, que "sería incongruente que en el sistema de nuestra ley la vida separada acaree la exclusión hereditaria, el divorcio la suspensión de los deberes de asistencia recíproca y que sean indiferentes en lo que atañe a la sociedad conyugal (...) c) Debe repararse en que si la ley no acuerda a ninguno de los esposos los beneficios que concede al inocente, es porque si bien no los considera culpables, entiende implícitamente que ambos son responsables del fracaso matrimonial (...) d) en suma, si la sentencia de divorcio o separación personal se dicta con fundamentos en la interrupción prolongada de la convivencia, sin analizar la culpabilidad de los cónyuges, ninguno de ellos tendrá derecho a participar de los bienes adquiridos por el otro a partir de la separación de hecho".

(12) CCyC., arts. 432, 433, 466, 467, 480, 489, 641.

(13) ARIANNA, CARLOS, "Separación de hecho y sociedad conyugal", en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, nº 46, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2010, p. 2 y ss. Explica que las causas del mantenimiento prolongado de esta situación fáctica pueden obedecer a distintos factores, entre ellos la falta de medios económicos para afrontar los costos del divorcio o de coincidencia temporal en la decisión de poner fin al matrimonio.

(14) ZANNONI, EDUARDO A., *Derecho Civil. Derecho de Familia*, 5ª ed. actualiz. y amp., Bs. As., Astrea; 2006, t. 1, p. 702 y ss.

Esta posibilidad de los cónyuges no está permitida en el derecho vigente, en que el régimen de comunidad de ganancias es único, legal, imperativo y de orden público.

En el nuevo sistema, los cónyuges pueden convenir la disolución de la comunidad de ganancias a fin de sujetarse a otro régimen patrimonial, como es la separación de bienes.

Recuérdese que, por convención matrimonial, los contrayentes pueden por escritura pública —o por instrumento privado homologado por el juez, art. 448 Código Civil y Comercial— elegir alguno de los regímenes matrimoniales previstos en el Código (arts. 446 inc. d). Se agrega que, a falta de opción, los cónyuges quedan sujetos al régimen de comunidad (art. 463).

Una vez celebrado el matrimonio conforme al art. 449, el régimen patrimonial puede modificarse por convención de los cónyuges, después de un (1) año de aplicación del régimen patrimonial convencional o legal, por escritura pública.

Tanto en la opción originaria de los contrayentes por un régimen patrimonial (art. 448 Código Civil y Comercial), o cuando se modifica el régimen patrimonial ya elegido durante el matrimonio (art. 449 CCyC), para que produzca efectos respecto a terceros debe anotarse marginalmente en ambos casos en el acta de matrimonio.

En todo supuesto, los acreedores anteriores a la fecha de cambio del régimen que invoquen un perjuicio por tal mutación, pueden requerir que ese cambio de régimen sea inoponible a ellos en el término de un año desde que conocieron la transformación (art. 449 *in fine*, Código Civil y Comercial).

La hipótesis de extinción de la comunidad de ganancias por cambio de régimen patrimonial comprende los siguientes pasos:

- a. Los cónyuges están sujetos al régimen de comunidad de ganancias.
- b. Ambos deciden finalizar ese régimen de comunidad y trasladarse al régimen de separación de bienes.
- c. Los requisitos exigidos para la mutación de régimen son: i) que haya transcurrido un (1) año desde la aplicación del régimen patrimonial de comunidad; ii) que el cambio de régimen se efectúa a través de una escritura pública —para algunos debe agregarse instrumento privado homologado por el juez—; iii) para ser oponible a terceros, debe anotarse marginalmente el cambio de régimen en el acta de matrimonio; iv) que sean personas mayores de edad.

Puede afirmarse, entonces, que no existe disolución de la comunidad fundada en el convenio o acuerdo de los cónyuges, salvo la hipótesis de modificación de régimen matrimonial.

El art. 449 CCyC permite que los cónyuges elijan el régimen patrimonial al que se sujetarán, y la circunstancia de que los cónyuges puedan elegir — el régimen de comunidad o el de separación de bienes—, es una opción mutable, por diversos motivos, por lo cual se introduce entre las causas de extinción de la comunidad “la modificación del régimen convenido” (art. 475, inc. e): los cónyuges transitan desde la comunidad de ganancias como régimen patrimonial, al de separación de bienes.

El momento en que comenzarán a regir los efectos se ha previsto claramente: desde la fecha de la inscripción de la modificación del régimen en el acta de matrimonio.

No existe una previsión clara en la norma que regule o fije la fecha desde la cual tiene efectos entre los cónyuges el cambio de régimen, como sí acontece en otros sistemas.⁽¹⁵⁾

El momento en que comenzarán a regir los efectos entre las partes o los cónyuges, entendemos que es la fecha del acto por el que se muta el régimen, que dependerá por qué vía se haya operado: la escritura pública o desde la fecha de la sentencia que homologa judicialmente el instrumento privado que muda el régimen.

El cambio de régimen se efectúa, entonces, a través de una escritura pública —para un sector debió preverse **por instrumento privado homologado por el juez**—; y para ser oponible a terceros debe anotarse marginalmente el cambio de régimen en el acta de matrimonio.

La fecha desde la que debe reputarse disuelta la comunidad de ganancias, cuando se muta al régimen de separación de bienes respecto a terceros, es la de su inscripción en el Registro Civil —anotación marginal en la partida— (art. 449, Código Civil y Comercial).

Entre los cónyuges, el cambio de régimen puede operar efectos desde la escritura pública o desde la fecha de la sentencia que homologa judicialmente el instrumento privado que muta el régimen, que expresa la remisión a la fecha del acto que concreta el cambio de régimen patrimonial.

(15) El art. 433 del Código de Quebec establece en su segundo y tercer párrafo que “La modificación del régimen efectuada durante el matrimonio produce efectos desde el día del acto en que se hace constar. No se puede estipular que el régimen matrimonial o su modificación tengan efectos en otra fecha”.

1.3. Fecha desde la que debe reputarse disuelta la comunidad de ganancias

El momento de extinción de la comunidad de ganancias, depende de la causa en que se funde (arts. 475, 476 y 480).

Analizamos cada causa de extinción de la comunidad en los supuestos previstos en el art. 475.⁽¹⁶⁾

1.3.1. Muerte

En caso de muerte de uno de los cónyuges, la comunidad se extingue el día del fallecimiento (art. 476).

1.3.2. Muerte presunta

En la hipótesis de presunción de fallecimiento, los efectos de la extinción de la comunidad se retrotraen al día presuntivo del fallecimiento (art. 476).

1.3.3. Anulación, divorcio y separación de bienes

La anulación del matrimonio, el divorcio o la separación de bienes producen la extinción de la comunidad con efecto retroactivo al día de la notificación de la demanda o de la petición conjunta de los cónyuges (art. 480).

1.3.4. Nulidad del matrimonio

Para que impacte en el régimen de bienes debe tratarse de un matrimonio putativo —ambos o un cónyuge de buena fe—.

Si ambos cónyuges son de buena fe, o uno de ellos es de buena fe, los efectos del matrimonio son válidos hasta el día en que se declara la nulidad. La sentencia firme de nulidad disuelve el régimen de comunidad (arts. 428, 429), con efectos retroactivos previstos en el art. 480, es decir a la fecha de notificación de la demanda.

Si ambos cónyuges son de mala fe, la unión no puede provocar efecto alguno, y la solución para la distribución y atribución de los bienes remite a la acreditación de aportes en el marco de una sociedad no constituida regularmente.

(16) Véase SOLARI, NÉSTOR E., "El régimen patrimonial del matrimonio en el Anteproyecto de Código Civil," en Kemelmajer de Carlucci y Herrera (coords.), *El Derecho de Familia en el Anteproyecto de Código Civil*, JA, número especial, Bs. As, Abeledo-Perrot, 2012-II, 20/06/2012, p. 10 y ss.

1.3.5. Divorcio

El divorcio genera la extinción de la comunidad con efecto retroactivo al día de la notificación de la demanda o de la petición conjunta de los cónyuges (art. 437).

Si la separación de hecho sin voluntad de unirse precedió al divorcio, la sentencia tiene efectos retroactivos al día de esa separación.

Se ha generado una facultad relevante para el juez del divorcio, en punto a que pueda modificar ese efecto retroactivo: se consigna en la norma la retroactividad de efectos a la fecha de notificación de la demanda o de presentación conjunta por los dos cónyuges de la petición de divorcio, o a la fecha de la separación de hecho que precedió al divorcio, o se suma, según la mirada y valoración del juez, la extensión del efecto retroactivo fundándose en la existencia de fraude o abuso del derecho.

En todos los casos quedan a salvo los derechos de los terceros de buena fe que no sean adquirentes a título gratuito.

1.3.6. Separación de bienes

La separación judicial de bienes produce la extinción de la comunidad con efecto retroactivo al día de la notificación de la demanda o de la petición conjunta de los cónyuges (art. 480).

El juez queda facultado para modificar la extensión del efecto retroactivo fundándose en la existencia de fraude o abuso del derecho.

En todos los casos, quedan a salvo los derechos de los terceros de buena fe que no sean adquirentes a título gratuito.

1.3.7. Separación de hecho anterior a la anulación o al divorcio

Destacamos la hipótesis de la separación de hecho anterior a la anulación o al divorcio, por separado dentro del art. 480 citado, ya que es una previsión relevante.

Si la separación de hecho sin voluntad de unirse precedió a la anulación del matrimonio o al divorcio, la sentencia tiene efectos retroactivos al día de esa separación (480, 2º párr.).

El juez puede modificar la extensión del efecto retroactivo fundándose en la existencia de fraude o abuso del derecho (480, 3º párr.).

En todos los casos, quedan a salvo los derechos de los terceros de buena fe que no sean adquirentes a título gratuito (480, 4° párr.).

1.3.8. Separación judicial de bienes

En el caso de separación judicial de bienes, los cónyuges quedan sometidos al régimen establecido en los arts. 505, 506, 507 y 508, que es el sistema previsto para ese régimen (480, 5° párr.).

1.4. La modificación del régimen patrimonial matrimonial

La fecha desde la que debe reputarse disuelta la comunidad de ganancias, cuando se muta al régimen de separación de bienes respecto a terceros, es la de su anotación marginal en el acta de matrimonio en el Registro Civil (art. 449).

Entre los cónyuges el cambio de régimen puede operar efectos desde la escritura pública por la que se modifica el régimen, o desde la fecha de la sentencia que homologa judicialmente el instrumento privado que muta el régimen de comunidad a separación de bienes —que no está previsto expresamente—.

1.5. Cese de la separación de bienes

1.5.1. Consideraciones generales

El régimen de separación —como se consigna en los Fundamentos— está presidido por el principio de libre administración y disposición de los bienes personales de cada cónyuge, con las limitaciones previstas en el Título referido a los actos que requieren asentimiento y al deber de contribución. Se dispone el principio de libertad probatoria para demostrar la propiedad exclusiva de un bien. La idea comunitaria ingresa al régimen de separación al establecerse que si no se puede acreditar la propiedad exclusiva, se presume que el bien pertenece a ambos cónyuges por mitades.⁽¹⁷⁾

(17) KRASNOW, ADRIANA N., "Las relaciones patrimoniales entre cónyuges en el Proyecto", DFyP 2012 (julio), LL, 104. Destaca las notas típicas del régimen esbozado (arts. 505 y ss.): 1. Cada cónyuge tiene la libre administración y disposición de sus bienes personales. 2. Cada cónyuge responde por sus deudas contraídas, con excepción de lo dispuesto en el art. 461. 3. Cesa el régimen por: a) disolución del matrimonio; b) modificación del régimen convenido por los cónyuges. En el caso de disolución del matrimonio, ante la falta de acuerdo entre los cónyuges o sus herederos, se aplican para la partición de los bienes indivisos las normas que rigen la partición de las herencias.

El principio de la autonomía de la voluntad se admite dentro del régimen patrimonial del matrimonio, y los cónyuges ejercen cierta libertad para pactar el régimen patrimonial que regirá su matrimonio: pueden optar entre el régimen de comunidad de bienes y ganancias y el régimen de separación de bienes.

Se supera totalmente el régimen patrimonial matrimonial legal único y forzoso, y se autoriza a quienes van a contraer matrimonio a que opten entre el régimen de comunidad de bienes y el de separación de bienes,⁽¹⁸⁾ como así también se prevé la posibilidad de cambiar el régimen después de que las nupcias fueran celebradas.⁽¹⁹⁾

A diferencia del proyecto de 1993 que incluía el régimen de participación en las ganancias como régimen económico convencional, y reiterando el Proyecto del 98, solo se admite optar entre el régimen de comunidad y el de separación de bienes.

Este régimen es el que menos impacto produce sobre la propiedad de los bienes de los cónyuges. Cada uno de ellos sigue administrando y disponiendo libremente sus bienes con las limitaciones que le imponen las normas que regulan las disposiciones comunes para todos los regímenes previstas en la sección tercera.⁽²⁰⁾

Esta es una de las reformas relevantes en la propuesta⁽²¹⁾ para el régimen patrimonial del matrimonio: la introducción de la opción por el régimen de separación de bienes, en el cual cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición de sus bienes personales; cada uno es responsable por las deudas que contrae —salvo el art. 461—, refiriéndose los bienes solo como “personales”, no siendo posible utilizar las voces de bienes propios y gananciales en este régimen de separación de bienes.

(18) Véase el análisis del régimen de separación de bienes en GUAGLIANONE, AQUILES HORACIO, *Régimen patrimonial del matrimonio*, Bs. As., Ediar, 1968, t. I, n° 9, p. 32.

(19) MEDINA, GRACIELA, “El régimen patrimonial del matrimonio en la reforma al Código Civil y Comercial”, en *DFyP* 2012 (noviembre), LL, 01/11/2012, p. 3.

(20) CAMPOS, ROBERTO D., “La regulación de las relaciones patrimoniales entre cónyuges en el Código proyectado”, *DFyP* 2012 (noviembre), LL, 01/11/2012, p. 43.

(21) MIZRAHI, MAURICIO LUIS, “Interés familiar”, en Lagomarsino y Salerno (dirs.), *Enciclopedia de Derecho de familia*, t. II, Bs. As., Universidad, 1992, p. 556.

1.5.2. Las causas del cese de la separación de bienes

En paralelo con la extinción de la comunidad de ganancias por las causas que ya hemos consignado (art. 475 CCyC), en el régimen de separación de bienes opera el cese del mismo estipulándose también las causas.

Se prevén, en forma general, dos causales de cese del régimen de separación de bienes (art. 507): 1) la disolución del matrimonio; y 2) la modificación del régimen de separación de bienes convenido.⁽²²⁾

Las causas de cese del régimen de separación de bienes son entonces, conjugando ambas normas (arts. 435 y 507, Código Civil y Comercial):

- i. la muerte comprobada o presunta de uno de los cónyuges;
- ii. el divorcio;
- iii. la modificación del régimen de separación de bienes cuando los cónyuges habían optado por el régimen de comunidad.

Es que, conforme al art. 435 del Código Civil y Comercial, el matrimonio se disuelve por: a) muerte de uno de los cónyuges; b) sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento; y c) divorcio declarado judicialmente.

Se infiere que la cesación del régimen de separación de bienes opera por decisión judicial (la sentencia de divorcio), por el acuerdo de partes (el cambio de régimen patrimonial matrimonial), o por la muerte real o presunta.

2. Algunas conclusiones

A manera de síntesis proponemos algunas conclusiones.

La opción de régimen patrimonial

El Código Civil y Comercial innova rotundamente en cuanto al régimen ordinario, implantando el régimen de separación de bienes, como elección que depende de la iniciativa de los contrayentes o cónyuges.

(22) AAVV, "Fundamentos", en *Código Civil y Comercial de la Nación*, Proyecto del Poder Ejecutivo Nacional redactado por la Comisión de Reformas designada por Decreto Presidencial 191/2011, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2012, p. 486 y ss.

Disolución del régimen de comunidad de ganancias y cese del régimen de separación de bienes

Perfilándose dos regímenes ordinarios, el de comunidad de ganancias y la separación de bienes, cabe aclarar que la **disolución** del régimen en el Código se destina a la extinción de la comunidad (art. 475).

En cambio, se reserva para el régimen de separación de bienes la expresión **cese del régimen** (art. 507), voces esclarecedoras de las notas distintivas entre dos conjuntos normativos que son sustancialmente diferentes, la comunidad de ganancias y la separación de bienes —más allá de un régimen común que los abarca en la órbita de la protección de los derechos básicos—.

La taxatividad de las causas de extinción de la comunidad

La extinción del régimen de comunidad opera por las causas que la ley dispone, que son taxativas (art. 475 proyectado).

La comunidad y las razones de extinción

La comunidad se extingue por: a) la muerte comprobada o presunta de uno de los cónyuges; b) la anulación del matrimonio putativo; c) el divorcio; d) la separación judicial de bienes; e) la modificación del régimen matrimonial convenido.

Las causas del cese de la separación de bienes

En paralelo con la extinción de la comunidad de ganancias por las causas ya consignadas (art. 475), en el régimen de separación de bienes opera el cese del mismo estipulándose también las causas.

Las razones del cese del régimen de la separación de bienes

Las causas de cese del régimen de separación de bienes son —conjugando los arts. 435 y 507 CCyC—: i) la muerte comprobada o presunta de uno de los cónyuges; ii) el divorcio; iii) la modificación del régimen de separación de bienes cuando los cónyuges habían optado por el régimen de comunidad.



La extinción de la comunidad de ganancias

Análisis del Código Civil y del Código Civil y Comercial

ANA MARÍA CHECHILE⁽¹⁾



1. Código Civil. Introducción

La disolución de la sociedad conyugal trae como consecuencia la extinción del régimen de comunidad de ganancias, lo que significa que todos los bienes que los esposos adquieran en el futuro serán propios de cada uno de ellos.⁽²⁾ Expresa el art. 1301 CC que “Después de la separación de bienes, los cónyuges no tendrán parte alguna en lo que en adelante gane el otro cónyuge” (t. o. ley 26.618).

Una de las características del régimen patrimonial del matrimonio en el sistema actual es que se asienta sobre normas imperativas. Esta particularidad la conserva también a la disolución, vale decir, que la sociedad conyugal se disuelve únicamente por las causales reguladas en la ley y estas no pueden ser modificadas por los cónyuges.⁽³⁾

(1) Profesora regular, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de La Plata.

(2) ZANNONI, EDUARDO A., *Derecho civil. Derecho de familia*, 5ª ed., Bs. As., Astrea, 2006, t. 1, p. 695.

(3) BELLUSCIO, AUGUSTO C., *Manual de derecho de familia*, 7ª ed., Bs. As., Astrea, 2002, t. 2, p. 153.

Estas causales se encuentran, principalmente enumeradas en el art. 1291 CC, que establece que “La sociedad conyugal se disuelve por la separación judicial de los bienes, por declararse nulo el matrimonio y por la muerte de alguno de los cónyuges”. Esta norma se complementa con el art. 1306 que, en su primer párrafo, dispone: “La sentencia de separación personal o de divorcio vincular produce la disolución de la sociedad conyugal con efecto al día de la notificación de la demanda o de la presentación conjunta de los cónyuges, quedando a salvo los derechos de los terceros de buena fe”. Finalmente, el elenco de posibilidades culmina con lo dispuesto en la ley 14.394 en relación al fallecimiento presunto.

Las analizaremos separadamente.

2. La separación judicial de bienes

La separación de bienes tiene lugar por medio de una acción autónoma en supuestos en que el vínculo matrimonial subsiste,⁽⁴⁾ y tiene por objeto disolver la sociedad conyugal y sustituirla por el régimen patrimonial extraordinario de separación de bienes que regirá las relaciones económicas de los esposos hasta que se produzca alguna de las causales que extinga todo régimen patrimonial.⁽⁵⁾

Nuestro derecho solo admite la separación judicial de bienes en supuestos determinados, excluyendo la posibilidad de que los esposos puedan elegir acogerse a un régimen de separación de bienes como lo permiten otras legislaciones.⁽⁶⁾

Las causales que habilitan a solicitar la separación judicial de bienes son: 1) la interdicción de uno de los cónyuges y administración de los bienes del interdicto por un tercero (art. 1290 CC); 2) la mala administración de uno de los esposos; 3) el concurso; y 4) el abandono de hecho (art. 1294 CC).

2.1. La interdicción de uno de los cónyuges y la administración de los bienes del incapaz por un tercero

Esta causal, prevista en el art. 1290 CC, si bien alude solo a la mujer, en la actualidad no se duda que es aplicable a ambos cónyuges⁽⁷⁾

(4) ZANNONI, *op. cit.*, p. 695.

(5) BELLUSCIO, *op. cit.*, p. 159.

(6) *Ibid*, p. 159.

(7) *Ibid*, p. 161.

independientemente de su orientación sexual (art. 42 ley 26.618), y ocurre cuando uno de ellos es declarado interdicto y el otro no desea asumir el cargo de curador y, en consecuencia, se designa a un tercero.

En los orígenes de la aplicación de la causal, el fundamento residía en la unidad de administración de los bienes que tenía el marido. Si este era declarado interdicto y su mujer aceptaba desempeñar el cargo de curadora, a ella pasaba la administración de todos los bienes, mas si ella se negaba a esta administración en forma unitaria, se le transfería al tercero a quien se le asignaba la función de curador. De ahí que si la esposa no deseaba que sus bienes fuesen administrados por el tercero, podía solicitar la separación judicial de bienes. Luego de la sanción de la ley 17.711, la gestión de los bienes pasó a ser separada y por ello la interdicción de uno de los consortes no altera la administración de los bienes del sano. En todo caso, si es designado curador, tendrá además la administración de los bienes del consorte afectado en su salud mental —pero no se formará una unidad de gestión—, y se le aplicará a este las normas de la curatela.⁽⁸⁾

En líneas generales, y aunque la aplicación de la causal tiene un ámbito reducido, la mayoría de la doctrina la considera vigente.⁽⁹⁾ Empero, hay un sector de juristas que entienden que ha perdido virtualidad dado que la designación de curador a un tercero no le genera al otro esposo ninguna restricción en la administración de sus bienes propios y gananciales.⁽¹⁰⁾

2.2. Mala administración

El art. 1294 originario establecía: “El derecho para pedir la separación de los bienes, solo compete a la mujer, cuando la mala administración del marido le traiga peligro de perder sus bienes propios, o cuando hubiese hecho concurso de acreedores”.

(8) ZANNONI, *op. cit.*, pp. 696/697; 602/604.

(9) AZPIRI, JORGE O., *Régimen de bienes en el matrimonio*, Bs. As., Hammurabi, 2002, p. 201; BELLUSCIO, *op. cit.*, p. 161; ZANNONI, *op. cit.*, pp. 696/697; SAMBRIZZI, EDUARDO A., *Régimen de bienes en el matrimonio*, Bs. As., La Ley, 2007, t. II, p. 67.

(10) MAZZINGHI, JORGE A., *Tratado de derecho de familia*, 4ª ed., Bs. As., La Ley, 2006, t. 2, p. 402. En similar sentido, Róveda, que considera que esta causal “se encuentra derogada tácitamente por los cambios producidos en el régimen de gestión de los bienes gananciales a partir de la reforma de 1968”, en “El concurso o la quiebra como causal de separación judicial de bienes (art. 1294, CCiv.)”, *RDF* 2008-I-73.

Esta norma preveía como garantizar los bienes propios de la mujer que eran administrados por el marido.⁽¹¹⁾ Con la sanción de las leyes 11.357 y 17.711 se cuestionó la vigencia de este artículo dando origen a diferentes posturas debido a la separación de responsabilidades instaurada por los arts. 5 y 6 de la primera ley, y la reforma del art. 1276 por la segunda de ellas, que estableció la libre administración y disposición de los bienes de cada cónyuge con las excepciones del art. 1277.⁽¹²⁾ Estas distintas hipótesis fueron superadas con la reforma al art. 1294 por la ley 23.515. Esta ley modificó el precepto en estudio que quedó redactado de la siguiente manera: “Uno de los cónyuges puede pedir la separación de bienes cuando el concurso o la mala administración del otro le acarree peligro de perder su eventual derecho sobre los bienes gananciales, y cuando mediare abandono de hecho de la convivencia matrimonial por parte del otro cónyuge”.

Coincidimos con la postura que observa que la norma tiene una finalidad preventiva ante la administración inepta de uno de los consortes, que puede perjudicar el derecho en expectativa que tiene el otro de participar sobre esos bienes a la disolución de la sociedad conyugal.⁽¹³⁾

2.2.1. Concepto de mala administración

Este tema fue debatido en las XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, que tuvieron lugar hace algo más de veinte años (1989). Como resultado de aquella discusión, por unanimidad se recomendó:

... interpretar que la mala administración a que se refiere el art. 1294 implica un elemento objetivo —gestión inepta, trátase de bienes propios o gananciales— evidenciada por gastos excesivos, disipación, insolvencia, etc., y un elemento subjetivo —falta de aptitud, negligencia o dolo en la gestión de los bienes— (...) la mala administración exige valorar la administración en su conjunto, no en base a un acto aislado, salvo que este, por su magnitud o entidad apareje el peligro que la ley tiende a evitar.⁽¹⁴⁾

(11) ZANNONI, *op. cit.*, pp. 698/699.

(12) Véase un exhaustivo desarrollo en BELLUSCIO, AUGUSTO C., “La separación de bienes sin separación de cuerpos”, *RDF* 4-1990-67.

(13) ZANNONI, *op. cit.*, pp. 698/699; MAZZINGHI, *op. cit.*, p. 390.

(14) ZANNONI, *ibid.*

En esta línea argumental, se ha afirmado que:

... la mala administración que autoriza a pedir la separación de bienes no se configura por una pérdida o quebranto accidental, por el mayor o menor acierto en los negocios, sino que esa causal requiere una conducta de contornos definidos, que se exteriorice en una serie de actos y que en el contexto de una administración, evidencien un obrar desaprensivo, temerario o de franca ineptitud.⁽¹⁵⁾

2.2.2. Medios de prueba

Cuando se invoca la causal de mala administración, la prueba debe estar dirigida a acreditar la negligencia en la gestión. Entre las pautas que deben tenerse en cuenta, se han mencionado los resultados negativos que arrojan los negocios, el pasivo superior al activo.⁽¹⁶⁾

Pueden arbitrarse todos los medios de prueba, incluso la confesión, siempre y cuando —junto con la restante prueba producida— el juez se convenza de que la misma no esconde un acuerdo entre los cónyuges para pasar a quedar regulados por un régimen patrimonial de separación de bienes que nuestro derecho prohíbe en forma convencional (art. 1218 CC).⁽¹⁷⁾

Con las mismas consideraciones se admite el allanamiento.⁽¹⁸⁾

Aunque no necesariamente la mala administración implica que sea fraudulenta, si se diera este supuesto podrá acumularse a la de separación de bienes, la acción prevista en el art. 1298 CC.⁽¹⁹⁾ En este sentido se ha argumentado que “entre la mala administración y fraude puede sostenerse

(15) CNAC. AP.EL. Civ., Sala B, 13/8/87, “C. De V., R. E. c/ V., J.”, LL 1988-D-493.

(16) AZPIRI, *op. cit.*, p. 202; MAZZINGHI, *op. cit.*, p. 391.

(17) En las XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil se llegó por unanimidad a la siguiente conclusión: “La mala administración puede probarse por todos los medios, incluso la confesión. Es suficiente el allanamiento, siempre que el juez advierta que la acción no es un mero instrumento para alterar el régimen de la sociedad conyugal, que en nuestro derecho tiene carácter forzoso”, véase ZANNONI, *op. cit.*, p. 700; MAZZINGHI, *op. cit.*, p. 391. En contra, BELLUSCIO, *Manual...*, *op. cit.*, p. 163. Aclara este autor que “parecería que el allanamiento y la confesión no pudiesen ser admitidos sin prueba corroborante, pues lo contrario podría constituir un medio para disolver de común acuerdo la sociedad conyugal, alteración convencional del régimen matrimonial que no admite la ley vigente”.

(18) MAZZINGHI, *op. cit.*, p. 391.

(19) SAMBRIZZI, *op. cit.*, p. 92.

que hay una relación de género y especie, pues todo acto fraudulento implica mala administración, pero no necesariamente la mala administración es fraudulenta, ya que también puede derivar meramente de la gestión culposa, negligente, o de la falta de aptitud en el manejo de los bienes".⁽²⁰⁾

2.2.3. Para que se configure la mala administración, ¿debe esta recaer sobre bienes gananciales?

En general, la doctrina es conteste en que si bien la norma alude a perder el eventual derecho sobre los bienes gananciales, no es necesario que la administración negligente lo sea sobre estos bienes pues aun una mala gestión sobre los propios puede repercutir en la contracción de deudas que pongan en peligro a los bienes gananciales.⁽²¹⁾

2.3. El concurso como causa que habilita a solicitar la separación judicial de bienes⁽²²⁾

2.3.1. Antecedentes

El antiguo art. 1294 guardaba coherencia con el sistema de administración y responsabilidad por deudas del Código de Vélez, pues, según el hoy derogado art. 1276, el marido era el administrador legítimo de todos los bienes del matrimonio, tanto de los dotales como de los adquiridos después de formada la sociedad. Por su parte, el pasivo "se regía por el art. 1275 CC, determinando con qué bienes se respondía frente a los acreedores".⁽²³⁾

Consecuencia de lo anterior, si el marido caía en concurso, todos los bienes gananciales que administraba eran absorbidos por los acreedores concursales. En cambio, le eran restituidos a la mujer sus bienes propios por aplicación de los arts. 1317 y 1322 de nuestro ordenamiento legal; razón por la cual el ejercicio de la acción de separación de bienes beneficiaba a la mujer

(20) BELLUSCIO, AUGUSTO C., "La separación de bienes sin separación de cuerpos", *RDF* 4-1990-67.

(21) BELLUSCIO, AUGUSTO C., "La separación...", *op. cit.*, p. 79, y *Manual...*, *op. cit.*, p. 162; SAMBRIZZI, *op. cit.*, p. 86.

(22) Este punto fue realizado sobre la base del artículo publicado junto con la Dra. Analía Rodríguez, "El concurso de uno de los cónyuges como causal para solicitar la separación judicial de bienes", en *JA* 1998-III-893, que ha sido ampliado y actualizado.

(23) ARIANNA, CARLOS A., "Disolución de la sociedad conyugal", en Lagomarsino; Salerno y Uriarte (coords.), *Enciclopedia de Derecho de Familia*, t I, Bs. As., Universidad, 1992, p. 903.

no solo porque “eliminaba la ganancialidad para el futuro (art. 1301)” sino porque además “recuperaba sus bienes propios (art. 1299)”.⁽²⁴⁾

Cuando el régimen de deudas y administración fue modificado por las leyes 11.357 y 17.711, el art. 1294 perdió sentido, pues por el art. 1276 reformado cada esposo tiene la libre administración y disposición de sus bienes propios y de los gananciales adquiridos con su trabajo personal o por cualquier otro título (con las restricciones previstas en el art. 1277); y por el art. 5 de la ley 11.357 ninguno de los esposos responde por las deudas del otro salvo las excepciones del art. 6 de la citada ley.

2.3.2. Concurso preventivo y quiebra

Una de las cuestiones que suscita la redacción del precepto es si, cuando se alude a concurso, se refiere solo a la quiebra o comprende también al concurso preventivo.

En general, la doctrina incluye indistintamente ambos supuestos,⁽²⁵⁾ pues la letra de la ley no autoriza a excluir el concurso preventivo.

En esta orientación se ha sostenido que “el planteo de separación de bienes por parte de la cónyuge *in bonis*, deducido y resuelto en la etapa concursal preventiva, aparece en el tiempo dentro de la facultad otorgada por la citada norma”,⁽²⁶⁾ aunque hay juristas que consideran dudoso si el precepto abarca este último supuesto.⁽²⁷⁾

En cuanto a la acreditación de los presupuestos de que se ha configurado el concurso preventivo o la quiebra, al existir una declaración judicial no se requiere ningún otro tipo de prueba.⁽²⁸⁾

(24) *Ibid.*; MÉNDEZ COSTA, MARÍA J., “La mala administración y el concurso o quiebra de un cónyuge como causales de disolución de la sociedad conyugal”, en *Revista del Notariado*, n° 744, nov.-dic. 1975, p. 1911.

(25) ZANNONI, *op. cit.*, pp. 701/702; AZPIRI, *op. cit.*, p. 201; SAMBRIZZI, *op. cit.*, p. 68; ROVEDA, EDUARDO G., “El concurso o la quiebra como causal de separación judicial de bienes (art. 1294, CCiv.)”, *RDF* 2008-I-73; CACIV. Y COM., Azul, Sala 2, 5/7/07 “A., M.E. v. B., O.R.”, en *RDF* 2008-I-63.

(26) CNAC. APCL. COM., Sala E, 16/03/1993, *ED* 153-468. Del dictamen del fiscal de Cámara en autos “Coelho, Elbio Eduardo s/ quiebra”.

(27) BELLUSCIO, *Manual...*, *op. cit.*, p. 163.

(28) SAMBRIZZI, *op. cit.*, t. 2, p. 69. En similar sentido DUTTO, RICARDO J., “La separación judicial de bienes por concurso del cónyuge”, en *JA* 1991-IV-48.

2.3.3. Significado de la frase “peligro de perder su eventual derecho sobre los bienes gananciales”

Si se compara el texto del Código de Vélez con el Código Civil, se observa la gran diferencia existente entre ambos. En el originario se hablaba del peligro para la mujer de perder los bienes propios que administraba el marido, en el actual se alude al “peligro de perder su eventual derecho sobre los bienes gananciales”.⁽²⁹⁾ Ahora bien, no se sabe a ciencia cierta qué quiso decir con esta frase el legislador de la ley 23.515. Así, se ha dicho que:

... el peligro de pérdida del eventual derecho sobre los bienes gananciales se establece como requisito común al concurso y a la mala administración, lo que ha ocasionado el desconcierto o la perplejidad de la doctrina. En efecto, si normalmente en el concurso de un cónyuge sus gananciales son absorbidos por sus acreedores, el eventual derecho del no concursado ya está perdido. Lo lógico, pues, de mantenerse la causal, habría sido la redacción que siguiese el ordenamiento de la originaria: mala administración del otro cónyuge que acarree al demandante el peligro de perder su eventual derecho sobre los bienes gananciales, o concurso de aquél.⁽³⁰⁾

Mientras alguna doctrina entiende que dicha expresión se refiere solo al supuesto de mala administración,⁽³¹⁾ Kemelmajer señala que:

... la mala administración que permite la disolución exige estar acompañada de una circunstancia calificante, cual es el peligro de perder el eventual derecho sobre los gananciales. El concurso, en cambio, presume esa pérdida eventual. En consecuencia, (...) pese al modo como la ley está redactada, el cónyuge *in bonis* que solicita la disolución solo debe probar la apertura del concurso o la declaración de la quiebra.⁽³²⁾

(29) MAZZINGHI, JORGE A., “El concurso como causa de la separación de bienes”, en ED 131-237.

(30) BELLUSCIO, AUGUSTO C., “La separación de bienes sin separación de cuerpos. Segunda parte. Separación judicial de bienes por concurso”, en RDF 19-2001-9.

(31) GUASTAVINO, ELÍAS P., “Los gananciales del fallido y el enigma del art. 1294 del Código Civil”, en ED 160-71; ARIANNA, CARLOS A., “Bienes gananciales en el proceso concursal de uno de los cónyuges”, en *Revista de Derecho y Comunitario*, 2008-I-245.

(32) KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA, *Primeras aproximaciones al tema insolvencia y régimen de bienes en el matrimonio*, Academia Nacional de Derecho, 2001, p. 385.

Al respecto, la jurisprudencia ha afirmado que resulta

... poco comprensible la mención del art. cit. al peligro de perder su eventual derecho sobre los bienes gananciales (a con-
jurar el cual propendería la separación de bienes permitida
allí), si el cónyuge *in bonis* solo podrá dividir el saldo resultante
después de atendidas las deudas del quebrado. En todo caso,
ello es un reproche para el legislador. Porque la protección fue
muy tímida, o porque habiéndola querido más intensa olvidó
reglar las consecuencias concretas de la separación de bienes
postfalencial.⁽³³⁾

2.3.4. Críticas

En el régimen actual de administración separada e irresponsabilidad de uno de los esposos por las deudas del otro, el concurso no pone en peligro los bienes que administra el consorte no concursado,⁽³⁴⁾ razón por la cual se ha dicho que “la previsión legal carece de sustento lógico”.⁽³⁵⁾

La doctrina ha criticado a la norma en estudio, pues se considera que ejercer la acción de separación judicial de bienes en estos casos podría resultar perjudicial para el esposo no concursado, pues en principio nada recibiría del concurso mientras que “los gananciales inscriptos a su nombre serían partidos, y la mitad de ellos, pasaría a engrosar la masa del concurso, interés que es comprensible desde el punto de vista de los acreedores, pero nunca del cónyuge propietario”.⁽³⁶⁾

2.3.5. El tema en la jurisprudencia

En líneas generales, en los casos publicados, el fallido es el único titular de bienes. Estas demandas se caracterizan por la intención del actor en sustraer del concurso el 50% de los bienes que en una liquidación regularmente

(33) CAPEL. CIV. Y COM. ROSARIO, Sala I, 05/03/1993 (JA 1997-II, síntesis), ED 153-463.

(34) ZANNONI, *op. cit.*, p. 701. En similar sentido, MAZZINGHI, *op. cit.*, p. 392; FANZOLATO, EDUARDO I. y ROITMAN, HORACIO, “Quiebra del cónyuge”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, n° 12, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1996, p. 127.

(35) ZANNONI, *op. cit.*, p. 701; en similar sentido, BOSSERT, GUSTAVO A., ZANNONI Y EDUARDO A., *Manual de Derecho de Familia*, 5ª ed., Bs. As., Astrea, 1998, p. 289.

(36) MAZZINGHI, *op. cit.*, p. 392; BELLUSCIO, AUGUSTO C., “La separación...”, 2°, *op. cit.*, p. 12; CAPPARELLI, JULIO C., “La mutación del régimen patrimonial matrimonial en el art. 1294 CC”, LL 1988-B-914; ARIANNA, “Bienes gananciales...”, *op. cit.*, p. 257.

hecha le hubieran correspondido. En todas estas situaciones⁽³⁷⁾ se deniega el retiro del 50% de los mismos explicando que solo se puede tomar la mitad del remanente que resulte una vez pagados los acreedores del concurso.

Al respecto, se ha dicho:

Conforme al régimen de deudas separadas en el plano de la relación externa conyugal (arts. 5 y 6 ley 11.357), el esposo debe responder con su patrimonio, de bienes propios y gananciales de su titularidad, frente a sus acreedores. Como —en la especie— el demandado está en concurso, la participación de la ganancialidad estará supeditada a que primero sean desinteresados todos los acreedores (quirografarios, y en su caso privilegiados) del cónyuge concursado, y solo de mediar remanente, se procederá a repartir el mismo con su esposa.⁽³⁸⁾

La CApel. Civ. y Com. Rosario, por su parte, declaró:

Conforme al art. 5 ley 11.357, el bien ganancial adquirido por el fallido responde íntegramente frente a los acreedores de este. De donde el desapoderamiento falencial —art. 111 LC y ss.— implica afectar a la liquidación, a partir de la fecha de la sentencia de quiebra, el 100% de dicho bien ganancial (o cualquier otro en igual situación). El activo liquidable en la quiebra es, así, una masa de bienes afectada a la satisfacción de la masa de deudas del fallido y a los acreedores del concurso; recién después de cumplido ese destino específico, sobre el saldo (si lo hubiere) podría efectivizarse el derecho del cónyuge no fallido a la mitad ganancial (...) De la formulación positiva del art. 1294 CC, a partir de la ley 23.515, no puede extraerse que el cónyuge no fallido que obtiene separación de bienes por quiebra del otro, pueda lograr la mitad de los gananciales (o del valor “bruto” de ellos) antes de que se desinterese a los acreedores del fallido y del concurso de este.⁽³⁹⁾

(37) Si bien se concede la separación judicial de bienes no se la confiere con el alcance solicitado en el fallo de la CApel. Civ., Com. y Lab. Venado Tuerto, 06/11/1990, JA 1991-IV-44; y en el de la CApel. Civ. y Com. Rosario, cit.

(38) CCIV. COM. Y LAB. VENADO TUERTO, cit.

(39) CAPEL. CIV. Y COM. ROSARIO, Sala I, “Vicentini de Balcala, Elsa Catalina c/ Balcala, Gabriel D. s/ concurso preventivo - hoy quiebra s/ separación de bienes”, ED 153-463.

Coincidentemente con los fallos *ut supra* citados, la CNac. Apel. Com., Sala E, se expidió en un caso similar argumentando que:

El carácter ganancial de los bienes solo tiene virtualidad en las relaciones entre los cónyuges, pero resulta irrelevante para los terceros acreedores, cuya prenda común se halla conformada por el patrimonio del deudor, sin distinción entre bienes propios y gananciales (...) Aquella calificación solamente da lugar a la aplicación de recompensas entre los cónyuges en oportunidad de la liquidación de la sociedad conyugal. Como corolario, en el supuesto que se analiza —en que se solicitó la separación de bienes por aplicación del art. 1294 CCiv. durante el trámite de concurso preventivo— la respectiva liquidación no podría tener lugar hasta tanto no queden satisfechos los acreedores, por cuanto el proceso concursal preserva la intangibilidad del patrimonio que constituye su prenda común (arts. 16, 17 y 18 LC). Sobvenida la quiebra (...) la cónyuge podrá hacer efectivo su crédito si hubiere remanente (...), pues no puede pretender preferencia al pago de los acreedores por recompensas a su favor.⁽⁴⁰⁾

La Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Azul, Sala II, también se ha pronunciado sobre el tema en un fallo algo más contemporáneo que los anteriores. En el sentido en que venimos analizando, ha afirmado que:

Existe consenso en que el art. 1294 CCiv. no altera el régimen general de deudas separadas en el ámbito de la relación conyugal externa (art. 5 y 6 ley 11.357) y que el esposo responde frente a sus acreedores con sus bienes propios y los gananciales de su titularidad, por lo que la participación de la ganancialidad está supeditada a que primero sean desinteresados los acreedores del fallido, y de mediar remanente se reparte el mismo con la esposa (...) La utilización de la norma del adjetivo 'eventual' revela que el derecho del cónyuge *in bonis* 'a' los bienes gananciales y no 'sobre' ellos, requiere de la previa liquidación y pago del pasivo, por lo que (...) solo podrá separar su parte de los gananciales si hubiere remanente y luego de satisfacer los créditos de los acreedores —privilegiados y quirografarios— del fallido (...) La Sra. A no adquiere ningún

(40) CNAC. APEL. COM., Sala E, "Coelho, Elbio Eduardo s/ quiebra", 16/03/1993, ED 153-468.

derecho automático e inmediato sobre los bienes gananciales (...) que desplace, modifique o altere el régimen patrimonial del matrimonio o le confiera un derecho de cobro preferente respecto de los acreedores del cónyuge fallido.⁽⁴¹⁾

2.3.6. *Alguna legislación comparada*

Pese a las críticas que hemos observado, alguna legislación comparada ha incluido esta posibilidad entre las que se enumeran para acceder a la disolución de la sociedad conyugal.

Dice el art. 72 del Código de Familia de El Salvador: “La comunidad diferida se disuelve por resolución judicial, a solicitud de alguno de los cónyuges, en cualquiera de los casos siguientes: cuando el otro cónyuge fuese declarado... en quiebra o concurso de acreedores...” (inc. 1). Por su parte, el art. 1393 del Código Civil. español expresa: “También concluirá por decisión judicial la sociedad de gananciales, a petición de uno de los cónyuges, en alguno de los casos siguientes: haber sido el cónyuge... declarado en quiebra o concurso de acreedores...” (inc. 1); mientras que el Código Civil italiano establece en su art. 191 que la sociedad conyugal se disuelve por la quiebra de uno de los esposos.

El art. 181 del Código de la Familia de la República de Panamá remite, en cuanto a la disolución de la sociedad de ganancias, a lo dispuesto en los arts. 107, 108 y 109 que regulan la conclusión del régimen de participación en las ganancias que es el legal supletorio (art. 82).⁽⁴²⁾ Este último culmina, entre otros motivos, por decisión judicial y a pedido de uno de los cónyuges “cuando al otro cónyuge se le incapacite judicialmente, por ser declarado ausente o en quiebre o concurso de acreedores, o condenado por abandono de familia. Para que el juez acuerde la disolución bastará que el cónyuge que la pidiere presente la correspondiente resolución judicial” (art. 108, inc. 1).

Es dable destacar que los mencionados ordenamientos legales prevén la causal como medio para que, unilateralmente, uno de los consortes ponga fin a la comunidad de ganancias. Esto es sumamente significativo si se tiene en cuenta que en estas legislaciones los esposos tienen la

(41) CAPEL. CIV. y COM. AZUL, Sala 2, “A., M. E. v. B., O. R.”, 05/07/2007, RDF 2008-I-63.

(42) El citado precepto dice: “A falta de capitulaciones matrimoniales o cuando éstas sean ineficaces, el régimen económico será el de participación en las ganancias”.

posibilidad de elegir uno entre varios regímenes matrimoniales y, además, de cambiarlo después de contraídas las nupcias cumpliendo determinados requisitos. Aun así, como toda opción o cambio debe ser realizado de común acuerdo entre los cónyuges, se permite que uno solo de ellos pueda solicitar la separación judicial de bienes en el supuesto en análisis.

2.3.7. *Objetivo de la causal*

Se ha señalado que el esposo habilitado para solicitar la separación judicial de bienes se beneficiará con ello en el aspecto de que no encontrará, en el futuro, ningún tipo de restricción a la disposición de sus bienes otra gananciales que le sean adjudicados en la partición, ni, obviamente, los bienes que obtenga en adelante, pues éstos, como ya dijimos, no serán reputados gananciales. La única limitación que subsistirá será la que estipula con respecto al hogar conyugal el art. 1277 CC.⁽⁴³⁾

La sociedad conyugal tarde o temprano tendrá que disolverse. Es cierto que mientras ello no ocurra, como dice Mazzinghi,⁽⁴⁴⁾ el art. 5, ley 11.357, pone a buen recaudo los gananciales que administre el cónyuge no concursado. Sin embargo, sería previsor el esposo legitimado que solicite la separación de bienes y se asegure de que si bien tiene que compartir el 50% de sus gananciales actuales, no compartirá, en adelante, ninguna adquisición más. Caso contrario, es posible que su patrimonio siga aumentando con su exclusivo esfuerzo, ya que de todos modos en algún momento, y necesariamente, sobrevendrá una causal de disolución y la pérdida será entonces mayor, pues nada asegura que el consorte fallido,

(43) MÉNDEZ COSTA, MARÍA J. y D'ANTONIO, DANIEL H., *Derecho de familia*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, t. II, p. 207. Con similares argumentos, GUASTAVINO, *op. cit.*

(44) Zannoni argumentaba en la 1ª ed. de *Régimen de matrimonio civil y divorcio*. Ley 23.515, Bs. As., Astrea, 1987, p. 124, que "la previsión de la reforma, protege a los cónyuges frente a la mala administración, o al concurso del otro, que puede importar no solo la pérdida de los gananciales de la masa del esposo mal administrador o concursado, sino, además, obligar eventualmente a dividir con él los gananciales adquiridos con el esfuerzo del otro exclusivamente". Este razonamiento —que no aparece en las sucesivas ediciones de la obra— fue criticado por Mazzinghi en los siguientes términos: "No se ve en función de qué el cónyuge concursado podría obligar al otro a dividir sus gananciales. Ello podría ocurrir si sobreviniera alguna otra causal de disolución de la sociedad conyugal, pero mientras ello no sobrevenga el art. 5 de la ley 11.357 pone a buen recaudo los gananciales que administre el cónyuge no concursado". Si bien este autor reconoce que "así el concursado reclamara luego la separación de bienes —por divorcio, separación personal, etc.—, el otro cónyuge debería desprenderse de la mitad de sus gananciales y no podría, en cambio, obtener la mitad de los del otro, absorbidos por el concurso"; véase MAZZINGHI, "El concurso como causa...", *op. cit.*

aún rehabilitado, sea capaz de ejercer una administración apta para obtener bienes que puedan reputarse gananciales. De todas formas, es solo una opción que el cónyuge no concursado deberá evaluar en su caso y ver qué es lo más conveniente.

También sería ventajosa la solicitud por parte del esposo no concursado que no poseyera bienes y que tuviese expectativas de adquirirlos en el futuro.⁽⁴⁵⁾

Si bien la causal podría quedar encuadrada en la de mala administración, no siempre el concurso preventivo implica mala administración como advirtieron Zannoni⁽⁴⁶⁾ y Gowland.⁽⁴⁷⁾ Si se redujera la causal a este único supuesto, no podría solicitarse la separación judicial de bienes ante el concurso preventivo en donde el concursado probara que no hubo mala administración.

En un sistema como el actual donde va ganando terreno, si bien muy lentamente, la autonomía de la voluntad, es bueno generar opciones que en definitiva no son nada más que eso: alternativas puestas a disposición de los cónyuges quienes pueden tomarlas o no, y nadie mejor que ellos para saber las ventajas y desventajas que esta elección lleva implícita.

2.4. El abandono de hecho

En nuestro sistema legal la separación de hecho no es causa de disolución de la sociedad conyugal.⁽⁴⁸⁾

(45) BELLUSCIO, *Manual...*, op. cit., p. 163; CAPPARELLI, op. cit.; ARIANNA, "Bienes gananciales...", op. cit.

(46) ZANNONI, EDUARDO A., op. cit., p. 701.

(47) GOWLAND, ALBERTO J., "El concurso: desafortunada reaparición en la ley 23.515 de una desaparecida causal de separación de bienes (dos sentencias coincidentes)", ED 153-463.

(48) CNAC. APEL. CIV., Sala D, 18/09/1973, ED 52-129; CCiv., Com. y de Minas San Luis, 1ª, 06/12/1973, ED, 57-581; CAPEL. CIV. Y COM. MORÓN, 2ª, 23/05/1978, ED 80-709; CNAC. APEL. CIV., Sala F, 26/12/1979, LL 1980-D-234; ED 88-460; CNAC. APEL. CIV., Sala B, 27/05/1980, ED 89-207; CNAC. APEL. CIV., Sala E, 08/04/1981, LL 1981-C-481; CNAC. APEL. CIV. Y COM., Sala D, 27/9/84; JA 1985-III-593; CNAC. APEL. CIV. Y COM., Sala F, 07/09/1987, LL 1989-B-178; CAPEL. CIV. Y COM. AZUL, Sala I, 20/10/1993, LL 1994-D-227; CNAC. APEL. CIV., en pleno, 29/9/1999, JA 2000-I-557; ED 185-374; RDF 16-2000- 187. MAZZINGHI, op. cit., p. 396; ZANNONI, EDUARDO A., *Liquidación y calificación de bienes de la sociedad conyugal*, Bs. As., Astrea, 1976, p. 78, y op. cit, p. 702; MÉNDEZ COSTA, MARÍA J., "Dos importantes cuestiones sobre sociedad conyugal, separación de hecho y divorcio por presentación conjunta", LL 1980-D-234; BISCARO, BEATRIZ R., "La liquidación de la sociedad conyugal cuando la separación personal y el divorcio se fundan en la separación de hecho

La ley 23.515, al modificar el art. 1294 CC, introduce esta nueva causal —abandono de hecho— que permite al consorte abandonado petitionar la separación de bienes. Para que se configure la misma es necesario la concurrencia de dos elementos de carácter subjetivo, a saber, culpabilidad en el abandono, por un lado, y la inocencia en el consorte que se presenta a solicitar la separación judicial de bienes, por otro.⁽⁴⁹⁾

El fundamento de esta causal radica en que la violación al deber de cohabitación por uno de los cónyuges quita toda base ética y económica a la subsistencia de la sociedad conyugal, pues es de suponer que los esposos ya no se prestan la colaboración mutua que implica la convivencia.⁽⁵⁰⁾

2.4.1. Concepto de abandono de hecho y legitimación activa

El abandono de hecho se configura por la interrupción injustificada de la convivencia por parte de uno de los esposos;⁽⁵¹⁾ es decir que se le otorga el mismo significado que al abandono voluntario y malicioso que tipifica el inc. 5° del art. 202 como causal subjetiva de separación personal y divorcio vincular (art. 214, inc. 1).

Se ha venido argumentando que solo puede demandar la separación judicial de bienes el cónyuge abandonado. Queda incluido en este supuesto el consorte que tuvo que retirarse del hogar conyugal por conductas imputables al que se mantuvo habitando en la vivienda matrimonial.⁽⁵²⁾ La normativa no ofrece solución a la separación de hecho de común acuerdo.

Decía Dutto, a poco de sancionarse la ley 23.515, que:

de los cónyuges (A propósito del plenario)", JA 2000-I-563; AZPIRI, *op. cit.*, p. 266; SCHERMAN, IBA A., "La separación de hecho y la liquidación de la sociedad conyugal", RDF 16-2000-198.

(49) LOYARTE, DOLORES y ROTONDA, ADRIANA E., "La separación de hecho y la necesidad del asentimiento conyugal", LL 1994-D-227.

(50) CAPPARELLI, JULIO C., "La acción de separación de bienes del matrimonio en las XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil", *Revista del Notariado*, n° 817, Bs. As., abril/mayo/junio, 1989, p. 327.

(51) ZANNONI, *op. cit.*, p. 702 y las conclusiones de las XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bariloche, 1989) por él citadas.

(52) Al respecto, en las XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil mencionadas, se sostuvo que "debe interpretarse que el cónyuge que dejó el hogar común debido a conductas culpables atribuibles al otro, está legitimado para promover la demanda de separación de bienes", véase ZANNONI, *op. cit.*, pp. 702/703.

¿El legislador de 1987 tuvo mayor preocupación en conservar las relaciones patrimoniales del matrimonio que las personales, al permitir separarse o divorciarse con la invocación unilateral de un plazo determinado —2 o 3 años respectivamente— de separado de hecho, mientras que para separar los bienes exige probar el abandono de hecho de uno de los cónyuges? La contradicción que lleva a responder afirmativamente, proviene de que al tomarse por la Cámara revisora un artículo de un anteproyecto en forma aislada, anteproyecto que no contemplaba la separación de hecho como causal de separación personal o divorcio vincular, e introducirse como nuevo sin reverse el resto, lleva válidamente a sostener por elemental argumento, que si la separación de hecho es aceptada para disolver el vínculo, con mucha mayor razón tiene que admitirse para lo que no pasa de una ruptura de orden patrimonial.⁽⁵³⁾

Este tema también fue objeto de debate en las XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil ya mencionadas en las cuales se llegó, por mayoría, a la conclusión de que ninguno de los esposos podía solicitarla.⁽⁵⁴⁾ No obstante, se propuso de *lege ferenda* que: “debiera sustituirse la causal de abandono de hecho de la convivencia matrimonial por la de separación de hecho de los cónyuges, sin voluntad de unirse, como supuesto objetivo”.⁽⁵⁵⁾

Esta opción fue también propiciada en las VII Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal celebradas en Junín en septiembre de 1996.⁽⁵⁶⁾

(53) DUTTO, RICARDO J., “La separación judicial de bienes por abandono de hecho”, JA 1991-IV-194.

(54) La minoría, en cambio, consideró que si mediaba abandono de hecho recíproco cualquiera de los cónyuges estaba legitimado para incoar la acción (ZANNONI, *op. cit.*, p. 703). El tema también fue debatido en las II Jornadas Nacionales de Profesores de Derecho (Bs. As., 10-12/09/1992) en el cual la minoría adujo, de *lege lata*, que: “Cuando el art. 1294 del Código Civil establece que ‘uno de los cónyuges puede pedir la separación de bienes (...) cuando mediare abandono de hecho de la convivencia matrimonial por parte del otro cónyuge’ debe interpretarse que está legitimado para solicitar dicha separación, no solo el que hubiere sido abandonado, sino cualquiera de los esposos cuando el abandono de la convivencia se hubiera producido de común acuerdo” (minoría, propuesta de Goñi Moreno; Hupkiewiez, Nápoli, y Fleitas Ortiz de Rozas; la mayoría opinó de manera idéntica pero de *lege ferenda*).

(55) ZANNONI, *op. cit.*, p. 706.

(56) Se propuso, de *lege ferenda*: “Modificar el art. 1294 del CCiv. reemplazando el abandono de hecho de la convivencia por la separación de hecho como causal de disolución de la sociedad conyugal”.

Es la alternativa otorgada por algunas de las legislaciones que aceptan la posibilidad de elegir uno entre dos o más regímenes matrimoniales. El Código Civil español, cuando regula el régimen de comunidad de ganancias, que es el legal supletorio —es decir: aquél por el cual se rigen los cónyuges si no hacen uso de su derecho a elegir—, establece que una de las causas por las cuales se puede solicitar la separación judicial de bienes es, justamente, por la separación de hecho (art. 1393).⁽⁵⁷⁾

El Código de Familia de la República de El Salvador también escoge esta solución, en su art. 72, que establece: “La comunidad diferida se disuelve por resolución judicial, a solicitud de alguno de los cónyuges, en cualquiera de los casos siguientes: (...) Si el otro cónyuge lo hubiera abandonado, o estuvieran separados durante seis meses consecutivos por lo menos” (inc. 3).

2.5. Momento en que se disuelve la sociedad conyugal en los supuestos de separación judicial de bienes

Las normas que regulan la separación judicial de bienes nada dicen al respecto. La mayoría de la doctrina aplica analógicamente el art. 1306 CC y, en consecuencia, la sociedad conyugal se disuelve con efecto retroactivo al día de la notificación de la demanda “quedando a salvo los derechos de los terceros de buena fe”.⁽⁵⁸⁾

Empero, algunos juristas distinguen según la causal de que se trate. Capparelli entiende que si la causal es de abandono “el efecto se produce con carácter retroactivo a la fecha en que cesó la cohabitación”.⁽⁵⁹⁾

En el supuesto de concurso, Dutto considera “razonable la fecha de declaración del concurso como día en que se produce la disolución de la sociedad conyugal, porque es el dato objetivo concreto y con fecha cierta que marca la pauta para establecer esta causal” en relación a los esposos.

(57) Establece el art. 1393 del CC español que: “También concluirá por decisión judicial la sociedad de gananciales, a petición de uno de los cónyuges, en alguno de los casos siguientes: ... llevar separado de hecho más de un año por mutuo acuerdo o por abandono de hogar” (inc. 3).

(58) ZANNONI, *op. cit.*, p. 705; BORDA, GUILLERMO A., *Tratado de Derecho Civil. Familia*, 9º ed., Bs. As., Perrot, 1993, t. I, p. 365; FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, ABEL y ROVEDA, EDUARDO G., *Régimen de bienes del matrimonio*, Bs. As., La Ley, 2001, p. 147.

(59) CAPPARELLI, JULIO C., “La mutación...”, *op. cit.*, p. 916; ARIANNA, CARLOS A. y ARECHAGA, PATRICIA V., “El abandono como causal de separación de bienes (Una propuesta de ‘lege ferenda’)”, en LL 1990-A-887. En similar sentido, DUTTO, *op. cit.*

Empero, con relación a terceros tal separación les sería oponible desde que se encuentre firme la respectiva sentencia.⁽⁶⁰⁾

3. Nulidad de matrimonio

La otra causal de disolución de la sociedad conyugal prevista en el art. 1291 CC es la de nulidad del matrimonio. A su vez, el art. 1312 dispone: "Si el matrimonio se anulase, se observará en cuanto a la disolución de la sociedad, lo que está dispuesto en los arts. 221, 222 y 223". Empero, el fin de la comunidad solo podrá tener lugar en los supuestos en que ambos esposos sean de buena fe (art. 221, inc. 2) o bien cuando uno solo lo sea y haya optado por "liquidar la comunidad integrada con el de mala fe mediante la aplicación del art. 1315" (art. 222, inc. 3). No procederá, en cambio, cuando ambos consortes hayan sido de mala fe pues en este supuesto nunca hay sociedad conyugal.⁽⁶¹⁾

La sentencia que declara la nulidad en los dos supuestos que mencionamos disuelve el régimen patrimonial del matrimonio con efecto retroactivo al día de la notificación de la demanda (arts. 221 y 1306 CC).

4. Muerte de alguno de los cónyuges

Finalmente, dentro de las causales que enumera el art. 1291, se encuentra la de muerte de alguno de los esposos. Este supuesto no ofrece mayores dificultades de interpretación: la muerte disuelve el vínculo matrimonial y, en consecuencia, todo régimen patrimonial que de él dependa. Se aplica aquí el art. 1313 CC que establece: "Disuelta la sociedad conyugal por muerte de uno de los cónyuges, se procederá al inventario y división de los bienes como se dispone en el Libro 4 de este Código, para la división de las herencias".

Si, por hipótesis, se encontrase pendiente un juicio por separación personal o divorcio vincular, de todas maneras la disolución opera el día del fallecimiento, aunque de haberse podido proseguir con aquellos trámites los efectos se hubiesen remontado al día de la notificación de la demanda, sin perjuicio de la aplicación que podría corresponder del tercer párrafo del art. 1306 si hubiese mediado una separación de hecho.⁽⁶²⁾

(60) DUTTO, *ibid.*

(61) BELLUSCIO, *Manual...*, op. cit., p. 158.

(62) ZANNONI, EDUARDO A., op. cit., p. 707.

5. Muerte presunta

Si bien no está enumerada en el art. 1291 CC, otra de las causales de disolución de la sociedad conyugal es la muerte presunta. Este supuesto ha dado lugar a varias posturas doctrinarias debido a la compatibilización que se intenta hacer de los arts. 1307 a 1311 CC y la posterior ley 14.394, que no modificó ni derogó los preceptos mencionados.

5.1. Los artículos implicados

Los arts. 26 y 27 de la ley 14.394 establecen el procedimiento para fijar el día presuntivo de fallecimiento. A su vez, el art. 28 dispone que:

Dictada la declaratoria, el juez mandará a abrir, si existiese, el testamento que hubiese dejado el desaparecido. Los herederos al día presuntivo de fallecimiento y los legatarios, o sus sucesores, recibirán los bienes del ausente, previa formación del inventario. El dominio de los bienes del presunto fallecido se inscribirá en el registro correspondiente, con la prenotación del caso, a nombre de los herederos o legatarios que podrán hacer partición de los mismos, pero no enajenarlos ni gravarlos sin autorización judicial.

A su vez, el art. 29 establece que:

Si hecha la entrega de los bienes se presentase el ausente o se tuviese noticia cierta de su existencia, aquélla quedará sin efecto. Si se presentasen herederos preferentes o concurrentes preteridos que justificasen su derecho a la época del fallecimiento presunto, podrán reclamar la entrega de los bienes o la participación que les corresponda en los mismos, según el caso. Sin perjuicio de lo dispuesto en los arts. 1307 y ss. del CCiv., en los casos precedentes se aplicará a los frutos percibidos lo dispuesto respecto a los poseedores de buena o mala fe.

Finalmente, el art. 30 dice que: "Transcurridos cinco años desde el día presuntivo del fallecimiento, u ochenta años desde el nacimiento de la persona, quedará sin efecto la prenotación prescrita pudiendo desde ese momento disponerse libremente de los bienes. Queda concluida y podrá liquidarse la sociedad conyugal".

Con la sanción de esta ley se empieza a cuestionar si subsisten los arts. 1307 a 1311 CC que, en síntesis, conceden a la mujer un derecho de opción entre continuar o disolver la sociedad conyugal. Regula, la primera de las

normas citadas, que: “Si en conformidad a lo dispuesto en los arts. 116 y 117, el juez hubiere fijado el día presuntivo de fallecimiento del marido ausente, la mujer tiene opción, o para impedir el ejercicio provisorio de los derechos subordinados al fallecimiento de su marido, o para exigir la división judicial de los bienes”. A continuación se establece que: “Este derecho puede ejercerlo, aunque ella misma hubiese pedido la declaración judicial del día presuntivo del fallecimiento de su marido, y aunque ya hubiese optado por la continuación de la sociedad conyugal; pero si hubiese optado por la disolución de la sociedad, no podrá retractar su opción después de aceptada por las partes interesadas” (art. 1308). A su vez, el art. 1309 expresa que: “Si la mujer optare por la continuación de la sociedad, administrará todos los bienes del matrimonio; pero no podrá optar por la continuación de la sociedad, si hubiese luego, por el tiempo transcurrido, de decretarse la sucesión definitiva del marido”.

Como dijimos, se han perfilado distintas posturas acerca de la subsistencia o no del derecho de opción que otorgan los artículos del Código Civil transcritos.⁽⁶³⁾

- I. Una postura entiende que continúan vigentes y la mujer puede seguir ejerciendo la elección que los artículos le confieren.⁽⁶⁴⁾
2. Otra alternativa no solo considera aplicables los preceptos en cuestión, sino que lo extienden al hombre cuando la presunta fallecida es la mujer.⁽⁶⁵⁾ Para quienes se enrolan en esta hipótesis si el supérstite decide, ante la declaración de muerte presunta del otro, mantener vigente el régimen de comunidad, esta continuará hasta que opte por disolverla, contraiga nuevo matrimonio, o se cumplan los cinco años desde el día presuntivo de fallecimiento u ochenta años desde el nacimiento del causante, conforme lo prescribe el art. 30, ley 14.394.⁽⁶⁶⁾
3. Borda entiende que no subsiste el derecho de opción que confiere el art. 1307 CC debido a que según la ley 14.394 “la declaración de muerte presunta convierte a los herederos en propietarios (...) y no se explicaría que los dueños pudieran ser privados del derecho a administrar sus propios bienes por un acto de voluntad unilateral del cónyuge supérstite (...) Dictada la sentencia de

(63) BELLUSCIO, *Manual...*, op. cit., p. 378.

(64) Véanse los autores citados por BELLUSCIO, *Manual...*, op. cit., p. 378.

(65) FLEITAS ORTIZ DE ROZAS y ROVEDA, op. cit., p. 148; AZPIRI, op. cit., p. 207; FASSI, SANTIAGO C. y BOSSERT, GUSTAVO A., *Sociedad conyugal*, Bs. As., Astrea, 1978, t. II, p. 394.

(66) AZPIRI, op. cit., p. 207.

fallecimiento presunto, cualquiera de los herederos y desde luego el propio cónyuge, puede pedir la liquidación de la sociedad".⁽⁶⁷⁾

4. Finalmente, un sector de juristas considera que la sociedad conyugal se disuelve el día del fallecimiento presunto.⁽⁶⁸⁾

Coincidimos con quienes argumentan que si bien es cierto que del art. 30 de la ley 14.394 pareciera inferirse que la sociedad conyugal no se disuelve hasta los términos en él establecidos, esto no es así. Como se ha afirmado, "de reputarse subsistente la opción del art. 1307 CC, la voluntad del cónyuge del ausente podría determinar que la sociedad conyugal subsistiese hasta la finalización de dicho período". La norma en análisis confunde disolución de la sociedad conyugal con liquidación. "Lo que en realidad debió decir es que la sociedad podrá ser liquidada si no lo hubiera sido antes: el cónyuge del ausente no podrá, a partir del vencimiento del período de prenotación, oponerse a tal liquidación. Pero la comunidad, como tal, quedó disuelta con la declaración de fallecimiento presunto".⁽⁶⁹⁾

5.2. Posibilidad de que la sociedad conyugal disuelta por muerte presunta se reconstituya

En este tema la doctrina tampoco es conteste. Belluscio considera que no obsta el hecho de que se haya disuelto la sociedad conyugal para que esta se reconstituya si reaparece el ausente y siempre que el presente no hubiera contraído nuevas nupcias, pues éstas habrán disuelto el primer matrimonio.⁽⁷⁰⁾

En similar línea argumental, Fassi y Bossert exponen que "si el matrimonio no se ha disuelto y se restablece la unión, el reaparecido asume nuevamente la administración de su masa de gananciales, quedando sin efecto la partición que del haber ganancial se hubiera practicado".⁽⁷¹⁾

Sambrizzi, en cambio, considera que

... al disolverse la sociedad conyugal por la declaración de fallecimiento presunto, la reaparición del esposo declarado

(67) BORDA, *op. cit.*, p. 351.

(68) MAZZINGHI, *op. cit.*, p. 377; ZANNONI, *op. cit.*, pp. 606/607; SAMBRIZZI, *op. cit.*

(69) ZANNONI, *op. cit.*, pp. 606/607. En similar sentido MAZZINGHI, *op. cit.*, pp. 378/379.

(70) BELLUSCIO, *Manual...*, p. 158.

(71) FASSI y BOSSERT, *op. cit.*, p. 396.

presuntamente fallecido no la hace renacer, aunque si el vínculo matrimonial continuara vigente por no haber el otro esposo contraído nuevas nupcias, desde la reaparición del ausente comenzará una nueva sociedad conyugal con los nuevos bienes gananciales que los esposos adquieran a partir de allí.⁽⁷²⁾

6. Divorcio vincular y separación personal

Originariamente, el art. 1306 CC preveía la separación judicial de bienes que solo podía ejercer el esposo inocente del divorcio no dirimente, único previsto para esa época. Es decir, quedaba a su exclusivo arbitrio el provocar o no la disolución de la sociedad conyugal.

Con las modificaciones introducidas por la ley 17.711, la sentencia de divorcio produce la disolución de pleno derecho de la sociedad conyugal, con efecto al día de la notificación de la demanda quedando a salvo los derechos de los terceros de buena fe.

El actual art. 1306 resuelve la disolución de pleno derecho de la sociedad conyugal tanto si lo peticionado fue la separación personal como el divorcio vincular. El precepto que nos ocupa en su primer párrafo dispone: “La sentencia de separación personal o de divorcio vincular produce la disolución de la sociedad conyugal con efecto al día de la notificación de la demanda o de la presentación conjunta de los cónyuges, quedando a salvo los derechos de los terceros de buena fe”.

De todas maneras, las causales no operan igual, pues mientras el divorcio extingue todo régimen patrimonial matrimonial, la separación personal disuelve la sociedad conyugal pasando a regir entre los cónyuges el régimen de separación de bienes y la posibilidad de reconstituir la sociedad conyugal si los consortes se reconcilian.

7. Los ejes del Código Civil y Comercial en materia de régimen patrimonial del matrimonio⁽⁷³⁾

El cambio que se propone se basa, fundamentalmente, en abandonar el régimen forzoso de comunidad de ganancias permitiendo elegir el de

(72) SAMBRIZZI, *op. cit.*, p. 122.

(73) Aquí se reproduce —en líneas generales— lo que ya se ha expuesto en “La posibilidad de elegir el régimen patrimonial matrimonial en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, publicado en JA 2012-III, fascículo 9, 29/08/2012, p. 3.

separación de bienes. Se regulan, entonces, dos alternativas. Si bien se mantienen algunas normas imperativas inderogables por las partes, aplicables a ambos regímenes, se incorpora al sistema la autonomía de la voluntad.

El Código Civil y Comercial centra la posibilidad de opción entre el régimen de comunidad de ganancias —que es además el legal— y el régimen de separación de bienes: las convenciones deben ser materializadas por escritura pública antes de la celebración del matrimonio (art. 448), y se admite la mutación de un régimen por otro una vez reunidos los requisitos que se detallan en el art. 449.⁽⁷⁴⁾

También regula una serie de normas de orden público, que se fundan en la solidaridad que debe existir entre los miembros de una familia, independientemente del sistema patrimonial que se escoja. No se debe perder de vista que la alternativa no tiene como objetivo exacerbar el individualismo sino respetar el modelo matrimonial convenido por personas capaces, que por distintos motivos pueden desear un sistema más flexible sin que ello deba traducirse en indiferencia. La sociedad actual muestra la pluralidad de formas que puede adquirir una familia, todas respetables y, en la medida de lo lícito, la convivencia propia de estas familias se puede acompañar con una economía que también respete las individualidades.

La sección 3ª del Capítulo 1 del Título II, se denomina “Disposiciones comunes a todos los regímenes”, bajo el cual luego de sentar que las normas reguladas bajo este ítem son inderogables por convención entre los cónyuges (art. 454), pasa a establecer cuáles son esos preceptos que hacen a una esencia que marca a todo el derecho matrimonial: aquello que no se puede dejar de hacer, lo que no se puede desatender, lo mínimo para que una familia pueda funcionar como tal y la necesidad que el derecho lo asegure cuando la solidaridad —que en general es natural al grupo humano— se encuentra bloqueada. La ley recuerda, entonces, ese mínimo exigible y protegido.

(74) Dicho artículo dispone: “Modificación de régimen. Después de la celebración del matrimonio, el régimen patrimonial puede modificarse por convención de los cónyuges. Esta convención puede ser otorgada después de un (1) año de aplicación del régimen patrimonial, convencional o legal, mediante escritura pública. Para que el cambio de régimen produzca efectos respecto de terceros, debe anotarse marginalmente en el acta de matrimonio. Los acreedores anteriores al cambio de régimen que sufran perjuicios por tal motivo pueden hacerlo declarar inoponible a ellos en el término de un (1) año a contar desde que lo conocieron”.

¿Quién duda de que en toda familia bien constituida los adultos deben contribuir a su propio sostenimiento, al del hogar y al de los hijos tanto comunes como menores de edad o con capacidad restringida que convivan con el grupo familiar? El Código Civil y Comercial lo establece expresamente, agregando que se debe en proporción a los recursos de cada uno (art. 455), pudiendo ser demandado su cumplimiento judicialmente.

El Código Civil y Comercial también recepta la necesidad de protección del hogar, no solo cuando se regula el régimen patrimonial matrimonial sino también en otras instituciones tales como el derecho a proteger la vivienda (art. 244 y ss.), el derecho real de habitación del conviviente supérstite (art. 527).

Expresa el art. 456, con relación a los actos que requieren consentimiento que:

Ninguno de los cónyuges puede, sin el asentimiento del otro, disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, ni de los muebles indispensables de ésta, ni transportarlos fuera de ella. El que no ha dado su asentimiento puede demandar la anulación del acto o la restitución de los muebles dentro del plazo de caducidad de seis (6) meses de haberlo conocido, pero no más allá de seis (6) meses de la extinción del régimen matrimonial. La vivienda familiar no puede ser ejecutada por deudas contraídas después de la celebración del matrimonio, excepto que lo hayan sido por ambos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el asentimiento del otro.

Los dos artículos siguientes establecen los requisitos que debe reunir el asentimiento y la autorización judicial supletoria.

Dentro del denominado régimen primario, otro de los grandes cambios que se prevé se encuentra en el art. 461, que dispone la responsabilidad solidaria de los cónyuges por las deudas contraídas por uno de ellos "para solventar las necesidades ordinarias del hogar o el sostenimiento y la educación de los hijos comunes".

En este tema se avanza sobre lo regulado por los arts. 5 y 6 de la ley 11.357, receptando la solución que la doctrina venía propiciando.⁽⁷⁵⁾

(75) ZANNONI, *op. cit.*, p. 585, quien, a su vez cita lo recomendado en las XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 1987, a saber: "Cualquiera sea el régimen patrimonial del matrimonio que se adopte, ambos cónyuges deben responder con todos sus bienes por las obligaciones

8. Los cambios del Código Civil y Comercial en la extinción de la comunidad de ganancias

Centrándonos en el tema específico de este trabajo, se observa en cuanto a la extinción de la comunidad de ganancias que se mejora la redacción con relación a los supuestos existentes y se incorpora la posibilidad de finalización del régimen de ganancialidad por la voluntad de los esposos, y de mutar por el de separación de bienes.

Se mantiene el principio de que la comunidad de ganancias se disuelve únicamente por las causales reguladas en la ley y estas no pueden ser modificadas por los cónyuges,⁽⁷⁶⁾ enumerándose las siguientes (art. 475 CCyC):

- a) la muerte comprobada o presunta de uno de los cónyuges;
- b) la anulación del matrimonio putativo;
- c) el divorcio;
- d) la separación judicial de bienes;
- e) la modificación del régimen matrimonial convenido.

8.1. La muerte

La primer causal que enumera el art. 475 es la muerte comprobada o presunta de uno de los cónyuges.

La redacción dada al precepto no ofrece mayores dificultades de interpretación: la muerte disuelve el vínculo matrimonial y, en consecuencia, todo régimen patrimonial que de él dependa.

El artículo soluciona expresamente toda la problemática que genera la muerte presunta que —como se ha desarrollado— no se encuentra enumerada en el actual art. 1291 CC.

contraídas por uno u otro, para atender las necesidades del hogar o la educación de los hijos". El tema también fue debatido en el X Congreso Internacional de Derecho de Familia, Mendoza, 1998. La mayoría, en el tema "Régimen patrimonial y autonomía de la voluntad", formuló la siguiente recomendación: "Cualquiera sea el régimen de bienes, ambos cónyuges están obligados solidariamente por las deudas contraídas para el sostenimiento del hogar o la educación de los hijos", *X Congreso Internacional de Derecho de Familia "El Derecho de familia y los nuevos paradigmas"*, Mendoza, 20-24/09/1998, JA 1999-I-1031.

(76) BELLUSCIO, *Manual...*, p. 153.

La muerte presunta no solo ha sido incluida en el inc. 1 del art. 475, sino expresamente y al efecto de despejar toda duda en el art. 476, que dispone: "Muerte real y presunta. En caso de muerte de uno de los cónyuges, la comunidad se extingue el día del fallecimiento, sin que se pueda convenir la continuación de la comunidad. En el supuesto de presunción de fallecimiento, los efectos de la extinción se retrotraen al día presuntivo del fallecimiento".

8.2. La anulación del matrimonio putativo

La segunda causal de extinción de la comunidad prevista en el art. 475 CCyC es la anulación del matrimonio putativo.

Este inciso mejora la redacción del art. 1291 vigente que enuncia como supuesto de disolución de la sociedad conyugal la nulidad del matrimonio sin más aditamento.

La sentencia que declara la nulidad del matrimonio putativo disuelve la comunidad con efecto retroactivo al día de notificación de la demanda (art. 480 CCyC). Sin embargo, si a la anulación de las nupcias le ha precedido una separación de hecho, "la sentencia tiene efectos retroactivos al día de esa separación. El juez puede modificar la extensión del efecto retroactivo fundándose en la existencia de fraude o abuso de derecho" (art. 480 CCyC).

8.3. El divorcio

El tercer supuesto enumerado en el art. 475 es el divorcio, que pone fin al vínculo matrimonial y, en consecuencia a todo régimen que de él derive.

La extinción de la comunidad se produce "con efecto retroactivo al día de la notificación de la demanda o de la petición conjunta de los cónyuges" (art. 480 CCyC). Al igual que en el supuesto de anulación si con anterioridad al divorcio medió entre los consortes una separación de hecho, los efectos de la sentencia se retrotraen al día de esa separación. "El juez puede modificar la extensión del efecto retroactivo fundándose en la existencia de fraude o abuso del derecho" (art. 480 CCyC)

8.4. La separación judicial de bienes

En cuanto a la separación de bienes el precepto proyectado incluye dos alternativas:

1. La vía convenida.
2. La vía judicial

La vía convenida no ofrece mayores dificultades, si hay acuerdo y se cumplen con los requisitos exigidos (art. 449).

La judicial, al igual que en el sistema vigente, tendrá lugar ejerciendo la pertinente acción, en casos específicamente regulados y seguramente, cuando no pueda llegarse a ella por medio de convención (arts. 505 a 508, según remisión que realiza el último párrafo del art. 480). Es una acción que solo puede ser promovida por los cónyuges, no pueden ejercerla los acreedores del afectado por la vía de la subrogación (art. 478 CCyC).

Las causales que habilitan a solicitar la separación judicial de bienes son:

- a. La mala administración de uno de los cónyuges que acarree al peticionante el peligro de perder su eventual derecho sobre los bienes gananciales.
- b. El concurso preventivo y la quiebra.
- c. La separación de hecho de los cónyuges sin voluntad de unirse.
- d. La designación de curador de uno de los cónyuges a un tercero por incapacidad o excusa del otro.

8.4.1. La mala administración de uno de los cónyuges que acarree al peticionante el peligro de perder su eventual derecho sobre los bienes gananciales

En el primero de los incisos del artículo en análisis se mantiene la alternativa de solicitar la separación judicial de bienes por la mala administración efectuada por uno de los cónyuges. Se agrega —solo para esta causal— la frase de que dicha gestión debe acarrear al solicitante “el peligro de perder su eventual derecho sobre los bienes gananciales”.

En cuanto a los medios de prueba, quedaría incluida la confesión, pues se encontraría superada la limitación de que debían acompañarse otras pruebas que convencieran al juez de que no había entre los esposos colusión para abandonar el régimen imperativo.⁽⁷⁷⁾ Esta precisión se tornaría infundada pues, de desearlo los esposos, podrían mutar su régimen de comunidad por el de separación de bienes.

(77) ZANNONI, *op. cit.*, p. 700; MAZZINGHI, *op. cit.*, p. 391.

La finalidad de esta regulación es que pueda ejercitar la acción el consorte afectado por la gestión inepta del otro, que puede perjudicar el derecho en expectativa que tiene de participar sobre los bienes gananciales a la disolución de la sociedad conyugal.⁽⁷⁸⁾

8.4.2. Concurso preventivo y quiebra

El supuesto es mantenido por el Código Civil y Comercial al igual que lo hacían los proyectos que le sirvieron de base (Proyecto de reforma al Código Civil realizado por la Comisión designada por decreto 468/92, en su art. 532,⁽⁷⁹⁾ y el Proyecto de Código Civil de la República Argentina unificado con el Código de Comercio, en su art. 471 inc. b).⁽⁸⁰⁾

Se ha mejorado la redacción dada a la causal enunciada en el inc. b del art. 477, encuadrando expresamente tanto al concurso preventivo como a la quiebra. Se modifica la ubicación confusa de la frase “peligro de perder su eventual derecho sobre los bienes gananciales”, quedando claro que dicho requisito solo se exige en la mala administración, dando fin, de esta manera, a todos los debates que la redacción actual origina, precisando el alcance del precepto.

A pesar de las críticas se observa que la nueva legislación conserva esta alternativa pues es una opción que tiene el esposo no afectado de solicitar la separación o no hacerlo, evaluando su situación patrimonial y la de su cónyuge.

Como ya se ha esbozado, la finalidad que da esta posibilidad de acceder a la separación de bienes radica en la protección para el futuro que se otorga al esposo no concursado quien tiene en su poder la decisión de utilizar esta herramienta o no hacerlo.

8.4.3. Separación de hecho

Como puede observarse el nuevo Código recepta las críticas realizadas a la causal denominada “abandono de hecho” que deja sin resolver —o al

(78) ZANNONI, *ibid.*, pp. 698/699; MAZZINGHI, *ibid.*, p. 390.

(79) *Reformas al Código Civil*. Proyecto y notas de la comisión designada por decreto 468/92, integrada por Belluscio, Bergel, Kemelmajer de Carlucci, Le Pera, Rivera, Escalada y Zannoni, Bs. As., Astrea, 1993, p. 65.

(80) *Proyecto de Código Civil de la República Argentina unificado con el Código de Comercio*, redactado por la comisión designada por decreto 685/95 y firmada por Alegría, Héctor; Alterini, Atilio A.; Alterini, Jorge H.; Méndez Costa, María J.; Rivera, Julio C.; Roitman, Horacio; Bs. As., Abeledo-Perrot, 1999, p. 245.

menos la solución ya no se adecua a la realidad actual— la separación de hecho convenida o incluso la no acordada pero sin imputación de culpas.

Es, por otro lado, la solución formulada por los Proyectos de Reformas que se tuvieron en cuenta para la elaboración del Código Civil y Comercial (Proyecto de Reformas al Código Civil, art. 532, inc. 3;⁽⁸¹⁾ reproducida en el art. 471, inc. c, del Proyecto de Código Civil de la República Argentina unificado con el Código de Comercio).⁽⁸²⁾

8.4.4. La designación de curador de uno de los cónyuges a un tercero por incapacidad o excusa del otro

Como se ha dicho, aun luego de la sanción de la ley 17.711, la mayoría de la doctrina considera a esta causal vigente.⁽⁸³⁾ Siguiendo, entonces, a este grupo de juristas el Código Civil y Comercial mantiene la causal, disponiendo en el art. 477 que “la separación judicial de bienes puede ser solicitada por uno de los cónyuges: si por incapacidad o excusa de uno de los cónyuges, se designa curador del otro a un tercero” (inc. d).

8.4.5. Momento en que se disuelve la sociedad conyugal en los supuestos de separación judicial de bienes

La normativa actual nada dice con relación al momento en la cual se considera disuelta la sociedad conyugal cuando se produce como consecuencia de una sentencia de separación judicial de bienes, dando lugar a las distintas interpretaciones que ya se han esbozado.

El Código Civil y Comercial resuelve esta temática expresamente, al disponer en el art. 480 CCyC que en los supuestos de separación de bienes la comunidad se extingue con efecto retroactivo al día de notificación de la demanda. En esta causal al igual que en el supuesto de muerte y muerte

(81) *Reformas al Código Civil*. Proyecto y notas de la comisión designada por decreto 468/92, e integrada por: Belluscio, Bergel, Kemelmajer de Carlucci, Le Pera, Rivera, Videla Escalada y Zannoni, Bs. As., Astrea, 1993, p. 65.

(82) *Proyecto de Código Civil de la República Argentina unificado con el Código de Comercio*, redactado por la comisión designada por decreto 685/95 y firmada por Alegría, Héctor; Alterini, Atilio A.; Alterini, Jorge H.; Méndez Costa, María J.; Rivera, Julio C.; Roitman, Horacio; Bs. As., Abeledo-Perrot, 1999, p. 245.

(83) AZPIRI, *op. cit.*, p. 201; BELLUSCIO, *Manual...*, *op. cit.*, p. 161; ZANNONI, *op. cit.*, pp. 696/697; SAMBRIZZI, *op. cit.*, p. 67.

presunta no se realiza la distinción de retroactividad de la sentencia al día de la separación de hecho si ésta le hubiera precedido.

9. Conclusión

En síntesis, el Código Civil y Comercial en análisis resuelve las problemáticas que genera la legislación vigente y que se traducen en las distintas posturas expuestas para dar solución a los casos que se plantean.

Las alternativas propuestas han seguido, además, las soluciones esgrimidas por la doctrina mayoritaria, como se ha citado en cada uno de los supuestos analizados, exteriorizadas tanto en publicaciones como en conclusiones de Congresos y Jornadas sobre la materia.

El camino se ha transitado más de una vez, la sociedad ha cambiado al igual que la familia y sus necesidades, y es preciso que toda esa transformación se vea plasmada en la legislación dando soluciones concretas a muchas de las cuestiones que acosan al derecho de familia.



El lugar de la Justicia en la ruptura matrimonial según el Código Civil y Comercial

Bases para leer el régimen de divorcio incausado⁽¹⁾

MARISA HERRERA⁽²⁾



1. Palabras preliminares

Así como el mundo de los niños y adolescentes tiene un lugar (“su” lugar) en el Código Civil y Comercial de la Nación,⁽³⁾ el mundo de los

(1) Las ideas esgrimidas en este trabajo forman parte de una mirada constitucional-convenional o humanizada del derecho de familia; mirada que venimos pregonando y hemos profundizado en la obra escrita en coautoría con GIL DOMÍNGUEZ y FAMA, *Derecho Constitucional de Familia*, Buenos Aires, Ediar, 2006 y, que en materia de divorcio, se ha actualizado en HERRERA, MARISA, “La familia en la Constitución 2020. ¿Qué famili@?”, en AA VV, Roberto Gargarella (coord.), *Constitucionalismo 2020*, Bs. As., Siglo XXI, 2011, p. 85 y ss.; “Nuevas Tendencias en el Derecho de Familia de hoy. Principios, bases y fundamentos”, en *Micro-juris* MJ-DOC-5595-AR | MJD5595; y, de manera más reciente, “La lógica de la legislación proyectada en materia de familia. Reformar para transformar”, en *Revista Derecho Privado*, año II, n° 6, Buenos Aires, Ediciones Infojus, 2013, p. 109 y ss. Cabe señalar, asimismo, que he volcado estas ideas en el Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación, en mi calidad de integrante del equipo que ha trabajado en las temáticas de familia, infancia y adolescencia.

(2) Investigadora del CONICET. Profesora de la Facultad de Derecho de la UBA y de la Universidad de Palermo.

(3) En el presente ensayo, por Código Civil y Comercial se entiende el que entra en vigencia el 01/01/2016 y al que estará vigente hasta ese momento se lo denomina Código Civil a secas.

adultos no se ha quedado atrás, viéndose actualizado, modernizado y *aggiornado* a la realidad social que se la tilda —y con razón— de compleja.

El mundo de los adultos en las relaciones familiares comprende una gran cantidad de temáticas y conflictos —algunos más interdisciplinarios que otros—, como el matrimonio, las parejas que no se casan —o uniones convivenciales, en terminología del instrumento en análisis—, el régimen de bienes y la vivienda, entre otros; temáticas éstas que incluso exceden el campo del derecho de familia e incursionan en otras ramas del derecho como el sucesorio, penal, tributario o el derecho comercial.

En esta oportunidad, nos centraremos en el régimen jurídico del divorcio y sus novedades en el Código Civil y Comercial en vigencia desde el 01/01/2016. Sucede, que el régimen matrimonial en general sufre sustanciales y necesarias modificaciones, afirmación de fácil comprobación al compulsar la normativa que se propone en lo relativo a los derechos y deberes matrimoniales, como así a su correlato o impacto en el sistema legal referido a la ruptura del vínculo matrimonial por causa de divorcio.

A modo de puntapié inicial, cabe interrogarse acerca de qué le interesa al Estado —a través de uno de sus tres Poderes, el Legislativo— o cuál es el papel que debe asumir para regular, limitar y controlar las situaciones de crisis matrimoniales a la luz de un principio constitucional básico asentado en el art. 19 de la Carta Magna, que expresa:

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. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

Aquí está el *quid* de la cuestión: preguntarse sobre el rol de la ley y el lugar que se le otorga a otro de los poderes estatales, el Judicial, ante la ruptura del vínculo matrimonial..

Para ello resulta imprescindible llevar adelante un breve racconto histórico —al menos, de lo acontecido en los últimos tiempos— que a modo de termómetro, fue marcando la línea legislativa más acorde en esta búsqueda constante por acortar la brecha entre derecho y realidad y a la par, un Estado respetuoso de la privacidad de las personas en ámbitos tan íntimos como son las relaciones de pareja.

2. De dónde venimos y hacia dónde vamos o adónde vamos y desde dónde venimos

2.1. Introducción

El Código Civil recepta un doble régimen legal como respuesta jurídica a la crisis matrimonial: 1) dos figuras: la separación personal y el divorcio vincular y 2) dos sistemas: subjetivo, sancionatorio o basado en la culpa y remedio fundado en razones objetivas que demuestran el desquicio matrimonial (exponer conjuntamente razones que hacen moralmente imposible la vida en común, siempre que se haya cumplido un lapso temporal mínimo de matrimonio, o un plazo de separación de hecho). Como se puede concluir, el Código Civil regula un régimen de divorcio causado, mediante el acaecimiento de causas culpables o de causas objetivas.

¿Qué significa que deba existir una “causa” —o varias— para que recién ahí la ley habilite a una pareja a divorciarse? Desde otra óptica, ¿pasa el test de razonabilidad que la ley obligue a las personas a seguir casadas hasta cumplirse un mínimo de tiempo, 3 años desde la celebración del matrimonio si peticionan el divorcio de manera conjunta o 3 años de separados de hecho para que lo pueda peticionar uno solo de conformidad con los arts. 204, 205, 214, incs. 2 y 215 del Código Civil?

Ésta no sería la única tensión constitucional-convencional que presenta la regulación que rige hasta fines del 2015, ya que la ley deposita en los jueces una confianza —o más aún, cierto “poderío” infundado— en que éstos pretendan “reconciliar” a los cónyuges, presumiendo el Estado a través de la ley que el divorcio es perjudicial para las personas, siendo loable que permanezcan casadas. Así, el art. 236 del Código Civil, que regula el procedimiento judicial en los divorcios por presentación conjunta, expresa en su parte pertinente que:

Presentada la demanda, el juez llamará a una audiencia para oír a las partes y **procurará conciliarlas** (...) Si la conciliación no fuere posible en ese acto, el juez **instará a las partes al avenimiento** y convocará a una nueva audiencia en un plazo no menor de dos meses ni mayor de tres, en la que las mismas deberán manifestar, personalmente o por apoderado con mandato especial, si han arribado a una **reconciliación**...⁽⁴⁾

(4) El destacado nos pertenece.

Si el divorcio constituye una cuestión privada o que hace a la intimidad de las personas, claro está que la regulación tal como está planteada en la legislación civil implicaría una injerencia estatal ilegítima, es decir, infundada e irrazonable. En otras palabras, el divorcio estaría exento de la autoridad de los magistrados (art. 19 de la Carta Magna) en lo que hace a la voluntad de desvincularse matrimonialmente, más allá de que tal decisión deba culminar o verse sellada en una sentencia judicial que se inscribe en el pertinente Registro Civil, por estar en juego el estado civil de las personas.

Ahora bien, la crítica al régimen jurídico estructurado básicamente por la ley 23.515 no se centra solo en la necesidad de que los cónyuges deban esperar un determinado tiempo totalmente arbitrario —que hoy es de 3 años pero que en otros países difiere sustancialmente: ha sido fijado en 1 año, en 6 meses o, incluso, en 3 meses tras la reforma por la ley española (ley 15/2005 de 8 de julio de 2005)—, sino también en la posibilidad de plantear la violación a uno o varios derechos deberes matrimoniales: fidelidad, cohabitación y asistencia.⁽⁵⁾

Desde esta óptica, el proceso judicial tiende a mostrar y demostrar que uno o ambos cónyuges incumplieron obligaciones que el Código Civil impone. Pero, ¿la Justicia está preparada para conocer con certeza si hay un cónyuge culpable o si ambos son culpables de la ruptura matrimonial? ¿Esa indagación colabora a mantener lazos familiares de afecto, a pesar de la desavenencia conyugal? ¿Tiene sentido remover el pasado con las consecuencias negativas para resolver el futuro?

2.2. Las consecuencias perversas del divorcio culpable o sanción

La mirada crítica sobre el sistema legal imperante hasta fines del 2015, en particular, el centrado en la idea de culpa, no es nueva. Todo lo contrario. Ya el magistrado Kiper en su voto en disidencia en el fallo de la Cámara Nacional en lo Civil en pleno del 20/09/1994 en el que, por mayoría, se admitió la reparación del daño moral ocasionado por el cónyuge culpable como consecuencia de los hechos constitutivos de las causales de divorcio,⁽⁶⁾ apelando a la teoría sistémica, respecto de la familia, afirmó que:

(5) Ver HERRERA, MARISA, "Perspectivas contemporáneas sobre el divorcio en el derecho comparado. Una mirada desde afuera para una revisión crítica hacia adentro", en *RDF* 2009-44-75; y CULACIATI, MARTÍN M., "La distancia entre las relaciones afectivas y la ficción jurídica. Una mirada desde el derecho comparado", en *RDF* 2009-44-219.

(6) CNAC. AP. CIV., en pleno, "G., G. G. v. B. de G., S.", 20/09/1994, en *JA* 1994- IV- 549.

... [es un] sistema en permanente cambio, que transcurre por el tiempo presentando una dinámica que es tipificada en distintas etapas, que configuran la 'normalidad de la trama familiar (...)' Estas sucesivas interfases que atraviesa la familia en su ciclo vital, no están exentas de riesgo y sufrimiento, sino que, muy por el contrario, configuran situaciones de profundos cambios en la estructura de aquélla, lo que genera intenso dolor y stress, tales situaciones son normalmente superadas por las familias, pero cuando la crisis 'normal' se proyecta con singular intensidad, afianzándose en el tiempo, por lo general, sobreviene una 'ruptura'. [Por lo tanto] Estudiada la dinámica familiar a la luz de los referidos enfoques teóricos, la noción de la culpabilidad se debilita en gran medida, ya que la interacción entre los cónyuges establece una trama que se retroalimenta y modifica en forma permanente, cualquiera sea la manera en que los esposos acuerden sus pautas de comunicación, lo cierto es que el fenómeno se produce, siempre, entre dos personas que, de esta forma, generan un vínculo de cuyo contenido ambos son responsables. El amor o el odio pueden, o no, ser correspondidos, pero, para que exista una relación disfuncional que, finalmente, provoque una fractura que haga imposible la convivencia, es preciso que dos personas adopten posturas que posibiliten el acaecimiento de tales hechos.

Esta misma línea es retomada y profundizada por Mizrahi —desde la doctrina primero y, después, como integrante de la Sala B de la Cámara Nacional en lo Civil de la Capital Federal—, quien se pronunció en varias ocasiones pregonando una línea argumental sumamente restrictiva respecto de la admisión del divorcio culpable. Esto se ha observado en sus siguientes posturas: a) controvertir la llamada presunción *hominis* sobre el deber de cohabitación, por la cual se afirma que probado el alejamiento del hogar se presume —*ius tantum*— que tal actitud es voluntaria y maliciosa, y está direccionada a plantear el divorcio por la causal prevista en el art. 202 inc. 5, que entiende que el mero “desquicio matrimonial” constituye una causa de justificación para rebatir tal presunción;⁽⁷⁾ b) negar la posibilidad de decretar el divorcio objetivo, a pesar de que las partes lo hayan petitionado

(7) CNAC. APEL. CIV., Sala B, 29/09/2006, “Y., A. M. v. V., D.”, en Abeledo-Perrot N° 70057305 y “C. C., C. c. R., B. L.”, del 20/05/2008, en *La Ley* 2008-D, 199.

alegando causas culpables⁽⁸⁾ y c) rechazar el reclamo de daños y perjuicios.⁽⁹⁾ Todos estos dilemas —entre tantos otros— son resueltos en el Código Civil y Comercial al receptarse un régimen de divorcio incausado.

Por su parte, centrado en la crítica general relativa al divorcio sanción, Mizrahi ha sostenido:

En efecto, respecto a las causales subjetivas —el juicio de reproche— es conocido el severo cuestionamiento que ha merecido tanto en el ámbito jurídico como en el de la interdisciplina. Por un lado, porque en este tipo de procesos es harto improbable la determinación, con un grado razonable de certeza, del real responsable —si es que existe— del fracaso conyugal. Es que no debe perderse de vista que en el vínculo matrimonial se parte de una comunidad de vida en la que se entremezclan comportamientos cuyos respectivos orígenes son de muy difícil identificación. Son conocidas al respecto las agudas reflexiones de Díez Picazo y Gullón, cuando afirmaron que la ubicación de un culpable en el divorcio demandará una tarea de búsqueda nada convincente, y a veces escandalosa, de los más escondidos pliegues de la vida conyugal...⁽¹⁰⁾

Todas estas aseveraciones están más que presentes en el Código Civil y Comercial, y claramente explicitadas en el Anteproyecto que le dio vida en cuyo “Fundamentos” se afirma:

Otra modificación sustancial es la supresión de las causales subjetivas de divorcio. La experiencia judicial ha demostrado el alto nivel de destrucción y desgaste emocional al que se someten los cónyuges y sus familias cuando se opta por el divorcio contencioso. El valor pedagógico de la ley es conocido; el Anteproyecto pretende contribuir a la pacificación de las relaciones sociales en la ruptura matrimonial. La eliminación de las causales subjetivas es una manera de colaborar a superar la ruptura matrimonial de la manera menos dolorosa posible.

(8) Esta es la postura minoritaria esgrimida en el resonado fallo plenario de la Cámara Nacional en lo Civil del 28/10/2010, en el caso “MIL c/ OJO”, en *La ley online* AR/JUR/64416/2010.

(9) MIZRAHI, MAURICIO, *Familia, matrimonio y divorcio*, Bs. As., Astrea, 2001, p. 487 y ss.

(10) CNAC. APEL. CIV., Sala B, “C.C.C. c/ R.B.L. s/ divorcio”, 20/05/2008, en *elDial.com* - AA4981.

De este modo, y de conformidad con la línea legislativa que adoptan varios países en sus reformas más recientes, se prevé un único sistema de divorcio remedio.

Este es el punto de partida realista sobre el cual se construye el régimen de divorcio que plantea el Código Civil y Comercial, y sobre el cual se ahondará en breve.

2.3. El tiempo en la mira

La puesta en crisis del régimen jurídico en materia de divorcio no solo involucra al divorcio sanción sino también al divorcio remedio.

En este sentido, todos los plazos que recepta el Código Civil han sido puestos en tela de juicio. Así, tanto la causal de separación de hecho sin voluntad de unirse por un plazo determinado —3 años para el divorcio vincular y 2 para la separación personal, previstos en los arts. 204 y 214, inc. 2, del Código Civil— como el mismo lapso temporal pero desde la celebración del matrimonio para la causal de presentación conjunta (arts. 205 y 215 del mismo cuerpo normativo), fundado en razones que hacen “moralmente imposible la vida en común”, han sido materia de controversia ya en varias ocasiones. En este último supuesto, las vicisitudes no solo han sido por el tiempo para la configuración de la causal, sino también debido al mayor tiempo que insume el proceso mismo: se establece que deberán celebrarse dos audiencias entre las cuales no puede haber más de tres meses ni menos de dos meses de diferencia.

El primer fallo resonado en el que se decretó la inconstitucionalidad del plazo de un divorcio objetivo fue el dictado por el Tribunal Colegiado de Familia N° 5 de fecha 14/11/2006,⁽¹¹⁾ en el que se puso en crisis el plazo de tres años para solicitar el divorcio vincular fundado en la causal prevista en el art. 214 inciso 2. En esa oportunidad, por mayoría, se sostuvo:

Resulta cercano a la perversión y lesivo a la persona de los cónyuges, denegar esta demanda pues ‘solamente’ estuvieron dos años separados de hecho y en consecuencia obligar a ambos a recurrir nuevamente —en un año— a la Justicia para obtener su divorcio vincular, cuando de común acuerdo agotaron su tolerancia de mantener la convivencia y se distanciaron de

(11) TRIB. COLEG. FLIA. 5ª NOM. ROSARIO, “M., D. G. c. G., F. A.”, 14/11/2006, en *LLLitoral* 2007 (febrero), 110.

hecho prácticamente recién casados, sustrayéndose voluntariamente al cumplimiento de los deberes-derechos del matrimonio” [agregándose:] Tampoco parece una decisión sensata diferir el dictado de la sentencia hasta tanto transcurra el plazo de tres años exigido por el ordenamiento civil, aunque este no hubiere estado cumplido al tiempo de la presentación de la demanda; ni ‘ordenar’ el proceso vía interpretación de los arts. 215 y 236 del Código Civil, cuando el propio legislador acepta como única prueba en la causal objetiva sin atribución de culpa, el reconocimiento de los hechos, pues el art. 232 del mismo Código ‘deja ver que en la prueba de la causal no interesa el orden público’.

Después de este *leading case*, se han dictado otros precedentes más actuales en el mismo sentido, como el sentenciado por el Juzgado de Familia de Bariloche de fecha 26/02/2013⁽¹²⁾ en el que se hizo lugar al pedido de inconstitucionalidad del plazo que prevé el art. 214, inc. 2, a) por colisionar directamente con el principio constitucional de autodeterminación y derecho a contar y desarrollar el propio plan de vida que asiste a todos los ciudadanos y b) porque “Existe un derecho a la intimidad inextricablemente vinculado a la autonomía de la voluntad, exento de la autoridad de los magistrados, y si ambos cónyuges coinciden en la voluntad de divorciarse en este momento, no corresponde exigirles que aguarden al solo efecto de cumplir con un requisito legal, manteniendo un matrimonio ficto”.

Focalizando en algunas particularidades, cabe traer a colación el fallo de la Sala II de la Cámara Civil y Comercial de Azul del 05/06/2012⁽¹³⁾ en que se confirma la declaración de inconstitucionalidad de oficio sentenciada en la instancia anterior en un divorcio que era peticionado por uno solo de los cónyuges, aseverándose que:

... el plazo fijado en los arts. 204 y 214 inc. 2 que exige tres años, como mínimo, desde la separación de hecho y la voluntad conjunta de ambos esposos de que no pueden reconciliarse, conculca los derechos de la actora a la libre autodeterminación

(12) JFlia. N° 7, San Carlos de Bariloche, 26/02/2013, “A. M. E. C/ R. M. S/ Divorcio por presentación conjunta” (Expte. N°16742/12), en *El Dial*, 13/03/2013 (citar: elDial AA7D0E).

(13) CNAC. APEL. CIV. Y COM. AZUL, Sala II, “Z. S. S. c. P. E. H. s/ divorcio vincular”, 05/06/2012, en *LLBA* 2012 (septiembre), 883.

e intimidad, a la igualdad y no discriminación y a la elección del proyecto de vida individual y familiar (arts. 14, 16, 19, 75 inc. 22 y concs. Const. Nac.).

También tanto la doctrina como la jurisprudencia han puesto en tela de juicio el plazo previsto por el Código Civil anterior para el divorcio vincular o separación personal por presentación conjunta. En este caso, y a modo de síntesis sobre el tema, cabe destacar el precedente dictado por el Tribunal de Familia N° 2 de Mar del Plata en fecha 03/09/2008.⁽¹⁴⁾ Aquí la magistrada preopinante, Loyarte, esgrimió varios interrogantes a los fines de dilucidar el pedido de inconstitucionalidad ante un matrimonio que no contaba con los 3 años desde la celebración de las nupcias. En primer lugar, se preguntó: “¿cuál es la finalidad del tiempo?”, respondiendo que, si bien la estipulación del plazo se estableció con vistas a “evitar que, sin la madurez o reflexión necesarias, cualquier matrimonio joven pueda sin más, recurrir al tribunal solicitando la separación”, lo cierto es que “dicha intención de protección resulta prudente o excesiva a esta altura de la evolución de la vida social y de nuestro ordenamiento jurídico considerado en forma integral”. Tras ello explicita otra serie de interrogantes en el mismo sentido:

¿Responde al contexto actual de derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente que el Estado restrinja el ejercicio de la libertad personalísima de dos cónyuges plenamente capaces para decidir respecto del divorcio por presentación conjunta? ¿Existe un interés superior de la sociedad o del Estado jurídicamente tutelable o distinto de los propios cónyuges que permita imponer una unión jurídica que solo a ellos afecta y que ellos ya no desean? ¿Existe un interés superior que obligue a mantener la unión jurídica, formal y exenta de contenido afectivo de parte de sus protagonistas, cuando no se afectan derechos de terceros?.

Sobre la base de estas indagaciones concluye:

... la intervención judicial, deberá permitir el ejercicio de la autonomía de la voluntad de los cónyuges, evitar la arbitrariedad y la desigualdad al no existir razón práctica, ni interés jurídico

(14) TRIB. COLEG. FLIA. N° 2, MAR DEL PLATA, “M., M. G.”, 03/09/2008, Abeledo-Perrot, N° 70055102.

social en mantener la existencia formal de un matrimonio que no interesa a los cónyuges. Además, aceptar la petición de la presentación conjunta y dar curso al proceso, implica admitir la posibilidad jurídica de transitar un iter que podrá, oportunamente, dar encuadre jurídico a la situación de hecho y, contribuir a prevenir las dificultades e incertidumbres jurídicas que puede provocar la separación de hecho. [Y agrega que] se encuentra reñida con las normas de derecho constitucional mencionadas la exigencia de los tres años desde la celebración del matrimonio para la promoción de la demanda de divorcio por presentación conjunta, frente a la inexistencia de un derecho que pueda ser afectado por esa limitación de la libertad [y, por ende, que] la exigencia absoluta del requisito del lapso y la consecuente existencia de un término en el cual se impide la promoción del divorcio por presentación conjunta importa establecer la indisolubilidad temporal del matrimonio a espaldas de la voluntad de los cónyuges directamente afectados.

Esta relectura de las causales de divorcio objetivo pero centrado en el plazo con algunos otros elementos (la no voluntariedad de unirse o de reconciliación o el convencer al juez que existen motivos que hacen moralmente imposible la vida en común), también se extendió al plano procedimental al tildarse de inconstitucional el art. 236 del Código Civil que establece dos audiencias para el proceso especial previsto para la causal de los arts. 205 y 215. En este sentido, nuevamente el Tribunal de Familia N° 2 de Mar del Plata pero en un precedente anterior, del 06/07/2006,⁽¹⁵⁾ dispuso que “Acoger el desistimiento a celebrar la segunda audiencia en el proceso de divorcio solicitada por ambos cónyuges no afecta el orden público, pues aquellos derechos han sido previstos por el legislador en protección del interés particular de los cónyuges y son renunciables”. Ésta fue una de las primeras voces jurisprudenciales tendientes a flexibilizar, desde el aspecto procesal, las causales objetivas de divorcio y de esta manera, acceder de manera sencilla y más rápida a lo que desean los cónyuges: divorciarse.

Este apartado dedicado a los plazos en el divorcio y a su innegable restricción a la libertad y autodeterminación, no se vería analizado en

(15) TRIB. COLEG. FLIA. N° 2, MAR DEL PLATA, “B., R. B. y L., M. A.”, 06/07/2006.

toda su extensión si no se mencionara un precedente que coloca en crisis la última normativa que quedaba en pie del régimen de divorcio que establece un determinado plazo. Nos referimos a la figura de la conversión de separación personal en divorcio vincular, el que puede peticionarse de común acuerdo al año⁽¹⁶⁾ de que la sentencia de separación haya quedado firme, o a los tres años si es de modo unilateral. Estas consideraciones, reguladas en el art. 238 del Código Civil anterior, también fueron rebatidas a partir de un pedido de inconstitucionalidad. Nos referimos al fallo de la Cámara de Familia, 1^{ra} Nominación, Córdoba, que en fecha 20/07/2009⁽¹⁷⁾ decretó la inconstitucionalidad del mencionado plazo previsto en el art. 238 de la legislación civil anterior, entendiendo que:

La norma cuestionada impone, inequitativamente, más exigencia temporal para obtener el divorcio a los separados judicialmente que a los esposos que no lo han intentado, pese a que la crisis matrimonial de los primeros ya ha sido verificada en una sentencia. Se afecta así la igualdad jurídica que debe reinar en similares circunstancias y que garantiza el orden constitucional (arts. 16 y 28 CN y tratados referidos).

Todas estas declaraciones de inconstitucionalidad son la clara expresión de la puesta en crisis, desde la obligada perspectiva constitucional-convenional, del régimen del divorcio sostenido hasta la actualidad. Sabidos son los problemas de interpretación y prácticos que trae consigo la declaración de inconstitucionalidad (de parte o de oficio) difusa, ya que ello implica que las causales de divorcio —en este caso, las de carácter objetivo— dependen del magistrado que intervenga. Que los justiciables no sepan de antemano cómo se resuelve su conflicto constituye una abierta violación de derechos, máxime cuando los divorcios por causales objetivas (separación de hecho sin voluntad de unirse en primer término, seguido de la presentación conjunta) son, ampliamente, las vías más utilizadas en la práctica judicial.

(16) Salvo que se trate del supuesto especial de separación personal que prevé el art. 203, es decir, la causal de cónyuge enfermo.

(17) CFliA. 1^a Nom., Córdoba, 20/07/2009, "F., J. A. v. G., R. A.", Abeledo Perrot N°: 70054106.

Esta perspectiva crítica hacia el régimen vigente es sorteada en la legislación proyectada. Al decir de Mizrahi:

... a nuestro juicio, el gran acierto de las normas proyectadas es que se ha logrado amalgamar, por un lado, el respeto a la intimidad de los sujetos sin que el Estado —tras la invocación de un orden público hoy intolerable para la comunidad— interfiera en la vida privada de cada cual y en la elección autónoma de sus planes de vida; y, por el otro, mantener principios esenciales que hacen a la solidaridad familiar, concretados en preceptos específicos.

Y culmina aseverando: “creemos que el cuerpo normativo propuesto tiene el gran valor de resguardar la libertad individual, privacidad y dignidad de los sujetos; como así también, al mismo tiempo, logra insertar reglas esenciales que hacen a la solidaridad familiar; priorizando a su vez la defensa de los derechos de los niños, tras la eliminación del juicio contencioso de divorcio”.⁽¹⁸⁾

Y ya hace muchos años —a principios de los 80, antes de la sanción de la ley 23.515— destacaba Grosman, con ese don vanguardista que la caracteriza:

En el movimiento legislativo actual se observa una orientación dirigida a eliminar el criterio de “culpa” en la declaración del divorcio. Se ha dicho que esta “culpa” verificada judicialmente puede no corresponder a la auténtica responsabilidad de los cónyuges en el fracaso matrimonial, es decir, que muchas veces resulta difícil determinar quién es el auténtico culpable. Por otra parte, la búsqueda de “un culpable” para definir las consecuencias de un divorcio, acrecienta la animosidad entre los esposos y perjudica las posibilidades de una reconciliación. Es misión de la ley, entonces, atenuar la controversia en lugar de estimularla.⁽¹⁹⁾

(18) MIZRAHI, MAURICIO L., “Regulación del matrimonio y el divorcio en el Proyecto”, en *La Ley* 2012-D, 888.

(19) GROSMAN, CECILIA P., “Tendencias actuales en el derecho alimentario de los cónyuges divorciados”, en *La Ley* 1982-A, 750.

3. Lo que viene: el divorcio incausado⁽²⁰⁾

3.1. Introducción

En los Fundamentos del Anteproyecto, herramienta de interpretación hábil para desentrañar el verdadero espíritu de la legislación proyectada, se resalta:

Una modificación importante se vincula a los derechos y deberes que derivan de la celebración del matrimonio. Se establece el compromiso de los cónyuges de llevar adelante un proyecto de vida, elemento tradicional del matrimonio, basado en la cooperación y el deber moral de fidelidad. Este punto de partida reconoce el alto valor axiológico de los deberes de fidelidad y cohabitación, pero al receptarse un régimen incausado de divorcio, su incumplimiento no genera consecuencias jurídicas.

Como se verá más adelante, el deber de convivencia regresó al texto sancionado en Senadores de la mano de sus representantes más conservadores y por presión de la Iglesia Católica obligando entonces, a reinterpretar este deber en el marco de un divorcio incausado.

Más allá de este traspié fundado en razones morales (básicamente, la moral cristiana) y no jurídicas (y por ende, laica como debería ser), lo cierto es que en el marco de un único régimen de divorcio de tipo incausado, los derechos y deberes matrimoniales pasan a tener más relevancia en

(20) Tantísimas voces doctrinarias se han expedido a favor de este régimen. Ver, entre tantos otros: LLOVERAS, NORA, "El divorcio en el Anteproyecto de Código Civil", en *JA*, número especial, 20/06/2012, 2012-II, p. 16 y ss.; de la misma autora conjuntamente con RÍOS, JUAN PABLO, "El divorcio incausado en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación del año 2012", en *Microjuris*, 20/08/2013, Cita: MJ-DOC-6394-AR | MJD6394; HOLLWECK, MARIANA, "Divorcio vincular. Interpretación de los arts. 437 y 438 del Proyecto", en *Revista Persona y Derecho de Familia*, 2012 (julio), p. 73 y ss.; DUPRAT, CAROLINA, "El divorcio en el proyecto de reforma del Código Civil", en *Microjuris*, 17/08/2012, Cita: MJ-DOC-5924-AR | MJD5924; CULACIATI, MARTÍN MIGUEL, "Reinterpretación del divorcio", en *LL*, 25/07/2013, p. 1 y ss.; ROVEDA, EDUARDO G. SASSO, MARCELA LORENA ROBBA, MERCEDES, "El divorcio en Proyecto de Código Civil y Comercial", en *DFyP* 2012 (julio), 01/07/2012, 36; CATALDI, MYRIAM y CALIFANO, LUCILA, "El sistema del divorcio actual y un mensaje alentador: existe un futuro constitucional", en *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia*, agosto, 2013-IV, Bs. As., Abeledo Perrot, 2013, p. 104 y ss.; SABIN PAZ, EDUARDO, "Inconstitucionalidad de plazo para divorciarse: la primacía de la realidad frente a las fórmulas procesales", en *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia*, diciembre, 2012-VI, Bs. As., Abeledo Perrot, p. 179 y ss.; y CHECHILE, ANA MARÍA, "El divorcio en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", en *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia*, n° 57, noviembre 2012, Bs. As., Abeledo Perrot, p. 167 y ss.

el plano ético que el jurídico porque en este último, el incumplimiento de ciertos derechos y deberes no trae consigo ninguna sanción jurídica.

¿Cuál es la razón de este cambio trascendental en la ley? Admitir y receptor las transformaciones que observan las relaciones familiares en general, siendo éstas una realidad social que el derecho no puede silenciar, esconder o impedir. Como bien se ha señalado:

Diversas transformaciones económicas, políticas, sociales, religiosas, morales y culturales han contribuido a modificar el desenvolvimiento de la vida familiar y a pluralizar los modelos de familia. Como factores, para tratar y valorar los cambios familiares en los últimos años, han de tenerse en cuenta: la modificación de las condiciones económicas marcadas por el paso de la producción al consumo; las transformaciones de un mercado laboral más flexible que exige ciertas destrezas de relación, hasta ahora ligadas al ámbito privado; la mayor movilidad geográfica y social; el creciente aislamiento producido en las condiciones actuales de la vida urbana; la disminución de las presiones económicas, morales, sociales y jurídicas para contraer o disolver el matrimonio; la secularización de la vida; la libertad sexual despojada de arcaicos condicionamientos morales; los avances tecnológicos en materias biológicas y médicas; la cultura democrática y sus técnicas de diálogo y argumentación insertadas en el ámbito familiar; el papel central del amor en el establecimiento y mantenimiento de la unión familiar; o la pluralización y los procesos de individualización en las formas de vida.⁽²¹⁾

Todos estos cambios que muestra la realidad social y que el derecho no puede —ni debería pretender— evitar o retrasar, han sido destacados, promovidos y repotenciados por la emancipación de la mujer. En este sentido, se agrega:

La igualdad entre mujeres y hombres se advierte una novedad histórica que genera importantes cambios en la sociedad y, como no podía ser de otra manera, en las relaciones de convivencia en el ámbito familiar. La mayor preocupación por el

(21) SÁNCHEZ MARTÍNEZ, M. OLGA, "Igualdad sexual y diversidad familiar: ¿La familia en crisis?", en *Cuadernos Democracia y Derechos Humanos*, Madrid, Universidad Alcalá- Defensor del Pueblo- Cátedra de Democracia y Derechos Humanos, Alcalá de Henares, 2011, p. 34.

acceso de las mujeres a la educación, el impacto de los movimientos feministas, la mecanización de las tareas domésticas, la desaparición de la familia como unidad de producción y el paso de una sociedad de consumo que para mantener el nivel de vida exige una mujer que trabaje fuera del hogar y aporte ingresos a la unidad familiar, son claros ejemplos del cambio del modelo de mujer para la familia.⁽²²⁾

Todas estas modificaciones han puesto en tensión el modelo de familia tradicional, a tal punto que se ha defendido la idea de que “en realidad, la subsistencia de la familia tradicional es más inquietante que su declive, porque el desarrollo económico y la democracia solo son posibles en condiciones de igualdad sexual y, para esto, ha de cambiar la familia tradicional”, aquella basada en la “potestad” del hombre por sobre la mujer y los hijos o, en otras palabras: “Un espacio en el que se ha vivido, y aún se viven, relaciones de poder, de dominación, sumisión e, incluso, violencia”.

El divorcio incausado es una decisión clave para entender que la ley es una herramienta de pacificación y, a la vez, de prevención, al desincentivar disputas en otros ámbitos directamente relacionados, como lo son los vínculos parentales o también de parentesco en aquellas situaciones donde un ex cónyuge —por lo general, las mujeres— impiden la comunicación con los abuelos u otros familiares paternos. En este contexto, el sistema incausado de divorcio es la clara manifestación desde la ley —dado su valor pedagógico— de diferenciación de los procesos civiles y los procesos de familia; es decir, un sistema en el que se prioriza la idea de que la mejor resolución de un caso no es aquella en el que hay un “ganador” y un “perdedor” sino, por el contrario, aquélla en la que ambos ganan si se sale de esa lógica en el que, por lo general cuando hay hijos, ellos son el “trofeo” a disputarse tras un divorcio destructivo.

El Código Civil y Comercial al regular un único sistema incausado, admite que el vínculo matrimonial —como todas las relaciones humanas— constituye un complejo devenir, un ida y vuelta, en el que nunca se podrá saber quién es el verdadero —si es que existe una verdad— “culpable” de la desavenencia matrimonial. Se trata de no dar —ni malgastar— un espacio como la Justicia para que los cónyuges revisen el pasado, sino para que solo miren, planifiquen y piensen hacia el futuro.

(22) SÁNCHEZ MARTÍNEZ, M. OLGA, *op. cit.*, pp. 35 y 36.

En este sentido, tantos años en el estudio sobre las virtudes y los beneficios de la práctica de la mediación, la especialidad y la interdisciplina, habrían servido para colocar en crisis sistemas legales rígidos y perimidos, en los que se sabe que el Poder Judicial es poco lo que puede hacer para intentar recomponer un vínculo social que los propios protagonistas ya no quieren mantener ni fortalecer. Todos estos avances, en buena hora, son tenidos en cuenta en la Reforma.

El nuevo texto civil y comercial da especial cuenta de todas estas transformaciones sociales que, además, seguirán avanzando y complejizándose, más aún de conformidad con el tinte dinámico y el constante movimiento que caracteriza a las relaciones de familia. Es por ello que una ley que pretenda tener eficacia y validez para varios años, como toda reforma integral de una normativa de fondo como lo es la legislación civil, debe estar interesada en lo que acontece en la sociedad. Por ello, la flexibilización en el régimen del derecho matrimonial en sentido amplio —no solo en los derechos y deberes que se derivan del matrimonio sino también en lo atinente a su ruptura—, la regulación de otras formas de vivir en familia, la noción de “coparentalidad” como principio básico en las relaciones entre padres e hijos, que evita priorizar un progenitor por sobre el otro, entre tantas modificaciones que introduce la Reforma, siguen una misma lógica: una ley que acepta las transformaciones sociales que tanto impacto e incidencia tienen en las relaciones de familia.

El Código Civil y Comercial, varios años después, recepta lo que hace tantos años se debate en doctrina —cada vez con mayor fuerza y adhesión—, acompañada por el derecho comparado. En consonancia con el sistema de divorcio incausado, determinados derechos y deberes matrimoniales cuya violación generaban la posibilidad de que uno o ambos sean considerados “culpables” de la ruptura matrimonial, perdieron su lugar como tales pasando a ser considerados derechos y deberes morales, es decir, que se encuentran dentro del ámbito de reserva que establece el art. 19 de la Constitución Nacional.

La recepción de un sistema de divorcio incausado ha sido aplaudida por varias voces doctrinarias. A modo de ejemplo, citamos a López del Carril (h), quien ha destacado:

La Reforma tiene todos los méritos que una reforma debe tener:
Se condice con la realidad social, se basa en la mala experiencia del régimen que deroga, establece un sistema ético compartido

por la mayoría del plexo social, se adapta a las reformas que se fueron produciendo durante los últimos tiempos y que dejaban en una obsolescencia absurda la sistémica normativa vigente. Concluyendo: “La sociedad tendrá al momento de aprobarse el Proyecto, en este punto, una razón para celebrar: Nadie será más esclavo de su decisión de casarse, nadie será más ultrajado en su privacidad, nadie estará en boca de extraños, nadie será víctima de criterios éticos obsoletos, nadie seguirá casado porque “no hay mejor cárcel que no tener adónde ir”.⁽²³⁾

El propio Guillermo Borda (h) —autor que se lo podría incluir en el grupo de doctrinarios conservadores—, al referirse a la entonces reforma admitió en materia de divorcio:

Si bien he tenido oportunidad de pronunciarme en reiteradas oportunidades de la necesidad de terminar con el divorcio sanción, no es menos cierto, que ello invalida que alguno de los cónyuges pretenda y pueda dejar a salvo su inocencia en la ruptura matrimonial. [Y agrega] En esta línea es que entiendo acertada la eliminación de las causales subjetivas para reclamar el divorcio. Es una forma de poner fin a largos y engorrosos juicios tendientes a probar la mayor o menos culpa de uno u otro cónyuge, cuya principal consecuencia es, como ya señalara, el agravamiento de la desunión familiar, además de ventilar las miserias humanas, los agravios, que entre cosas, en lugar de construir, destruyen la familia.⁽²⁴⁾

Otra autora crítica del régimen sancionado también destaca ciertas virtudes, al decir:

Al tiempo de pensar, aunque con pequeños reparos relacionados con cuestiones puntuales, reconocemos que esta reticencia fue transformándose en una postura abierta al cambio. Ello en el entendimiento de que las nuevas realidades que avientan también novedosos planteos, demuestran que el derecho

(23) LÓPEZ DEL CARRIL, LUIS MARÍA, “El divorcio en el Proyecto de reforma”, Columna de Opinión, en *Diario La ley*, 12/09/2012, p. 5.

(24) BORDA, GUILLERMO (h), “Las relaciones de familia en el proyecto de Código Civil y Comercial”, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, año 4, número 6, julio, Bs. As., La Ley, 2012, p. 35.

es sustancia viva, que avanza, que se transforma, como también lo hacen las personas y las maneras que encuentran de expresarse y vincularse con otras. [Agregando que] Este nuevo sistema, como lo hacen los sistemas modernos, tienen, en este sentido, como vértice a la persona humana y al humanismo como valor supremo.⁽²⁵⁾

Estas mismas conclusiones son las que se abordan al comentar un fallo contradictorio sentenciado por la sala L de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de fecha 04/05/2012, en el cual la comentarista, al analizar este precedente a la luz de la entonces Reforma, aseveró:

Encontramos que la solución brindada es coherente con el derecho vigente, y la estructura del actual código permite este tipo de situaciones. Estos procesos contradictorios producen que los conflictos familiares (muchas veces situaciones morbosas, desagradables e inmorales) vean la luz en las hojas de los expedientes de manera innecesaria, instaurando una guerra que no deja vencedores, sino solamente vencidos. La finalización del matrimonio sencillamente puede ser solicitada por la vía menos traumática, previéndose evitar cuestiones que afecten la intimidad de las personas. Simplemente con la lectura del caso comentado, nos hemos enterado de la intimidad no solo de dos personas, sino de varias y de las conductas morbosas que han protagonizado. En definitiva, nos debemos preguntar, si era necesario todo ese despliegue, ventilar las situaciones íntimas; a fin de conseguir tan solo una sentencia de divorcio. Con la reforma se conseguiría lo mismo, sin que los involucrados ventilen sus conflictos a desconocidos (que en este caso, como en otros, son varios).⁽²⁶⁾

Se trata de una línea argumental que se reafirma a la luz de la cantidad de precedentes judiciales post- Reforma que se han expedido a favor de

(25) VELOSO, SANDRA, "El proceso de divorcio según el Proyecto de Código Civil y Comercial", en *Revista Derecho de Familia y de las Personas*, año 4, n° 6, julio, La ley, Bs. As., 2012, pp. 53/54.

(26) BIGLIARDI, KARINA A. y DE OLIVEIRA, JUAN JOSÉ, "¿Existe necesidad de dar a luz las conductas de los cónyuges en los procesos de divorcio? El divorcio incausado en el Proyecto de Código Unificado", en *Revista Derecho de Familia y Persona*, setiembre, 01/09/2012, p. 103 y ss.

la inconstitucionalidad del régimen de divorcio, objetivo del Código Civil fundado, entre otras consideraciones, en el régimen incausado que entra en vigencia el primer día del 2016. Por ejemplo, el Juzgado de Familia N° 7 de Viedma, en un precedente del 31/07/2013, declaró la inconstitucionalidad del art. 215 del Código Civil exponiendo:

Consecuentemente con dicho análisis, resulta interesante resaltar que en el Proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación se ha favorecido la intimidad y la vida privada de los esposos por sobre el orden público. Se ha optado, como es también tendencia mundial, por la eliminación de las causales objetivas y subjetivas, creando un divorcio incausado, y eliminando la totalidad de los plazos, en pos de que la ley aliente a la superación de los conflictos dado una respuesta integral a la crisis matrimonial.⁽²⁷⁾

Esta introducción general sobre las bases, razones y fundamentos del régimen de divorcio incausado que recepta el Código Civil y Comercial, no estaría completo si no se alude —al menos de manera somera— a cuáles han sido los “contra-argumentos” esgrimidos por cierto sector de la doctrina nacional, resistentes a los cambios sociales y, por ende, a que la ley deba replantearse su rol y el de la Justicia ante la ruptura matrimonial.

Veamos. Autores ya clásicos en la mirada tradicional y eclesiástica del derecho de familia contemporáneo han esgrimido diversos argumentos.

a) Basset expuso:

En el Proyecto de Código hay libertad de ser swinger, de llevar adelante un matrimonio abierto, no respetar la fe mutua de los cónyuges, no convivir; pero no hay libertad de ser fiel al voto moralmente más exigente de perdurabilidad del vínculo matrimonial, que beneficia a la sociedad. Vale decir, hay libertad para la laxitud, pero no hay libertad para las opciones morales exigentes.⁽²⁸⁾

(27) Este precedente está sintetizado en la página web de la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación: www.nuevocodigocivil.com, en el que se sintetizan los principales fallos que citan o fundan sus sentencias en la normativa proyectada, dando cuenta de la necesidad de un nuevo texto civil y a la vez, de cómo las normas proyectadas ya son de utilidad para los conflictos judiciales que se presentan en la actualidad. Este precedente proveniente de Río Negro no es el único que se ha dictado en materia de divorcio y en el que se alude de manera expresa, al régimen de divorcio incausado; todo lo contrario.

(28) BASSET, URSULA, “El matrimonio en el Proyecto de Código”, en LL, 2012-E, 912.

b) Alejandro Borda afirmó:

Hay hijos que quieren vivir con ambos padres, que necesitan compartir sus alegrías y tristezas, sus triunfos y decepciones, sin tener que esperar 'el día de visitas'. Y me parece que esta responsabilidad paterna y social, lamentablemente, se ha diluido. No quiero decir con esto que no se recepte el divorcio, pero no parece lógico que la manera de disolver el vínculo matrimonial tenga menos exigencias que resolver un contrato, cuando las personas afectadas en el primer caso son más, si se cae en la cuenta que no solo son los contrayentes sino también sus hijos.⁽²⁹⁾

c) Sambrizzi sostuvo:

... se pueda producir un desgaste emocional en los esposos cuando se opta por un divorcio contencioso, no puede constituir un argumento para la eliminación de las causales culpables, resultando más nocivo el hecho de que en razón de no tener el divorcio consecuencia alguna para el esposo que, por hipótesis, realiza actos contrarios a los deberes materiales y morales que deben guardar los cónyuges entre sí, el mismo tenga "piedra libre" al respecto (...) No creemos en la conveniencia de que cuando uno de los esposos no desee la continuación del matrimonio, pueda demandar el divorcio solo porque no tiene interés en continuar casado y sin que ello le acarree consecuencia alguna, siendo la referida una "solución" de un acendrado y criticable individualismo, que además del compromiso asumido al contraer matrimonio, también olvida contemplar los derechos del otro cónyuge, como asimismo el de los hijos, que suelen ser los principales afectados por la situación.⁽³⁰⁾

d) Starópoli y Millán afirmaron:

Se deslegitima el matrimonio al considerarse no solo irrelevante la infidelidad, sino que también prohíbe que los cónyuges pacten entre sí la obligación de ser fieles por la falta de consecuencias en el derecho. Se deslegitima el matrimonio cuando se auspicia una

(29) BORDA, ALEJANDRO, "Matrimonio y familia", en LL 2012-E, 1345.

(30) SAMBRIZZI, EDUARDO A., "La eliminación del doble régimen (separación personal y divorcio) y de las causales de divorcio, y el llamado divorcio express", en DFyP 2012 (julio), p. 90.

alternativa de divorcio expreso tornándolo obligatorio para aquellos cónyuges que se planteen un tiempo de espera. Pero además incurre en una absurda paradoja cuando el proyecto releva del deber de cohabitar a los esposos y tengan sin embargo la obligación de divorciarse. El proyecto del Código, de esta manera, restringe los derechos de los cónyuges en lugar de ampliarlos.⁽³¹⁾

¿A qué se debe ese miedo infundado a la libertad de que cada pareja pueda armar y desarmar el proyecto de vida en común sin la necesidad de que la ley imponga deberes jurídicos que en la práctica se pactan cotidianamente a espaldas de ésta?

Los argumentos en contra del divorcio incausado son elocuentes para terminar de comprender por qué el sistema legal que se proyecta es el más adecuado y pertinente desde la obligada perspectiva laica, humana y realista del derecho de familia.

Con esta base general, fácil se podrá comprender el fundamento de algunos cambios en materia de derechos y deberes matrimoniales que se han planteado durante todo el proceso que insumió la aprobación del Proyecto en Senadores. Básicamente, la razón por la cual se regula el deber moral de fidelidad y, de manera más irrazonable aún, la reincorporación del deber de convivencia en la versión aprobada en Senadores.

3.2. La ¿temida? derogación de la fidelidad como deber jurídico

Si se implementa un régimen de divorcio incausado o sin expresión de causa, como señalan algunos autores que sería más preciso denominar,⁽³²⁾ la consecuencia jurídica obligada reside en regular solo como derechos y deberes matrimoniales aquéllos que, efectivamente, causan o producen un determinado efecto jurídico. En otras palabras, si se deroga el sistema de divorcio subjetivo, el incumplimiento de la fidelidad o cohabitación no haría nacer el derecho a petitionar el divorcio por alguna causal culpable, ya que tales derechos-deberes quedarían automáticamente vacíos de contenido legal, siendo que su interés y virtualidad queda circunscripto al ámbito ético o moral pero fuera del plano jurídico. No sería

(31) MILLÁN, LILIANA L. y STARÓPOLI, MARÍA DEL CARMEN, "El ocaso del matrimonio y la impronta del concubinato", en *DFyP*, junio, 2013, 6.

(32) Esta cuestión será retomada y ampliada más adelante.

la primera vez que un derecho-deber derivado del matrimonio queda afuera del texto legal; esto mismo ha acontecido con el deber de respeto mutuo en el marco del Código Civil, siendo que ninguno de los artículos referidos al tema (arts. 198, 199 y 200) se ocupan de manera expresa de este deber de respeto mutuo, más allá de que la doctrina entiende que se encuentra receptado de manera implícita. La diferencia entre el régimen vigente hasta fines del 2015 y el que se pone en funcionamiento el primer día del 2016, es que en el primero, al estructurarse un sistema de divorcio subjetivo o causal, la violación de derechos-deberes matrimoniales —explícitos o implícitos— tiene como sanción el ser declarado culpable del divorcio con las consecuencias jurídicas que se derivaban de ello; en cambio, en el marco de un régimen de divorcio incausado, tanto los derechos-deberes implícitos como los explícitos pero de tinte “moral”, no generan ningún efecto en el plano jurídico.

¿Cuál es la razón por la cual el art. 431 proyectado menciona un deber moral como la fidelidad, y deja afuera la cantidad de deberes morales que no están ni deberán estar en un Código Civil? La respuesta sincera es la que se presume: la presión de la Iglesia Católica. Sucede que se está sumamente huérfano de argumentos jurídicos para tener que defender una incorporación fundada solo en razones religiosas, siendo que éstas están reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados (conf. art. 19 de la Carta Magna); en este caso, debería quedar fuera de la legislación civil. Es por ello que el texto del Anteproyecto nace con esta primera concesión. Parecería que, como sucedió al momento de debatirse la ley 23.515, no es fácil lograr una normativa civil alejada de dogmas religiosos, proviniendo siempre del mismo credo o sector.

Sin embargo, esta razón no fue explicitada, como sí se hace aquí por razones de decoro y diplomacia. En los Fundamentos del Anteproyecto se focaliza en la idea de que el deber de fidelidad siempre ha tenido un valor axiológico de peso o diferencial dentro del listado de derechos y deberes matrimoniales y que, por ello,

Parece innegable reconocer, que una cosa es la fidelidad asumida por los esposos, en forma vital y hasta diríamos existencial, y otra muy distinta la fidelidad impuesta a los esposos no obstante el divorcio; porque aquella es riqueza de la unión y su transgresión constituye la más grave afrenta matrimonial, mientras

que ésta es carga de la separación y obligación formal de una unión que pertenece al pasado.⁽³³⁾

¿Por qué será que siempre las cuestiones relacionadas a lo "sexual" han incomodado tanto al derecho?

Se sabe que en el Código Civil uno de los derechos-deberes derivados del matrimonio, como es la fidelidad, presenta una doble vertiente: a) material (abstenerse de mantener relaciones sexuales con un tercero) y b) moral (abstenerse de colocarse en situaciones equívocas, irregulares o indecorosas, incompatibles con el estado civil de casado). La violación de este deber en su faz material da lugar a la causal culpable de adulterio siendo considerado un ilícito civil (art. 202, inc. 1º)⁽³⁴⁾ y, en su faz moral, a la de injurias graves (art. 202, inc. 4). Ahora bien, en este contexto legislativo, cabe preguntarse si los propios cónyuges no podrían dispensarse mutuamente del deber de fidelidad en su totalidad o en alguna de sus dos vertientes. Para la ley y para varios de sus intérpretes, esta posibilidad es jurídica, más no fáctica, ya que si un matrimonio no ventila este tipo de actitudes, jamás un tercero podrá peticionarlo a espaldas o espaldas de los propios involucrados.

Históricamente, se entendió que los deberes del matrimonio son de orden público y, por lo tanto, quedan afuera de la autonomía de la voluntad de sus protagonistas. Tan es así que incluso aún hoy existen voces doctrinarias y jurisprudenciales que defienden la idea de que el deber de fidelidad subsiste durante la separación de hecho de los cónyuges, es decir, incluso después de producida la ruptura de la convivencia, debiéndose mostrar un "celibato permanente".⁽³⁵⁾

Desde la obligada mirada constitucional-convencional, el Código Civil y Comercial entendió que era hora de preguntarse si la fidelidad es,

(33) CNAC. APEL. CIV., Sala B, "R., J. E. c. A. de R., S.", 04/04/1986, LL, 1986-D, 406.

(34) ¿Es casual que el artículo 202, dedicado a enumerar las causales culpables, enuncie en primer lugar la violación del deber de fidelidad material, aquél relacionado con los aspectos sexuales dentro del matrimonio? Nos produce cierta incertidumbre saber las razones por las cuales a nuestros legisladores las cuestiones relativas a la sexualidad los han incomodado siempre, otorgándoles una regulación especial, restrictiva y sensible.

(35) Esta es la expresión que utiliza Kemelmajer de Carlucci en su excelente voto como integrante de la Sala 1ª de la Corte Suprema de Justicia de Mendoza, en un precedente del 11/07/2003 donde, precisamente, se sigue y abre la postura opuesta, en la cual se defiende la idea del cese del deber de fidelidad durante la separación de hecho (Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, Sala I, "G., A. B. c. A. C.", 11/07/2003, LL Gran Cuyo, diciembre, 2003, 868).

realmente, un derecho-deber derivado del matrimonio o si, por el contrario, integra esa cantidad de decisiones personales que caen bajo el principio de reserva que prevé la Constitución Nacional en su art. 19.

Con el objeto de reafirmar y reforzar porqué la fidelidad no es un deber jurídico, cabe desmitificar y así desnaturalizar la idea de que la fidelidad está ínsita en el matrimonio. Esta afirmación se contrasta fácilmente al observarse el derecho comparado, del cual surge que en la gran mayoría de legislaciones que regulan las uniones convivenciales, la fidelidad no es considerada un deber que se deriva de este tipo de relaciones afectivas no formales —incluso en aquellas legislaciones donde es necesario que se registren—, por lo tanto, fácil se aprecia que la “monogamia sexual” no formaría parte de la “esencia” de las relaciones de pareja sino que se trata de una decisión de política legislativa.

¿Acaso no sería posible interpelar al derecho preguntándole cuál es el fundamento razonable por el cual la fidelidad debería ser un derecho-deber derivado del matrimonio y no formar parte del ámbito de intimidad, privacidad y libertad de las personas?

¿Cómo es posible pasar de un divorcio causado a uno incausado? Tomándose como punto de partida una verdad irrefutable que emana de la realidad social. El matrimonio se construye y se sostiene de a dos, por ende, si uno deja de estar comprometido con este lazo primordialmente afectivo, es entendible que no pueda ser mantenido en contra de la voluntad de uno o ambos de los protagonistas, más allá de las razones por las cuales la unión llega a su fin.

Un régimen de divorcio incausado no solo facilita y flexibiliza la regulación o requisitos de fondo, sino que también —y así está planteado en el nuevo texto legal— lo hace en lo que respecta a los elementos de forma.

Por otra parte, y siguiéndose siempre una perspectiva sistémica e integral como debe ser a los fines de alcanzar legislaciones que no confundan o brinden información parcializada o poco clara a los justiciables, cabe recordar que, al desprenderse el Código Civil y Comercial de la noción de culpa, los efectos derivados del divorcio se inclinan o adoptan otro concepto, colocándose a la vulnerabilidad en un lugar de privilegio. Esto se observa de manera elocuente al regular el régimen en materia alimentaria o al incorporarse la figura de la compensación económica. Para ambas instituciones no interesa la noción de culpa sino la de vulnerabilidad, que es bien diferente.

Entonces, siendo la fidelidad un deber moral, este no puede traer aparejada ninguna sanción civil: no puede ser causal de divorcio por adulterio o, en su defecto, injurias graves —consecuencias negativas que se derivan para el cónyuge culpable—, ni tampoco puede sustanciarse la posibilidad de peticionar la reparación de los daños y perjuicios, al no estarse más ante un hecho ilícito, antijurídico.

Con relación a los daños y perjuicios derivados del divorcio que, durante algunos y varios años ha desvelado a la doctrina y jurisprudencia nacional debiéndose llegar a un fallo plenario,⁽³⁶⁾ el interrogante que está detrás del régimen proyectado es si el deber moral de fidelidad puede originar un daño jurídicamente reparable. La respuesta está claramente expuesta en los Fundamentos del Anteproyecto, que dice: “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”. Esta mirada negativa sobre los daños y perjuicios derivados del divorcio se condice con la tésis de la legislación proyectada. Sucede que los daños derivados del divorcio se desprenden del sistema subjetivo, siendo la causa el incumplimiento de alguno o varios derechos-deberes jurídicos del matrimonio los que, al configurar un hecho ilícito, generan el deber de reparar. Por ende, y a contrario *sensu*, si la fidelidad no es un derecho-deber jurídico sino moral, mal puede configurar un hecho ilícito por no ser antijurídico: no se dan, así, los presupuestos de la responsabilidad civil. Más aun: si ya varios autores observan una mirada negativa de los daños y perjuicios en el marco de un divorcio culpable —hecho que se cuela en varias interpretaciones judiciales—;⁽³⁷⁾ más aun la observarán cuando se recepta un régimen incausado.

(36) CNAC. APCL. CIV., en pleno, 20/09/1994, “G., G. G. c. B. de G., S. M.”, LL 1994-E, 538.

(37) A modo de ejemplo, en un precedente se ha afirmado: “Al analizar el reclamo de una indemnización por daño moral en un proceso de divorcio corresponde aclarar que la acreditación de causales de divorcio culpable atribuida a alguno de los cónyuges, no es suficiente para generar un derecho a la reparación moral a favor del otro, porque “no será el divorcio en sí, que porta su propia sistemática sancionatoria, la fuente o causa del resarcimiento...”, pero que la cuestión cambia “... cuando ese obrar malicioso, realizado por un cónyuge hacia otro tiene una ‘clara y excluyente inspiración nociva para el otro cónyuge...’”. Se agrega, además, que “En estos supuestos la fuente del resarcimiento no es el divorcio sino la conducta ilícita que lesiona el honor del cónyuge inocente, como lo sostuvo este Tribunal recientemente (L.S. 118164, 19/05/08), pues el resarcimiento de los daños y perjuicios no será el divorcio en sí que porta, como lo señala el a quo su propia sistemática sancionatoria, la fuente o causa

Voz autorizada para sintetizar el debate contemporáneo en torno a los daños derivados del divorcio es Zannoni, quien en alguna oportunidad afirmó: “Creemos importante, aquí, comenzar por señalar que hemos modificado significativamente la posición amplia y favorable al resarcimiento de los daños y perjuicios que expusimos en anteriores ediciones a esta obra”. Tras este sinceramiento, agregó: “En los últimos años se advierte una tendencia doctrinaria a restringir los casos en que procede la invocación de tales hechos como fuentes de daños. Decimos, obviamente, restringir, no negar, aunque también se han sumado voces contrarias a la posición tradicional”.⁽³⁸⁾ Si esto lo expresaba este reconocido autor en 1998, y en el marco de un sistema de divorcio culpable, más aun se debería defender la postura negativa de los daños y perjuicios derivados de un divorcio que solo y siempre sería incausado como el que se pone en vigencia a partir del 01/01/2016.

Por todas las razones sintetizadas, el deber moral de fidelidad no puede ser causa fuente de la reparación civil, con total independencia de que un hecho o varios ocasionados por el cónyuge puedan generar un daño que sí sea jurídicamente reparable por aplicación de las reglas generales de la responsabilidad civil, tales los casos de actos de violencia de un cónyuge hacia el otro, o de situaciones que afecten al honor o la intimidad —por ejemplo, la difamación por las redes sociales o en lugares públicos a un cónyuge o ex cónyuge—. En todos estos casos, el deber de reparar no deriva de la violación a un derecho- deber moral del matrimonio como la fidelidad, sino por el hecho de ser persona y ver conculcados derechos que lo afectan y agravan de manera directa. Asimismo, cabe agregar que en los casos de violencia en la pareja, la ley 26.485 de “Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que se Desarrollen sus Relaciones Interpersonales” del 2009, prevé de manera expresa la reparación de los daños que se deriven de este tipo de violación de derechos humanos al expresar en su art. 35: “Reparación. La parte

del resarcimiento, sino supuestos en los cuales el cónyuge ofensor incurre en un hecho ilícito que lesiona la dignidad o integridad física o moral del otro, de sus derechos personalísimos, con un obrar malicioso, de clara y excluyente inspiración nociva para el otro cónyuge pues en tales casos el derecho a reparación proviene no de su calidad de cónyuge sino como cualquier persona afectada por un hecho ilícito” (Cám. Apel. Civ., Com. de Paz y Trib., 2ª, Mendoza, 10/11/2011, “C., R. I. c. A., S. s/ div. vinc. Cont”, en LLGran Cuyo, marzo, 2012, 189. También en línea: AR/JUR/78632/2011).

(38) ZANNONI, EDUARDO A., *Derecho de Familia*, op. cit., p. 228 y 231.

damnificada podrá reclamar la reparación civil por los daños y perjuicios, según las normas comunes que rigen la materia”.

Pero la simplificación del nuevo régimen legal no reside únicamente en circunscribir la fidelidad a un deber moral y, por ende, solo reservada a Dios y exenta de la voluntad de los magistrados; también se pone fin a todo un debate jurídico y fáctico absurdo en torno a la subsistencia o no del deber de fidelidad durante la separación de hecho.

Al respecto, cabe recordar que la separación de hecho implica de por sí el cese del deber de cohabitación y, salvo algún autor en forma aislada,⁽³⁹⁾ no se tilda a la separación de hecho —la ruptura de la convivencia de común acuerdo— de una situación antijurídica o contraria a la ley —a tal punto que la ley 23.515 la consideraba una causal de divorcio vincular o separación personal cuando concurrían otros elementos, lo temporal y la no voluntariedad de volver a unirse o la falta de reconciliación—; esta misma mirada contemplativa o más flexible no se aceptaba o extendía de manera unánime cuando se trataba del deber de fidelidad.⁽⁴⁰⁾ Este debate ha generado tres posturas: 1) amplia: pregona el cese del deber de fidelidad tras la separación de hecho; 2) intermedia: defiende el cese del deber de fidelidad recién cuando transcurre el plazo que el Código Civil anterior establecía para solicitar el divorcio vincular o separación personal remedio u objetivo y 3) restrictivo: sostiene que el cese del

(39) Sostiene Úrsula Basset: “La separación de hecho consiste en que uno o ambos cónyuges infrinjan deliberadamente, sin intervención de la jurisdicción, el deber de convivencia emergente del matrimonio, que es de orden público, supone una omisión antijurídica —violación del deber de convivencia por omisión de este— e ilícita —el cónyuge abandonante, o ambos, viven al margen de la ley en forma continuada, sin regularizar su situación ante el organismo jurisdiccional—. Aunque esta misma autora reconoce que “Sin embargo, y pese a estas razones de peso, la doctrina contemporánea se inclina a dar virtualidad creciente a la separación de hecho. Más aún, el reformador de 1968, sucedido por aquel de 1986, consideraron conveniente y aun moralizador otorgar determinados efectos a esta separación”, en BASSET, ÚRSULA, *La calificación de bienes en la sociedad conyugal*, Bs. As., Abeledo Perrot, 2010, p. 702.

(40) BELLUSCIO, AUGUSTO C., *Manual de Derecho de Familia*, t. 1, 8ª ed., Bs. As., Ed. Astrea, 2008, p. 387, parág. 172; BORDA, GUILLERMO A., *Tratado de Derecho Civil. Familia*, t. I, 10ª ed., Bs. As., Abeledo-Perrot, 2008, p. 195 y ss., FAMÁ, MARÍA VICTORIA y HERRERA, MARISA, “Una mirada crítica sobre el deber de fidelidad durante la separación de hecho”, en *elDial.com*, 26/12/2005, supl. extr. “La subsistencia del deber de fidelidad durante la separación de hecho”; CHECHILE, ANA MARÍA, “Invocabilidad del adulterio cometido luego de la separación de hecho como causal para solicitar el divorcio”, en *JA* 2000-II-449; SOLARI, NÉSTOR E., “La conducta de los cónyuges durante la separación de hecho”, en *LL*, 18/02/2008.

deber de fidelidad recién ocurre cuando hay sentencia de divorcio vincular o separación personal.⁽⁴¹⁾

En suma, fácil se comprende cómo interactúa y se retroalimenta el régimen de divorcio con los deberes matrimoniales. La simplificación del primero implica, de por sí, la simplificación del segundo.

3.3. Cuando la moral prima: la convivencia como deber jurídico

Es evidente que si se derogaba el régimen de divorcio culpable, la violación al deber de cohabitar no daría lugar a sanción alguna, de allí que la cohabitación había sido quitada del elenco de derechos y deberes jurídicos enunciados en el art. 431 de la normativa proyectada. Incluso, tampoco era calificado de deber moral como o conjuntamente con el de fidelidad.

Por otra parte, y tratándose de un nuevo Código que pretende tener vigencia legal como también real, por muchos años en una sociedad eminentemente dinámica y cambiante, la supresión del deber de cohabitación estaba acorde con una organización familiar que empieza a tener cada vez mayor presencia. Nos referimos a las llamadas por el derecho anglosajón parejas “LAT” (siglas en inglés: “*living apart together*”, traducido como parejas con domesticidad común), que son aquellas parejas —matrimoniales o no— con un proyecto en común, respeto mutuo, fidelidad, cooperación y asistencia, pero que deciden no convivir o no comparten la misma vivienda. Como también se dice, parejas que viven juntos pero separadas.⁽⁴²⁾

¿Puede una pareja nacer “separada de techo”? A diferencia de lo que acontece en los supuestos que se dirimieron en la Justicia alegándose separación de hecho como causal de divorcio por matrimonios que viven en el mismo hogar (elemento objetivo) pero sin la finalidad de continuar un proyecto de vida en común (elemento subjetivo), en este tipo de relaciones afectivas que muestra la realidad contemporánea, sucede totalmente

(41) Cabe destacar que, de manera aislada, Belluscio sostiene que después de dictada la sentencia de separación personal subsiste el deber de fidelidad. En tal sentido, afirma de manera categórica: “cabe concluir en que el deber de fidelidad no desaparece por la mera separación personal”, en BELLUSCIO, AUGUSTO C., *Manual de Derecho de Familia*, 10ª edición actualizada, Abeledo Perrot, Bs. As., 2010, p. 696.

(42) Para profundizar sobre este tema ver ORTIZ DIEGO, “Las nuevas parejas LAT (‘living apart together’) en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, en *Microjuris*, 29/11/2012, Cita: MJ-DOC-6088-AR | MJD6088.

lo contrario. El elemento subjetivo, el proyecto en común está latente y ausente le convivencia bajo el mismo techo.

Por lo general, son segundas o terceras uniones cuyos integrantes tienen hijos de parejas anteriores y por diversas razones eligen —autonomía de la voluntad— no compartir el mismo techo. ¿Acaso dos personas que prestan el consentimiento ante el oficial del registro civil, tienen un proyecto de vida en común y deciden vivir uno en una vivienda y el otro en el piso de arriba, a la vuelta o a algunas cuadras de distancia porque ambos tienen hijos adolescentes y no quieren unir ambas familias se puede considerar que no son un matrimonio solo porque no cumplen con el deber de cohabitación? Según el Proyecto de Reforma hasta los cambios que tuvo de último momento antes de su sanción en Senadores, esta particular tipología familiar tenía su espacio en total consonancia con las nociones de pluralidad y “multiculturalidad” que campeaban el Anteproyecto.

¿Qué sucedió durante el debate en el Congreso, básicamente, días antes de la sanción en la Cámara de Senadores? Se modificó la redacción del art. 431 del siguiente modo: “Asistencia. Los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación, la convivencia y el deber moral de fidelidad. Deben prestarse asistencia mutua”.

Como se puede apreciar, la convivencia vuelve a adquirir el papel de deber jurídico. ¿Qué importancia —desde el plano jurídico— tiene en el marco de un divorcio incausado? La única respuesta posible: ninguna. ¿Qué efecto jurídico tendría la violación de este derecho-deber jurídico? Una vez más, el fantasma de los daños y perjuicios —que se pretendió excluir del nuevo texto civil y comercial— vuelve a instalarse. Pero se trata solo de eso, de fantasmas, ya que una rápida y sencilla mirada integral permite concluir que el deber de convivencia no genera obligaciones en el campo jurídico, es decir, que su incumplimiento no despierta consecuencias jurídicas negativas sino que es otra decisión que cae dentro del principio de libertad que prevé el mencionado art. 19 de nuestra Carta Magna.

¿Cuál habría sido la razón de esta reincorporación? Una respuesta posible podría ser el fundamentalismo conservador y tradicional ya mencionado, que se resiste a que el derecho de familia caiga bajo las redes de la obligada perspectiva constitucional-convencional y, por ende, humana. La otra, ceder ante el engañoso slogan de que la convivencia no puede ser un elemento

sine qua non en las uniones convivenciales y estar ausente en el matrimonio. Esta afirmación es más efectista que real.

Veamos. Cabe recordar que no se incurre en un tratamiento discriminatorio cuando se regula distinto lo que es, de por sí, diferente. El matrimonio es un acto formal; por el contrario, la unión convivencial es eminentemente informal. ¿Cuándo una relación de pareja es lo suficientemente “fuerte” como para que el derecho no le pueda dar la espalda y deba reconocer ciertos o determinados efectos legales? Para el reconocimiento de uniones convivenciales como tales, se debe contar con determinados requisitos, ente los cuales se encuentra la convivencia (singular, pública, notoria, estable y permanente tal como surge del art. 509 proyectado) sostenida durante un lapso mínimo de tiempo (2 años, según lo dispuesto en el art. 510), lo que evita la judicialización acerca de cuánto tiempo debe transcurrir para que una persona pueda gozar de los derechos que el Código Civil y Comercial le otorga a las pareja que conforman una unión convivencial. En el matrimonio, dada la formalidad que lo rodea, no es necesario tener que cumplir todos estos requisitos para ser considerado tal; es en ese contexto que a la convivencia no se lo observa un elemento central para la existencia de un matrimonio.

Con la redacción del art. 431, tal como quedó tras la sanción en Senadores, se empeora el régimen matrimonial ya que en la actualidad, el art. 199 prevé algunos supuestos de excepción al deber de cohabitación que establece el art. 198, como cuestiones de trabajo, estudio u otras razones que habilitan el cese de la cohabitación de manera transitoria y que no afectan el verdadero sentido y finalidad del matrimonio: el proyecto de vida en común. En el texto sancionado en Senadores no se establece ninguna excepción al deber de convivir, por lo cual, esto obligará a llevar adelante una ardua tarea interpretativa con los riesgos que ello lleva implícito. ¿Acaso un Código Civil no debería tener entre sus principales finalidades evitar la mayor cantidad de debates interpretativos, es decir, ser un instrumento legal lo más claro y preciso posible?

¿Qué sucedería si un cónyuge se va a cursar un doctorado al exterior y, en el interín, su pareja fallece? ¿Se trataría de un supuesto de exclusión de la vocación hereditaria por el cese de la convivencia? Es claro que la intención del matrimonio era seguir adelante con su proyecto de vida marital, por lo cual, es esperable que el juez que intervenga en el proceso sucesorio tenga la habilidad de hacer llevar adelante un análisis integral de la

normativa proyectada y, a la vez, tenga en cuenta que este cambio que ha sufrido el art. 431 responde más a presiones irrazonables que a una modificación a tono, o coherente, con el todo el régimen proyectado.

Solo basta con observar qué autores y con qué fundamentos están a favor de que la convivencia vuelva a ser un deber jurídico para reafirmar que la postura adoptada por el Anteproyecto era, claramente, la correcta.⁽⁴³⁾

3.4. El mantenimiento del divorcio judicial

El Código Civil y Comercial mantiene el divorcio como una figura a la cual se llega mediante el dictado de una sentencia después de un proceso judicial. De esta manera, no se sigue la postura que adoptan varios países que regulan el divorcio administrativo o notarial; es decir, lo quitan de la órbita de la justicia. El divorcio ante funcionarios del registro civil fue analizado y debatido dentro del equipo de trabajo que elaboró el primer armado del capítulo sobre divorcio.

El divorcio extrajudicial fue descartado por varias razones que se pasan a exponer sintéticamente.

En primer lugar, porque al regularse un único proceso con pautas claras, bien sencillo y rápido, se entendía que no era necesario introducir una modificación sustancial sobre quién es el organismo estatal interviniente en materia de divorcio si el tiempo que insumiría el proceso sería casi idéntico. Por ende, si lo que se pretendía era quitar de la órbita de la Justicia las peticiones de divorcio porque en otro ámbito serían más rápidas, ello no se hubiera logrado de conformidad con la regulación que se proyecta.

En segundo término, la derogación total del divorcio judicial hubiera sido imposible ya que, en algunas oportunidades (la mayoría, cuando existen

(43) Expresa Basset: "Por suerte, ha primado la sensatez en materia de convivencia. La cohabitación es el fundamento de la regulación del hogar conyugal y de las presunciones filiatorias. De ella depende la construcción de los onera matrimonii, la virtualidad de la separación de hecho, la regulación de la responsabilidad parental y tantas otras instituciones más. ¡Cómo apenas ver la cantidad de dificultades y desarmonías en que se incurría por afán de modernidad!. Las revoluciones se cobran su rédito de la coherencia, porque las reglas jurídicas normalmente se elaboran durante siglos de tradición. Borrallas y redactarlas de nuevo exige un tiempo prolongado de reflexión. Los dos años de este proyecto son insuficientes frente a más de veinticinco siglos de tradición jurídica. Por lo pronto, no estaría mal plasmar en el Código al hombre común, como decía Miguel Reale en Brasil. Y con la redacción anterior, millones de matrimonios estaban proscritos del Proyecto por afán modernista. Es bueno que el Código siga las costumbres sociales, genialidad que supo seguir nuestro Codificador cordobés y que tal vez ahora finalmente encontró desembocadura en el Proyecto", en BASSET, ÚRSULA C., "Incidencia en el derecho de familia del proyecto de Código con media sanción", en *La Ley*, 16/12/2013, p. 1 y ss, Cita Online: AR/DOC/4581/2013.

hijos menores de edad), debía seguir tramitando en sede judicial a los fines de cumplir con la intervención secundaria del Ministerio Público de conformidad con lo dispuesto en el art. 103 del Código Civil y Comercial. Sucede que la práctica indica que este organismo no suele tener intervención real en el ámbito administrativo, sino que, por diversas razones —en particular, funcionales, de caudal de trabajo, etc.— solo lo hacen cuando el asunto tramita en sede judicial.

Por último, porque la gran mayoría de los divorcios involucraría una intervención mixta, administrativa, en lo relativo al vínculo jurídico matrimonial y su cese —con su consiguiente inscripción—, pero judicial con relación a todos los efectos que necesitan la correspondiente homologación judicial o también la intervención del juez a los fines de arribarse a un acuerdo. Por lo tanto, esta doble intervención hubiera sido más engorrosa e insumiría mayor tiempo, lo que se pretendía evitar con la instauración del divorcio extrajudicial —que debería ser analizado no solo en su faz teórica, sino principalmente, en la práctica—. En esta necesaria ecuación, el divorcio judicial simplificado arrojaba mejores resultados y, de allí, su permanencia en el nuevo texto legal.

3.5. La derogación de la separación personal

El Código Civil y Comercial deroga la separación personal; solo mantiene el divorcio vincular como única figura ante la ruptura de las nupcias o desavenencia matrimonial —por ello se quita la mención de “vincular”, aludiéndose simplemente al divorcio a secas, institución que, precisamente, produce la ruptura del vínculo matrimonial—. Sucede que, en el régimen aún vigente, subsisten la separación personal y el divorcio vincular, por lo que referirse a lo “vincular” era el elemento más importante que diferenciaba una figura de la otra. Por ello, antes de la sanción de la ley 23.515 —que introdujo modificaciones sustanciales al régimen matrimonial y, en particular, incorporó al derecho argentino el divorcio vincular como institución autónoma—, a la separación personal se la llamaba “divorcio” a secas toda vez que, hasta ese momento, el divorcio era no vincular ya que no producía la disolución del vínculo matrimonial ni permitía a los esposos divorciados celebrar nuevo matrimonio.

El Código Civil y Comercial retoma, entonces, la noción de “divorcio” a secas (sin ninguna otra alusión) pero, a diferencia de lo que acontecía antes de la ley 23.515, este divorcio sí trae consigo o produce como efecto la ruptura del vínculo matrimonial y la consecuente reaptitud nupcial.

Es sabido que el mantenimiento de ambos sistemas en la ley 23.515 fue una abierta concesión realizada por los entonces “divorcistas” en favor de los “antidivorcistas”. Básicamente, y una vez más, aparece en la escena familiar, la Iglesia Católica. De este modo, si bien la ley 23.515 introdujo el divorcio vincular, lo cierto es que se decidió mantener el divorcio no vincular —la separación personal— para aquellas personas que, por razones religiosas, deseaban sustraerse de ciertos derechos y deberes (para algunos autores, incluido el de fidelidad), lo que, no obstante, no producía la ruptura del vínculo matrimonial. Así, se observa de manera clara la interacción entre Derecho y Religión en el campo del derecho de familia y, en especial, en el derecho matrimonial.

La necesidad de lograr una legislación civil laica se deriva, entre tantos fundamentos, de la reiterada mirada obligada constitucional-convencional, la cual pregona la defensa de los derechos humanos con total independencia de la creencia, religión, y tantas otras variables, que tenga cada persona. Desde este punto de partida, la separación Estado-Iglesia constituye uno de los tantos objetivos que debería lograr el texto proyectado, a través de la regulación de instituciones alejadas de argumentos “morales”, extra o metajurídicos.⁽⁴⁴⁾

(44) Es imposible aislar los textos de sus contextos, o en otras palabras, lo que se dice desde el lugar en que se lo hace. En este sentido, no es un dato menor que ciertos autores que son referentes del derecho de familia contemporáneo más conservador son, a la vez, asesores legales de la Conferencia Episcopal Argentina (conf. debate “Cambios que llegan: Duro debate sobre el futuro de la familia en la Argentina en http://www.clarin.com/sociedad/Cambios-llegan_0_775122596.html). Y es desde allí que se debe leer afirmaciones tales como: “Aún otra reflexión nos conduce a que la sección más revolucionaria del Proyecto, y que más polémica ha suscitado, es la del libro de las relaciones de familia. No es para festejarlo. La sociedad argentina queda exiliada. Las costumbres argentinas, que otrora habían informado la regulación de Vélez, sabiduría tan bien expresada en su correspondencia con Sarmiento, quedan ahora en un cono de sombra. Estamos seguros de que una contemporización mayor en el libro de familia abriría muchas puertas que se cerraron. La moderación hubiera ayudado a una mayor aceptación. Pensemos tan solo en la virtual supresión de la palabra “madre”, tan significativa para nuestro acervo cultural, sacrificada en aras del altar de la neutralidad de género. No se explica por qué en lugar de convivir proyectos de vida distintos, para reconocer uno, hay que suprimir al otro en la letra y el espíritu. Genera división social. (...) Un código no tiene que ser revolucionario. Todo lo contrario, siempre tiene que estar un paso atrás de las costumbres, para no turbarlas. Más aún si es para “amoralizarlas” cuando la familia y los muchos jóvenes que andan sin rumbo, lo que necesitan es mayor contención. El Código Civil de Vélez Sársfield es tan noble, que soportaría bien modificaciones parciales al estilo del Código Civil Francés o del Español. Y si esta reforma prospera, sería óptimo que sea meditada sosegadamente, como las reformas italiana, brasileña, holandesa o los cuarenta y cinco años que llevó el Código de Quebec. No hay que temerle al tiempo, cuando el vino es bueno, lo mejora. Así el caso de nuestro querido y viejo Código y el caso del Proyecto, con las correcciones que necesita si llegara a prosperar” (en BASSET, ÚRSULA, *ibid.*)

Tal como queda explicitado en los Fundamentos del Anteproyecto, el Código Civil y Comercial se edifica sobre la noción de “pluralismo” y esto significa, indudablemente, salirse de dogmas religiosos y morales; o, en otras palabras, salirse de una vez por todas del apego al derecho canónico —del que nació el derecho de familia, y al que aún hoy sigue atado—. Es que la idea de “multiculturalidad” conmina a alejar cualquier tipo de regulación a valores, ritos o postulados religiosos.

Siguiéndose esta línea argumental, resulta coherente derogar una institución que, en su momento, fue el resultado de una clara “transacción” con la Iglesia Católica y que, además, desde el punto de vista práctico, ha dejado de tener sentido, ya que la escasa cantidad de matrimonios⁽⁴⁵⁾ que solicitan la separación personal, no lo hace por razones “morales” sino porque carecen del lapso temporal mínimo (3 años) para petitionar directamente el divorcio vincular. Se trata de matrimonios jóvenes, en su mayoría sin hijos, que, por no tener cumplido el plazo mínimo para poder solicitar la ruptura del vínculo matrimonial encuentran, al menos, en la figura de la separación personal la posibilidad de sustraerse de varios derechos y deberes matrimoniales y de poder disolver el régimen de comunidad de bienes.⁽⁴⁶⁾ En este mismo sentido, apoyándose en información cuantitativa, se dijo: “Acompaña así el proyecto una tendencia hacia la eliminación de las causales subjetivas y avanza sobre las objetivas, eliminándolas. Es el proyecto consecuente con las estadísticas en la materia, así, en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, el 89,74% de los divorcios tramitan por causales objetivas, registrándose tan solo 192 expedientes de separación personal”.⁽⁴⁷⁾

De esta manera, fácilmente se puede apreciar que aquellas razones por las cuales la ley 23.515 se vio obligada a mantener el divorcio no vincular

(45) Tomando los datos de la Oficina de Estadísticas del Poder Judicial de la Nación, por lo cual arroja resultados de lo que acontece en la Ciudad de Bs. As. en el marco de la Justicia Nacional en lo civil con competencia en asuntos de familia, expone que, del total de causas ingresadas al fuero en el 2012 (para tomar un año completo) —que fueron 33.022—, 7.688 fueron causas de divorcio vincular y separación personal (un 23%). De este total de causas de divorcio vincular y separación personal, solo el 2% fueron de separación personal (179 causas).

(46) TÓFALO, ARIEL, “El divorcio en la Argentina desde un enfoque sociojurídico. Prácticas sociales y judiciales”, en *Revista Interdisciplinaria. Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia*, n° 53, marzo, Abeledo Perrot, Bs. As., 2012, p. 247 y ss.

(47) ROVEDA, EDUARDO; SASSO, MARCELA LORENA y ROBBA, MERCEDES, “El divorcio en el proyecto de Código Civil”, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, año 4, n° 6, julio, La ley, Bs. As., 2012, p. 36.

—llamada separación personal— se habrían perdido o, como mínimo, habrían dejado de tener virtualidad.

3.6. Derogación del divorcio causado, subjetivo y objetivo

Un error bastante común es confundir divorcio objetivo, causado e incausado. El régimen del Código Civil es causado, tanto culpable o subjetivo como objetivo. Siempre es necesario plantear o demostrar una causa, la que puede ser subjetiva debido al acaecimiento de uno o varios hechos ilícitos o incumplimiento de derechos-deberes matrimoniales; u objetivo, porque han transcurrido un mínimo de 3 años desde la celebración del matrimonio y existen causas que hacen moralmente imposible la vida en común —causas estas que deben ser expuestas por ambos cónyuges en una audiencia privada con el juez—, o porque se ha producido la separación de hecho, sin voluntad de unirse, también por el lapso de 3 años. De este modo, y bajo el sistema legal aún vigente, uno o ambos cónyuges deben dar causas para petitionar el divorcio.

Por el contrario, en el régimen del Código Civil y Comercial el divorcio es sin expresión de causa —sea ésta de tinte subjetiva u objetiva—, planteo que puede provenir de uno o ambos cónyuges.

Esta regulación es coherente con la idea —realista, por cierto— de que si un matrimonio se celebra y mantiene por la voluntad de dos personas, si una de ellas ya no quiere continuar o seguir adelante con el proyecto de vida en común, el matrimonio no puede continuar, y es por ello que se debe habilitar a uno o a ambos a petitionar el divorcio. De este modo, si ambos integrantes están de acuerdo, es claro que la petición será conjunta; pero ya si uno de ellos no quiere continuar el matrimonio, también se habilita a que este solo solicite el divorcio por aplicación del principio de libertad y autonomía personal.

Por otra parte, esta doble posibilidad es, en definitiva, más beneficioso para todo el grupo familiar ya que no obliga a uno de los cónyuges a mantener una verdadera ficción, con las consecuencias negativas que se derivan de la imposición de lazos jurídicos, o —lo que es más perverso aún, de que la ley promueva la hipocresía—.⁽⁴⁸⁾

(48) Belluscio critica este tipo de afirmaciones al decir: “Desde mi punto de vista, la imposición de otros recaudos, como las causas, aun objetivas, y la imposición de plazos, no afecta la libertad y autonomía de la persona humana, como se sostiene en los fundamentos. Se

De este modo, el nuevo texto civil y comercial recepta un único régimen de divorcio de tipo incausado, en el que las causas por las cuales los cónyuges —o uno de ellos— deciden poner fin al matrimonio no tienen por qué ser ventiladas en un proceso judicial.

Algunos autores entienden que sería más adecuado denominarlo “divorcio sin expresión de causa” ya que siempre habría una causa o razones por las cuales se produce la ruptura matrimonial, siendo que únicamente la o las causas no son expresadas al juez. Justamente, esto mismo es lo que se pretende decir con el término “incausado”: que no hay causas que sean jurídicamente relevantes o que deban ser puestas de manifiesto ante el afuera —el juez, en un proceso judicial— que deban ser ventiladas y analizadas por un tercero totalmente ajeno a la relación de pareja.

En otras palabras, el divorcio incausado constituye un régimen jurídico que solo se interesa por las consecuencias o efectos que efectivamente se generan en el plano jurídico y, a la vez, se desentiende del plano axiológico o moral; de allí, que se lo entienda como “incausado” o “sin causa”, denominación que revela tanto la poca importancia que se le adjudica a las razones por las cuales se llega a plantear la ruptura matrimonial como la revalorización de los efectos o consecuencias jurídicas que se derivan de tal ruptura —único aspecto en el que hay que centrarse—.

De manera más coloquial y básica aún: a la ley no le importa el por qué las personas se divorcian, sino cómo van a manejarse como matrimonio divorciado; es decir, la ley se interesa por el presente y el futuro, y no por el

trata de una materia que no es solamente del interés de los cónyuges, sino también de los hijos y de la sociedad en general, que indudablemente se beneficiará de la estabilidad de los vínculos” (BELLUSCIO, AUGUSTO C., “El matrimonio en el Proyecto de Reformas”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2012-2, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2013, ps. 319 y 320). Fácil se advierte como este autor (que en el recordado caso “Sejean”, de la Corte Federal votó en minoría, defendiendo a fines de 1986 la constitucionalidad de la indisolubilidad del vínculo matrimonial) no brinda ningún argumentos de peso acerca de cómo la supuesta “estabilidad” del matrimonio en contra de los propios cónyuges sería “beneficioso” para los hijos, incluso para la sociedad en general. ¿No le interesaría más a la sociedad en general e incluso a los hijos, el mantenimiento de vínculos o lazos sinceros y no hipócritas? Si ello es así, y siendo que las parejas no se divorcian si ellas o alguno de ellos no lo desean, no habría razón para tener miedo de aceptar una normativa que no establece causa ni plazo alguno. Por lo general, la gente se casa y mantienen su matrimonio sin andar consultando al Código Civil, solo apela a él ante la existencia de un conflicto una ruptura de hecho del vínculo matrimonial, y es aquí donde la ley debe ser lo más respetuosa posible, no imponiendo requisitos o condiciones para retrasar una decisión que ya ha tomado uno o ambos cónyuges. Claramente, la ley tiene un límite: no tiene el “poder” de evitar que parejas dejen de querer seguir adelante con un proyecto de vida en común.

pasado sobre el cual el juez no tiene absolutamente nada para aportar, ni debería estar facultado a remover, so pena de incurrirse en una injerencia estatal injustificada.

Retomando la cuestión del lenguaje, es sabido que varios autores y medios de comunicación han definido al régimen proyectado de “divorcio express”, lo que no disimula un modo peyorativo. Aquí hay una gran confusión —o dificultad en poder ver la complejidad de las relaciones humanas y, entre ellas, las de pareja— máxime, cuando es sabido que la gran mayoría de los matrimonios que llegan a la Justicia peticionando su divorcio, ya se encuentran, de facto, distanciados o “divorciados” desde el plano emocional hace bastante tiempo, marco en el cual entienden que el proceso judicial constituye solo un trámite que pretenden que dure lo mínimo posible.

Esta no es la única respuesta que amerita el adjetivo “express”. Al respecto, se ha dicho:

... cuestionamos y rechazamos por nuestra parte la denominación utilizada por algunos sectores contrarios al proyecto que se habilitaría con la sanción, un ‘divorcio express’; utilizan este término para significar que el matrimonio pierde todo valor en los textos proyectados. Según nuestra opinión, denominarlo ‘divorcio express’, es un reduccionismo de lo que significa. Lo que ocurre es que hoy un hombre o una mujer pueden lograr una sentencia de divorcio a través de un proceso contencioso acreditando que el otro cónyuge es culpable por haber incurrido en alguna de las causales subjetivas (...) El proyecto no busca sancionar a uno por ser culpable. En esa instancia poco importa si es culpable o inocente, lo que ahora se quiere reconocer es que ha ocurrido la ruptura de la relación; no se perderá tiempo discutiendo quien tiene razón y quien no la tiene respecto de los hechos que han motivado que los cónyuges ya no pueden seguir conviviendo (...) En conclusión, el divorcio será más rápido; porque no se discutirán las causas, pero no significa que será ‘express’, porque hay una carga muy importante, que es proponer acuerdos personales y patrimoniales...⁽⁴⁹⁾

(49) CORBO, CARLOS MARÍA, “Análisis del Proyecto en materia de divorcio”, en *Revista Derecho de Familia y de las Personas*, año 4, n° 6, julio, Bs. As., La Ley, 2012, p. 66.

3.7. Legitimación: *petición unilateral o bilateral*

El Código Civil y Comercial no solo simplifica y facilita el divorcio en los aspectos de fondo, sino también lo hace en el ámbito procedimental. Siendo que al régimen de divorcio incausado no le importan las causas o razones por las cuales los cónyuges deciden la ruptura del vínculo matrimonial, el proceso se flexibiliza y también se readecúa el rol de los jueces en este tipo de trámites. Así, éstos dejan de ser funcionarios dedicados a indagar el pasado de la relación matrimonial, sino que se dedican a acompañar los cónyuges, señalándoles cómo serán los efectos que se derivan del divorcio, priorizando el arribo de acuerdos que se puedan alcanzar; ello, siempre respetando límites básicos y mínimos fundados en el interés de los integrantes de la familia.

El Código Civil y Comercial reconoce que el proyecto de vida en común puede extinguirse por decisión conjunta —por ambos cónyuges— o por uno de ellos; si ello es así en la realidad de las parejas matrimoniales, se debe permitir que también lo sea en el plano jurídico, y habilitarse la posibilidad de que la petición sea solicitada por uno o por ambos cónyuges. Esta diferencia tiene implicancias en el plano procedimental, siendo la propuesta en sentido estricto la pieza fundamental en las peticiones unilaterales, y el convenio regulador en las peticiones bilaterales.

En suma, la construcción jurídica de un régimen incausado plantea modificaciones sustanciales tanto en lo relativo a las cuestiones de fondo como de forma. Ambas son observadas de manera integral y coherente en el Código Civil y Comercial.

Veamos. En total consonancia con la falta de causa (jurídica o establecida por la ley) para poder peticionar el divorcio, el Código Civil y Comercial considera que la sola ruptura del proyecto de vida en común genera la posibilidad de peticionar el divorcio.

El mencionado principio entiende que un matrimonio se celebra y mantiene de a dos, y que el hecho de que uno de ellos ya no desee mantener vivo el proyecto de vida en común resulta motivo suficiente para que, en el plano procedimental, se permite que la petición de divorcio sea conjunta o incluso, unilateral.

Esta doble fuente en la legitimación para peticionar el divorcio está expresamente prevista en el art. 437 proyectado.

La diferencia en ser unilateral o bilateral lo será en cómo se va a desarrollar el proceso, pero no en la habilitación para petitionar el divorcio, como así tampoco en la imposibilidad de retrasar la sentencia que disuelve el vínculo matrimonial.

El art. 438 establece los requisitos mínimos de carácter procedimental que estructuran el proceso de divorcio incausado, diferenciando si se trata de una petición unilateral o bilateral, tal como se expondrá en los próximos apartados. Ahora bien, sí regula dos cuestiones comunes o iguales para ambas tipologías.

La primera se refiere a la necesidad de que se presente una propuesta. ¿Ello qué significa? Que para poder comprender con mayor exactitud lo que se pretende alcanzar con esta previsión, debe recordarse el alto valor pedagógico de la ley. En este contexto, la necesidad de que se presente una propuesta implica que los cónyuges deben pensar —conjuntamente con su letrado— cómo se ven como divorciados. Cabe recordar que a la regulación proyectada le interesa las consecuencias jurídicas del divorcio, es decir, el futuro, cómo será la dinámica familiar tras la ruptura del vínculo matrimonial. A los fines de tener mayor previsibilidad y evitar —prevenir— la mayor cantidad de conflictos, la ley exige la presentación de una, dos propuestas o un convenio según el grado de acuerdo que se logre. Este es el modo que ha encontrado la Reforma para colaborar en esta especial etapa de la vida familiar, reafirmando la idea de “justicia de acompañamiento”, uno de los tantos aportes del recordado maestro Morello.⁽⁵⁰⁾

En efecto, si la petición es unilateral esta debe ser acompañada de una propuesta y, en el caso de que sea bilateral, se pueden presentar dos propuestas (una por cada uno de los cónyuges) o un convenio regulador si estos han arribado a un acuerdo total o parcial sobre los efectos del divorcio. Es decir, las posibilidades que se pueden presentar son varias: además de la propuesta si la petición es unilateral, o del convenio si esta es bilateral, puede darse el supuesto —excepcional, por cierto— de que, aunque la petición sea conjunta, los cónyuges no hayan llegado a

(50) MORELLO, AUGUSTO M., “Un nuevo modelo de justicia”, en *LL* 1986-C-800; PETTIGIANI, EDUARDO J., “Familia y justicia (hacia una realización del derecho justicial material en el derecho de familia)”, en *RDF* 1999-14-51; CÁRDENAS, EDUARDO J., *La familia y el sistema judicial - Una experiencia innovadora*, Bs. As., Emecé, 1988; BERIZONCE, ROBERTO, *Tribunales y proceso de familia*, La Plata, Platense, 2001.

un acuerdo y, por lo tanto, cada uno presente —en la misma petición o por escrito— su propia propuesta sobre los efectos que se derivan de la ruptura matrimonial.

De este modo, a la noción de propuesta en sentido estricto se la observa para los casos de petición unilateral como principio general, siendo de manera excepcional posible también en el marco de una petición conjunta de divorcio, en el que el principio general es el convenio regulador. En todos estos casos, la propuesta —en sentido amplio, como manifestación de voluntad de cada cónyuge sobre lo que espera para el futuro en materia de efectos— constituye un elemento central para dar trámite a la petición, sea unilateral o bilateral.

El segundo requisito común para ambos tipos de legitimación, unilateral y conjunta, se refiere a la imposibilidad de que un juez pueda limitar o retrasar la sentencia de divorcio.

Así, el Código Civil y Comercial diferencia bien el proyecto de vida en común que ya no se mantiene ni se sostiene (del pasado hasta el presente), de las consecuencias jurídicas que se derivan de esta ruptura (del presente al futuro).

Ahora pasamos a analizar los requisitos o consideraciones particulares de ambos tipos de divorcio.

3.7.1. Petición y procedimiento unilateral

El divorcio incausado puede ser unilateral o bilateral, siendo el segundo el más aceptado en la legislación comparada por aplicación del principio de autonomía personal: si ambos cónyuges no quieren mantener el vínculo matrimonial, es entendible que ambos puedan manifestar esta circunstancia y que ello tenga como efecto, en el plano jurídico, el divorcio o ruptura de la unión matrimonial.

Sin embargo, el nuevo texto civil y comercial es más amplio y extiende la posibilidad a la petición unilateral del divorcio por otro fundamento que también se basa en el principio de libertad y autonomía —ya no de la pareja como tal, sino de cada cónyuge en su individualidad—. Como se adelantó, el matrimonio es una institución —como así también un acto jurídico— bilateral, que depende de la decisión unánime de dos personas —con total independencia de la orientación sexual de sus integrantes—. Se trata de un proyecto de vida “en común”, siendo este último

uno de los caracteres del cual se puede derivar que no solo depende de la voluntad unánime de dos personas para el inicio del vínculo, sino también para su mantenimiento. En este sentido, si uno de los cónyuges, cualquiera sea las razones, deja o no desea mantener ese proyecto — que, hasta entonces, era “en común” —, lo cierto es que el Código Civil debe permitir solicitar el divorcio porque ya se habría extinguido uno de los elementos para la existencia del matrimonio. ¿Acaso es posible mantener un vínculo que, si bien es jurídico, encuentra su razón de ser en lo afectivo y esto último ya no está más? La respuesta negativa se impone y esto es lo que se plasma en la Reforma al permitir la petición del divorcio de manera unilateral.

Que la petición del divorcio sea unilateral o bilateral en las cuestiones de fondo, no tiene ninguna incidencia; sí en el aspecto procedimental que el mismo proyecto se encarga de regular en el art. 438.

Si bien es sabido que las cuestiones procesales son de competencia local al quedar reservadas a la legislación provincial (los códigos procesales), lo cierto es que, en la legislación civil, siempre ha habido disposiciones tendientes a unificar criterios y estructurar conflictos de fondo. Sucede que, entre fondo y forma, existe una interacción en la que una responde, incide o condiciona a la otra. Tan es así que en el Código Civil —al igual que en el Proyecto de Reforma de 1998— se le dedica un capítulo especial a los procesos de familia. Más allá de esta consideración general, lo cierto es que, respecto del divorcio, ya el art. 236 del Código Civil se ocupa de regular el proceso de presentación conjunta previsto en los arts. 205 y 215 —y lo hace siguiendo el recordado art. 67 *bis*, que introdujo la ley 17.711 que modificó la entonces ley 2393 de matrimonio civil—.

Siguiendo esta línea legislativa, el Código Civil y Comercial sienta algunos principios mínimos de carácter procedimental diferenciando el supuesto de que sea una petición de divorcio unilateral o bilateral y también previendo algunos elementos comunes.

Si la propuesta es unilateral, elaborada por uno solo de los cónyuges —quien peticiona o insta el divorcio—, el Código Civil y Comercial habilita a que el otro cónyuge, al responder, pueda ofrecer una propuesta diferente. De esta manera, el cónyuge que no peticionó el divorcio puede estar de acuerdo con todas las cuestiones que propone el

cónyuge que inicia el trámite, puede estarlo únicamente con algunas de las propuestas que se esgriman, o puede no acordar con ninguna. Por otra parte, y tal como se ha adelantado, de manera excepcional, se podría plantear que los cónyuges peticionen de manera conjunta el divorcio pero que en dicha presentación cada uno de los cónyuges adjunte una propuesta diferente.

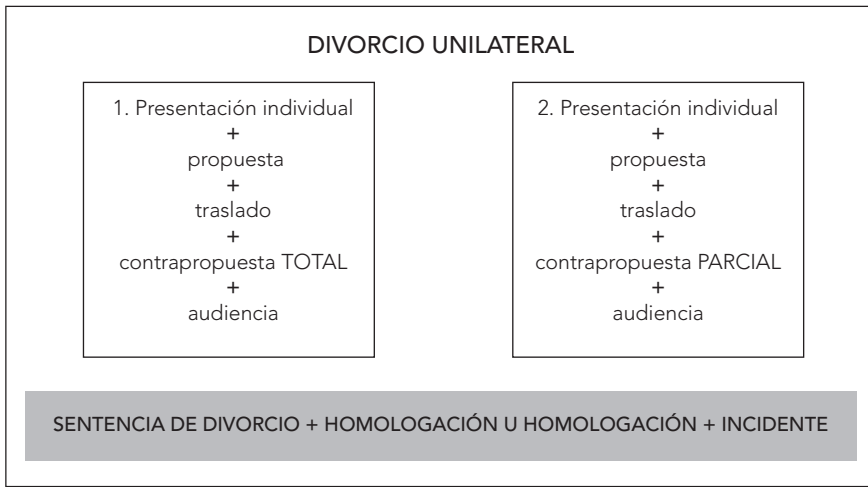
Todas estas similitudes y diferencias entre los aún cónyuges, son analizadas por el juez para lo cual deberá señalar una audiencia a los fines de llevar adelante una intervención de tipo conciliatoria. Para ello, la legislación proyectada permite que los cónyuges, además de sus propuestas, acompañen toda la documentación que las respalde.

Estos elementos, que los cónyuges pueden acompañar para fundar sus propuestas, pueden ser, además, ordenados de oficio si el juez observa que habría algunos elementos que no habrían sido acompañados por las partes y que podría ser de interés para acercarlas, ya que en esas cuestiones podrían existir diferencias posibles de ser resueltas si el juez conociera en profundidad lo que está en discusión y los cónyuges presentaran la documentación o información adecuada para entender con mayor profundidad la conflictiva en debate —documentación o información ésta que, por diferentes razones, omitieron—.

Como se expuso, sea la petición unilateral o bilateral, cualquier tipo de desacuerdo en torno a los efectos derivados del divorcio (como atribución de la vivienda, cuidado personal de los hijos, régimen de comunicación, reorganización familiar para fechas festivas, etc.) no tiene incidencia alguna en la ruptura del vínculo matrimonial mediante el dictado de la correspondiente sentencia. En este sentido, si se está de acuerdo en todos los efectos derivados del divorcio, el juez procede, además de disolver el vínculo, a homologar los acuerdos arribados. Si el acuerdo es parcial, el juez disuelve el vínculo y homologa solo en aquellas consecuencias en las cuales los cónyuges arribaron a un acuerdo, debiéndose el resto ser tramitado por la vía que corresponda “de conformidad con el procedimiento previsto en la ley local” (conf. art. 438) —que, por lo general, es la vía incidental—. Y, si los cónyuges no logran ponerse de acuerdo sobre ningún efecto derivado del divorcio, el juez procede a dictar sentencia por la cual se disuelven las nupcias, debiendo tramitar por la vía incidental todos los conflictos complementarios o que se deriven de dicha disolución.

En síntesis, el panorama de las diferentes posibilidades que pueden darse en el marco de un divorcio unilateral se lo puede observar en el siguiente gráfico:

GRÁFICO 1: DIVORCIO UNILATERAL



3.7.2. *Petición y procedimiento bilateral o conjunto*

Cuando la petición es conjunta, aparece en escena la figura del convenio regulador al que el Código Civil y Comercial le otorga un lugar especial. Por aplicación del principio de libertad y autonomía de la voluntad, son los propios protagonistas —los ex cónyuges— las personas más adecuadas para regular —y cumplir— los efectos que se derivan de su divorcio. El Código Civil y Comercial reconoce que son los ex cónyuges quienes están en mejores condiciones para establecer las pautas y el modo en que, en adelante, vivirán como ex cónyuges, ya sea al distribuirse los bienes —lo que pueden hacer de manera total o parcial—; quién se queda o cómo se liquida —si es que eso deciden— la vivienda que fue sede del hogar conyugal, si es que han cohabitado; la posible fijación de una cuota alimentaria o la fijación de una pensión compensatoria. De este modo, la nueva legislación establece una serie de pautas a modo de regulación supletoria ante la falta de acuerdo, siendo este instrumento el que más se valora en el Proyecto, tal como acontece en la actualidad. De este modo, la regulación del convenio regulador no es otra cosa que la incorporación expresa al texto en estudio de una práctica consolidada.

Si bien el Código Civil y Comercial permite dos causas fuente en materia de legitimación en el divorcio, la bilateral es vista con mayor bondad. Se la considera la más beneficiosa porque reconoce el trabajo previo de los cónyuges (después ex cónyuges, tras la correspondiente sentencia) y sus letrados (dos o uno según las reglas procesales del ámbito local en el que tramita el proceso) en arribar a un acuerdo sobre todos o la mayor cantidad de aspectos que trae consigo la ruptura del matrimonio.

El Código Civil y Comercial reconoce que los jueces, personas que los cónyuges por lo general no conocen hasta ese momento —y por ende, es un tercero totalmente ajeno a ellos— no debe pretender indagar ni en las causas o las razones por las cuales pretenden divorciarse, ni tampoco y, en principio, en cómo dirimen sus diferencias, expectativas o deseos en torno a los efectos derivados del divorcio. En principio, son los mismos cónyuges quienes deben debatir entre ellos, con su correspondiente asesoramiento legal, estos temas y arribar a un acuerdo.⁽⁵¹⁾ De ahí, que no solo el nuevo texto legal deroga las causales de divorcio sino también, este papel poco realista de los jueces como personas hábiles para “reconciliarlas” a través de una o dos audiencias, como máximo, como establece el art. 236 del Código Civil. Este papel que la ley le otorga a los jueces es muy criticado, a tal punto que en la práctica ya está perdiendo virtualidad al entenderse, con acierto, que ello constituye una clara injerencia estatal que sobrepone el orden público, y un supuesto y falaz consecuente interés social, por sobre la voluntad e interés de los principales protagonistas, los cónyuges.

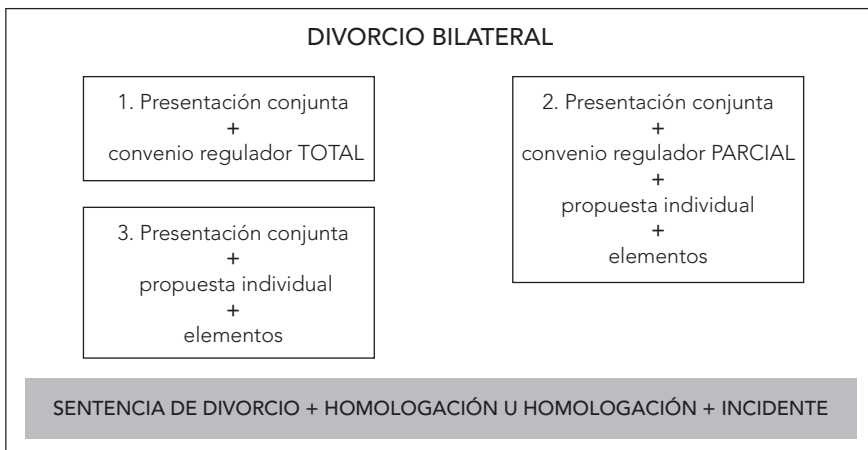
El Código Civil y Comercial introduce modificaciones sustanciales en materia de divorcio, a tal punto que reconceptualiza el rol de los jueces en este tipo de procesos. Desde una visión realista, no siempre los cónyuges se encuentran en el mismo plano o nivel de conocimiento, información y momento anímico y afectivo. Es por ello que el Código Civil y Comercial otorga a los jueces el deber de controlar o verificar los convenios reguladores que no perjudiquen, principalmente, los intereses de los integrantes del grupo familiar (conf. art. 438, última parte).

(51) Sobre este punto, se recomienda leer una obra muy interesante que revaloriza más aún el rol de los propios cónyuges en el proceso —no solo judicial— de su divorcio: CÁRDENAS, EDUARDO J., *El cliente negocio y el abogado lo asesora: una variante poco usada en los conflictos de familia*, Bs. As., Lumen Humanitas, 2005.

Si bien en la norma se destaca que este límite funciona a modo de pauta o principio que los jueces deben tener en cuenta para rechazar o no homologar un convenio, o algunas estipulaciones en particular —como regula el art. 236 del Código Civil—, lo cierto es que desde una necesaria perspectiva sistémica e integral, es claro que hay otros límites que los jueces deben verificar, como el respeto por los principios generales enunciados en los arts. 9, 10 y 12 del Código Civil y Comercial, que se refieren a la buena fe, el abuso del derecho y el orden público.

En síntesis, el panorama de las diferentes posibilidades que pueden darse en el marco de un divorcio bilateral puede ser observado en el siguiente gráfico:

GRÁFICO 2: DIVORCIO BILATERAL



3.8. Las transiciones en las “Disposiciones transitorias”

3.8.1. De la separación personal al divorcio

El Código Civil y Comercial resuelve de manera expresa dentro del Título referido a “Normas complementarias” qué sucederá con los supuestos de separación personal cuando entre en vigencia la reforma que deroga esta figura. Al respecto, el art. 8 dispone:

En los supuestos en los que al momento de entrada en vigencia de esta ley se hubiese decretado la separación personal, cualquiera de los que fueron cónyuges puede solicitar la conversión de la sentencia de separación personal en divorcio vincular. Si la

conversión se solicita de común acuerdo, es competente el juez que intervino en la separación o el del domicilio de cualquiera de los que peticionan, a su opción; se resuelve, sin trámite alguno, con la homologación de la petición. Si se solicita unilateralmente, es competente el juez que intervino en la separación o el del domicilio del ex cónyuge que no peticiona la conversión; el juez decide previa vista por tres días. La resolución de conversión debe anotarse en el registro que tomó nota de la separación.

De este modo se prevé, de manera excepcional y solo de manera transitoria, un proceso judicial de conversión en el que se pueda peticionar, de manera conjunta o unilateral que la sentencia de separación personal dictada bajo el régimen anterior pueda ser convertida en divorcio a secas, o sea, en divorcio que produce la ruptura del vínculo matrimonial y la consecuente readquisición de la aptitud nupcial.

Se trata de un proceso judicial expeditivo, sencillo y flexible, el que no necesita el paso de un lapso de tiempo determinado para que los cónyuges separados personalmente puedan, de manera conjunta o individualmente, peticionar la conversión de una institución que deroga el Código Civil y Comercial a otra figura, la única que se prevé ante la ruptura del proyecto de vida en común.

Más allá de ser un trámite judicial sin ninguna complejidad, lo cierto es que se diferencia si se trata de una petición de conversión conjunta o unilateral. Para el supuesto de ser conjunta, simplemente el juez debe sin más trámite —así lo señala el texto— dictar la pertinente homologación del pedido de conversión y librarse el correspondiente oficio para su inscripción en el registro civil.

En cambio, si es unilateral se le debe dar traslado al otro cónyuge para que el juez decreta en un plazo breve —de tres días— la conversión. Aunque la petición sea unilateral, no puede controvertirse ni el otro cónyuge impedir la conversión por aplicación del principio de libertad y el derecho a readquirir la reaptitud nupcial que implica, de por sí, el derecho a contraer matrimonio con otra persona cuando así lo desee. Por lo tanto, sea la petición conjunta o unilateral, no se puede obstaculizar de ningún modo la correspondiente declaración judicial de conversión.

3.8.2. *Del divorcio subjetivo al divorcio incausado*

¿Qué sucede si durante el trámite judicial en el que se dirime un divorcio controvertido o contradictorio en el que se debaten causales culpables, entra en vigencia el Código Civil y Comercial que deroga el régimen subjetivo? Esta disyuntiva no está expresamente prevista en el nuevo texto ya que el conflicto no amerita una aplicación especial o diferente al régimen general.⁽⁵²⁾ ¿Qué acontece con todos los conflictos jurídicos en los que en medio de un proceso se pone en vigencia una nueva legislación? Se aplica el principio general previsto en el art. 7: la aplicación de la ley nueva a las consecuencias de las relaciones y situaciones existentes.

Por lo tanto, en medio de un proceso judicial sin sentencia judicial firme —por ende, sin haber derechos adquiridos— se debe aplicar la nueva ley, siendo entonces imposible que el juez decrete el divorcio por culpa de uno o ambos cónyuges, y debiendo readaptar el proceso en el estadio en que se encuentre a las reglas que prevé el Código Civil y Comercial en materia de divorcio —que, como recepta un único sistema, lo será al de divorcio incausado—.

Esta misma interpretación cabe para aquellos casos en los que, al momento de la entrada en vigencia del nuevo texto civil y comercial se encontraban a estudio en la Alzada. Al tratarse de una sentencia sujeta a revisión —ergo, no siendo firme— tampoco nos encontramos ante derechos adquiridos y, por ende, debe aplicarse la nueva normativa.

4. Se baja el telón

Como se puede concluir de todo lo expresado a lo largo de este trabajo, el Código Civil y Comercial introduce —en buena hora— varias modificaciones sustanciales en materia divorcio y, por efecto transitivo, también en lo relativo a los derechos-deberes personales derivados del matrimonio, a los fines de defender y así lograr una normativa coherente en la materia, a pesar de lo acontecido con el deber de convivencia en la Cámara de Senadores, siendo muy fácil concluir por interpretación sistémica que en definitiva, el deber de convivencia también sería en la práctica un deber moral y no jurídico.

(52) Es por ello que se considera que las críticas o miedos expresados por Medina son infundados (ver MEDINA, GRACIELA, "Efectos de la ley con relación al tiempo en el Proyecto de Código", en LL 2012-E, 1302).

Es sabido que los principales cambios, incorporaciones y derogaciones que observa el Código Civil y Comercial en el campo del derecho de familia, se fundan en la obligada perspectiva constitucional-convencional. El derecho matrimonial, en particular en lo relativo al divorcio, no podía quedar aislado de esta especie de huracán que ha venido a interpelar todo el régimen jurídico a la luz de la doctrina internacional de los derechos humanos.

En este contexto, los principios de libertad, autonomía personal y desarrollo de la personalidad, se encuentran plenamente satisfechos en la nueva regulación civil y comercial, tal como lo vienen poniendo en crisis voces doctrinarias y jurisprudenciales cada vez más consolidadas. ¿Acaso la declaración de inconstitucionalidad de normas sobre divorcio en el Código Civil vigente hasta agosto del 2015 no es una conducta ya habitual en la práctica tribunalicia?

Las buenas relaciones humanas son aquellas que se generan, sostienen y consolidan por la actividad de sus propios protagonistas. Esto mismo acontece con el matrimonio y su ruptura. Si un matrimonio constituye un acto de trascendencia que, para configurarse, necesita no solo ser celebrado sino también sostenido y enriquecido por la voluntad de dos personas, es dable comprender que si una de ellas no desea continuar con el vínculo afectivo, tal unión no puede ser mantenida por imperio de la ley. ¿Qué régimen jurídico puede estar a tono con esta afirmación incontrastable? El divorcio incausado; el que recepta el Código Civil y Comercial.

El Anteproyecto explicita de manera clara y precisa en sus Fundamentos, la razón por la cual se introducen modificaciones radicales en el régimen de divorcio, el que va de un sistema causado (subjetivo/objetivo) a uno incausado. Al respecto, se asevera que

El avance de la autonomía de la voluntad en el derecho de familia no es ajeno al ámbito del derecho matrimonial. Precisamente, ha sido en este campo en el cual la jurisprudencia y doctrina nacional y comparada muestra un desarrollo exponencial del principio previsto en el artículo 19 de la Constitución Nacional; prueba de ello son diversas sentencias que declaran la inconstitucionalidad de algunos artículos del Código Civil por atacar el principio de libertad de los cónyuges en la construcción, vida y

ruptura matrimonial. El Anteproyecto amplía la aptitud de decisión de los integrantes del matrimonio. La mirada rígida sobre las relaciones humanas familiares, bajo la excusa de considerar todo de orden público, contraría la noción de pluralismo que pregona la doctrina internacional de los derechos humanos. En efecto, existe un derecho a la vida familiar y, consecuentemente, la injerencia estatal tiene límites. Por eso, se introducen modificaciones de diversa índole a los fines de lograr un mejor y mayor equilibrio en la clásica tensión entre autonomía de la voluntad y orden público, especialmente, al momento de la ruptura, de modo que la conclusión pueda realizarse en términos pacíficos, mediante la ayuda de la interdisciplina, la mediación, la especialidad, entre otras, que han colaborado a que las personas entiendan que un buen divorcio contribuye a la paz familiar y social.

Esta postura legislativa que adopta el Código Civil y Comercial se inspira en principios de derechos humanos debidamente receptados en el llamado “bloque de la constitucionalidad federal”, conocidos como el fenómeno de la “constitucionalización del derecho privado”, uno de los pilares o cimientos sobre los cuales se construye la Reforma. El principio de libertad, autonomía y desarrollo de la personalidad, con solidaridad y responsabilidad, es el equilibrio que campea todo el régimen jurídico en las relaciones de familia, que es dable de ser observado de manera elocuente en el ámbito del derecho matrimonial y, en especial, en el régimen del divorcio y sus efectos.

El nuevo texto civil y comercial no desconoce la relevancia del matrimonio, la intención de la gran mayoría de las parejas que esta decisión se mantenga y sostenga en el tiempo y que el proyecto de vida en común se afiance; pero todos estos deseos o valores no son jurídicos, sino axiológicos y deben quedar alejados de un texto normativo. Máxime en una sociedad como la actual que es tan compleja y en la que conviven diferentes modelos de vivir las relaciones humanas —transformaciones que, como no puede ser de otro modo, incluyen también a los vínculos familiares—.

Ni el Código Civil vigente hasta el 31/07/2015, ni el Código Civil y Comercial que entra en vigencia a partir del primer día de agosto del 2015 obliga a las parejas a divorciarse: eso estaría en abierta violación a la reiterada

libertad que pregona el art. 19 y tantos instrumentos internacionales de derechos humanos. Ellas puedan durar todo el tiempo que ambos cónyuges decidan. Sucede que, de conformidad con la noción de pluralidad, algunas parejas matrimoniales se separan al poco tiempo de la celebración de las nupcias y éstas también necesitan una solución legal a su problema. Más aún, como han sostenido algunas voces jurisprudenciales y doctrinarias, y que el Código Civil y Comercial comparte, la ley no puede mantener el vínculo matrimonial que los principales protagonistas no desean continuar; de este modo, no se puede receptor un régimen jurídico que, en nombre de una supuesta protección de un interés social en abstracto, viole el derecho a la libertad y autonomía en concreto de un matrimonio que ya no quiere ser tal.

Una vez más, autonomía con solidaridad y responsabilidad son los pilares constitucionales-internacionales sobre los cuales se edifica el régimen en materia de divorcio; con una estructura sólida y coherente como la que proponía el Anteproyecto y que la media sanción en Senadores ha pretendido desestabilizar, sin lograrlo. El Código Civil y Comercial apuesta a la libertad, a una libertad sin miedo cuando de matrimonio y divorcio se trata.



Algunas consideraciones en torno a la regulación de las uniones convivenciales

El difícil equilibrio entre el principio de autonomía y la solidaridad familiar

NATALIA DE LA TORRE⁽¹⁾



“La libertad de elegir nos da la oportunidad de decidir qué debemos hacer, pero con dicha oportunidad viene la responsabilidad por lo que hacemos, en la medida en que se trata de acciones elegidas”
Amartya Sen, La idea de la justicia

1. Introducción

El presente trabajo pretende problematizar algunas de las consideraciones críticas que se han esbozado desde el ámbito académico-jurídico nacional frente a la regulación de las uniones convivenciales en el Código Civil y Comercial sancionado el 1/10/2014.⁽²⁾

(1) Abogada, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires (UBA). Profesora de Filosofía, Facultad de Filosofía y Letras, Universidad de Buenos Aires (UBA). Profesora ayudante de segunda, de la cátedra de Derecho de Familia y Sucesiones Bossert-Herrera, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires (UBA). Coordinadora de la Maestría en Derecho con orientación en Derecho Civil Constitucionalizado, Universidad de Palermo. Integrante del proyecto UBACyT 2011-2014, “Hacia una regulación de la procreación asistida desde la perspectiva sociojurídica. Bioética y derechos humanos”.

(2) No todas han sido críticas negativas o disonantes con respecto a la propuesta del Código Civil y Comercial. Distintas voces también se han alzado para elogiar la solución brindada

A los fines del presente trabajo, agruparemos las consideraciones críticas en torno al Título III —Uniones convivenciales— del Libro Segundo —Relaciones de familia— del Código Civil y Comercial, en dos conglomerados diferenciados: a) aquellas que propugnan un abstencionismo absoluto frente a esta realidad familiar o, con menor intensidad pero en el mismo sentido, aquellas que reclaman menor regulación⁽³⁾ y b) aquellas que sostienen que el Código Civil y Comercial debería haber regulado las uniones convivenciales con mayor grado de extensión en lo que atañe, principalmente, a los derechos de tinte patrimonial.⁽⁴⁾

a una realidad insoslayable: la cantidad de parejas que viven hoy en la Argentina por fuera de la institución matrimonial. En este sentido, se recomienda compulsar, entre otros: PELLEGRINI, MARÍA VICTORIA, “Las uniones convivenciales en el Anteproyecto de Código Civil”, en *SJA* 2012/06/20-3, *JA* 2012-II-1255 y “Matrimonio y uniones convivenciales en el Proyecto de Reforma: el reconocimiento jurídico de diversas formas familiares”, en *Revista jurídica electrónica Cuestión de derechos: La reforma del Código Civil*, Asociación por los derechos civiles, n° 3, 2º semestre de 2012 [en línea], <http://www.cuestiondederechos.org.ar/pdf/numero3/Numero%203%20-%20Articulo%206.pdf>; MOLINA DE JUAN, MARIEL, “Las uniones convencionales en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, en *Revista jurídica electrónica Cuestión de derechos*, Asociación por los derechos civiles, n° 3, 2º semestre de 2012 [en línea], <http://www.cuestiondederechos.org.ar/pdf/numero3/Numero%203%20-%20Articulo%205.pdf> y “Las uniones convivenciales en el Proyecto de Reforma del Código Civil. No será lo mismo casarse que no casarse”, en *elDial.com* DC1B15; LLOVERAS, NORA, “Libertad con responsabilidad y solidaridad. La regulación de las uniones convivenciales”, en *Revista de Derecho Privado*, año II, n° 6, setiembre de 2013, Ediciones Infojus, p. 147 y ss.; GONZÁLEZ, MARCELA, “Uniones convivenciales: Proyecto de reforma del Código Civil y Comercial de la Nación. Principios constitucionales. Autonomía de la voluntad y orden público, tensión-armonización”, en *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Derecho de Familia*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2013, n° 61, p. 131 y ss.; BURGOS, OSVALDO R., “La regulación de las uniones convivenciales en el Proyecto de Código Civil y Comercial Unificado de la República Argentina: el deber jurídico de garantizar la posibilidad de un proyecto de vida”, en *el Dial* DC1B7B y ROSSI, JULIA, “Los alimentos en las uniones convivenciales”, en *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Derecho de Familia*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2013, n° 60, p. 111 y ss.

(3) Ver, entre otros: SAMBRIZZI, EDUARDO A, “Las denominadas uniones convivenciales en el Proyecto de Código”, en *La Ley*, 26/12/2012, 1, *La Ley*, 2013-A, 500; IBARLUCÍA, EMILIO, “Unión convivencial y autonomía personal en el Proyecto de Código”, en *La Ley*, 08/02/2013, 1, *La Ley*, 2013-A, 773 y VIDAL TAQUINI, CARLOS H., “Ni el concubinato ni la unión convivencial del Proyecto originan una sociedad de hecho”, *DFyP*, 2013 (julio), 19/07/2013, 57, comentario al fallo de la Cámara 4ª de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza —22/10/2012— “C.M.A. c. D.G.S.A.” y MILLÁN, LILIANA LUJÁN; STARÓPOLI, MARÍA DEL CARMEN, “El ocaso del matrimonio y la impronta del concubinato”, en *DFyP* 2013 (junio), 01/06/2013, 6

(4) Ver, entre otros: STILERMAN, MARTA N., “Las uniones convivenciales en el Anteproyecto de Código Civil”, 12/07/2012, en *Micorjuris* MJ-DOC-5867-AR | MJD5867; SOLARI, NÉSTOR, “Las uniones convivenciales en el Proyecto de Reformas al Código Civil”, en *DFyP* 2012 (julio), 98 y “Los modelos familiares en el Proyecto de Código”, en *DFyP* 2013 (julio), 01/07/2013, 35; ARIAS, ALBERTO

Tal categorización no pretende homogeneizar las distintas voces críticas. Si bien reconocemos sus matices, intentaremos brindar un abordaje general desde lo que, creemos, es su génesis: la forma en que resuelven la tensión entre el principio de autonomía de la voluntad y el orden público —resignificado bajo el prisma del derecho constitucional de familia en términos de responsabilidad o solidaridad familiar— a la hora de evaluar el régimen de las uniones convivenciales.⁽⁵⁾

Antes de adentrarnos en dicha exploración, avanzaremos primero sobre aquellas razones que nos dan una respuesta al porqué de la necesidad de incluir en el Código Civil y Comercial una regulación integral de esta forma de vivir en familia y, segundo, repasaremos sintéticamente el modo en el que el código ha resuelto el interrogante respecto de cómo regular la unión convivencial.

¿El fin último de estas líneas? Alimentar el debate, necesariamente abierto, poroso e inconcluso, que debemos exigimos en todo tiempo: qué tipo de sociedad queremos construir para vivir hoy y mañana. Ello, considerando que en este debate reflexivo y, no por ello, menos “acalorado” o “desapasionado”, el derecho de familia —que regula lo más íntimo y, por qué no, lo más esencial del ser humano: los afectos—, tiene mucho por decir y (de)construir.

En definitiva, la controversia que ha despertado, en general, la regulación en materia de derecho de familia visibiliza la lucha constante por la apropiación del significante del vocablo “familia”. El péndulo de esta lucha oscila, con distintos matices, entre quienes pretenden perpetrar un significante unívoco de familia asociado a la familia nuclear, matrimonial, patriarcal y heterosexual, y aquellos/as que propugnan la ampliación de sus significantes en pos de una sociedad más equitativa, libertaria y plural.

En el caso particular de las uniones convivenciales, las miradas son varias y diversas, lo que hace que el debate se acreciente y que sea imposible plantear una regulación que satisfaga todas las ópticas existentes frente

J., “Uniones convivenciales”, en *DFyP* 2013 (septiembre), 04/09/2013, 31 y SOJO, AGUSTÍN, “Efectos de la pretendida regulación de las uniones convivenciales”, en *elDial* DC18BF, 10/07/2012.

(5) Ver RAY GALINDO, MARIANA, “Impacto de la autonomía de la voluntad en la disolución del matrimonio y de las uniones convivenciales (aspectos personales). ‘El orden público vs la libertad a la intimidad’”, en Lloveras, Nora y Herrera, Marisa (dirs.), Pérez Gallardo, Leonardo B. y de la Torre, Natalia (coords.), *El derecho de familia en Latinoamérica 2. Las familias y los desafíos sociales*, Vol. I, Córdoba, Nuevo Enfoque Jurídico, 2012, pp. 123/136.

a este instituto. Con solo mirar las diferentes posturas legislativas en el derecho comparado, fácilmente se observa que no hay una sola línea de pensamiento o, incluso, una línea legislativa mayoritaria, y eso hace que el famoso “margen de apreciación discrecional” de los Estados, como suele decir el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se torne “poroso” o, incluso, “borroso”. Entonces, frente a la regulación del Código Civil y Comercial, lo que habría que preguntarse es sí, efectivamente, la postura que se adopta es “razonable”, proporcional o, en otros términos, “si queda dentro del margen de apreciación”.⁽⁶⁾

Las elocuentes palabras del Dr. Cárcova pueden ilustrarnos en este sentido: “... nuestras divergencias políticas de esta hora no versen sobre cuestiones puntuales, aunque adquieran tan ficticia como frecuentemente ese carácter; versan, en realidad, sobre el tipo de sociedad en la que queremos vivir en los próximos años y en los valores que ella debería promover como preponderantes”.⁽⁷⁾

2. ¿Por qué regular?

La respuesta a este interrogante no puede darse de modo indiviso: deviene de un análisis conjunto de distintas concausas que han de explicar la necesidad de regular integralmente esta forma de vivir en familia en los albores del siglo XXI en Argentina.

En este sentido, podemos mencionar tres de los que consideramos principales fundamentos o razones en pos de la incorporación de las uniones convivenciales: a) el principio de realidad; b) la constitucionalización del derecho privado; c) la existencia de una evolución legislativa de claro tinte asistencial y un tibio reconocimiento jurisprudencial de algunos derechos a los convivientes, en ambos casos siempre frente a terceros.

a) Principio de realidad

En los Fundamentos que acompañaron al Anteproyecto se dice: “En materia de familia se han adoptado decisiones importantes a fin de dar

(6) Ver KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA y HERRERA, MARISA, “El principio de no discriminación en una reciente sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una cuestión en movimiento desde el ámbito regional y una responsabilidad desde el ámbito estatal”, en *Revista Jurídica La Ley*, 06/07/2010, La Ley, 2010-D, 282, p. 3 y ss.

(7) CÁRCOVA, CARLOS M., “La igualdad como condición de posibilidad de la democracia y la equidad social”, en *Revista de Filosofía del Derecho*, año I, n° 1, mayo de 2012, Ediciones Infojus, p. 37 y ss.

un marco regulatorio a una serie de conductas sociales **que no se pueden ignorar**” y se agrega “se regulan las uniones convivenciales, **fenómeno social cada vez más frecuente en la Argentina**” (el destacado me pertenece).

Tan frecuente que, de acuerdo a los datos que arroja el último Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas 2010, en la Argentina casi 4 de 10 personas que viven en pareja lo hacen en una convivencia no matrimonial (38%).⁽⁸⁾ Se trata de un número que aumenta conforme dos fenómenos socioculturales que la Reforma tampoco podía desoír a la hora de regular: i) la población más joven que cohabita antes de casarse, muchas veces a “modo de prueba” y ii) la población de sectores sociales vulnerables en términos de derechos económicos, sociales y culturales que, en muchos casos, no tiene acceso a un registro civil o que, debido a esa situación de vulnerabilidad, poco es lo que pueden verdaderamente elegir en términos de autodeterminación del plan de vida, incluido el familiar.

Ilustrando el primer grupo, si tomamos la franja etaria de total país que va entre los 14 y los 29 años conforme los datos del Censo 2010, casi 8 de diez personas que viven en pareja lo hacen por fuera del matrimonio (77%).⁽⁹⁾

En el segundo grupo, si tomamos a los sectores menos favorecidos económica y culturalmente donde, en palabras de la Dra. Molina de Juan, “la opción por la vida no matrimonial ha respondido tradicionalmente a condiciones sociales o demográficas, o bien a pautas culturales que perciben a las uniones convivenciales como algo “natural”, propio de la población de las zonas suburbanas o rurales”,⁽¹⁰⁾ los números también se acrecientan en favor de las uniones convivenciales. Así, en una provincia como la de Formosa, observamos que conforme al último censo, 5 de 10 personas

(8) De un total de 16.703.000 personas casadas y en pareja de más de 14 años de edad a nivel total país, 10.222.5666 (61, 20%) están casadas y 6.480.434 (38, 80%) conviven fuera del matrimonio. Fuente INDEC. Cálculos obtenidos en base a la información del Cuadro 25. Cuadro P25. “Total del país. Población de 14 años y más por estado civil legal y convivencia en pareja, según sexo y grupo de edad. Año 2010” [en línea], http://www.censo2010.indec.gov.ar/resultadosdefinitivos_totalpais.asp

(9) De un total de 3.154.169 personas casadas y en pareja de entre 14 y 29 años de edad a nivel total país, 2.430.618 (77, 1%) conviven sin estar casadas y 723.551 (22, 9%) conviven estando casadas. Fuente INDEC, cit.

(10) MOLINA DE JUAN, MARIEL, “Las uniones convivenciales en el proyecto de código civil y comercial”, *op. cit.*, p. 50.

de 14 años o más que viven en pareja lo hacen por fuera del matrimonio (54,50%).⁽¹¹⁾

La realidad es insoslayable, la regulación integral se tornaba imperante. El derecho debía iluminar estas zonas “sin ley”,⁽¹²⁾ dejar de silenciar a gran parte de la sociedad y cumplir con la manda constitucional convencional de protección integral de las familias en plural.

b) La constitucionalización del derecho privado⁽¹³⁾

La constitucionalización del derecho privado ha venido a significar, en términos generales, un cambio de paradigma respecto al modo de entender las relaciones entre el derecho público y el derecho privado. De una división tajante entre lo público y lo privado, pasamos a una relación de comunidad, donde la doctrina internacional de derechos humanos se ha vuelto el vaso comunicante entre el orden constitucional y el infra constitucional. Nuevamente, los Fundamentos que acompañaron al Anteproyecto son claros en este punto al decir que “[se] establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina”.

Como es sabido, en el caso de nuestro país, este nuevo plafón irradia su luz a partir de la reforma constitucional de 1994 que incorpora con jerarquía constitucional distintos tratados de derechos humanos conformando lo que se conoce como bloque constitucional federal (art. 75, inc. 22, CN). Desde este bloque —teniendo en cuenta el texto del art. 14 bis CN y los tratados que la nación ha suscripto que hacen referencia a la familia, conforme la interpretación de sus órganos máximos— no se identifica la familia con un modelo único, en otros términos, no existe identidad entre

(11) De un total de 193.987 personas casadas y en pareja de 14 años o más en la provincia de Formosa, 105.692 (54,50%) conviven sin estar casadas y 88.295 (45,50%) conviven estando casadas. Fuente INDEC, cit.

(12) LEMAITRE RIPOLL, JULIETA, “¿Constitución o barbarie? Cómo repensar el derecho en las zonas ‘sin ley’”, en Rodríguez Garavito, César (coord.), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Bs. As., Siglo XXI Editores 2011, p. 47 y ss.

(13) Este acápite, en parte, se debe al aporte de un trabajo anterior donde se analiza en mayor profundidad cada una de las normas del derecho internacional de los derechos humanos que hacen referencia a la especialidad del derecho de familia. Ver: de la Torre, Natalia, “La recepción del principio de autonomía en el proyecto de reforma y unificación del Código Civil: democratización de las relaciones familiares”, en *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Derecho de Familia*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2013, n° 59, p. 131.

familia y matrimonio, pues familia desde la obligada mirada de los derechos humanos se enuncia en plural.

Tan en plural debe enunciarse —so pena de cercenar y violar un derecho humano básico como el derecho a vivir en familia— que, a nivel regional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Atala Riffo y niñas vs. Chile” del 24/02/2012 ha expresado:

La Corte constata que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni muchos menos se protege solo un modelo “tradicional” de la misma. Al respecto, el Tribunal reitera que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio (parágrafo 142).⁽¹⁴⁾

Asimismo, también en el ámbito nacional es mucha la jurisprudencia que ha receptado este concepto amplio de familia a partir de la interpretación de nuestro art. 14 bis CN. Por razones de espacio, a modo emblemático, traeremos a colación lo expresado por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires frente a una solicitud de adopción conjunta a una pareja conviviente, no matrimonial:

En vista a esta construcción heterogénea de los distintos modelos familiares reconocida en los tratados (art. 75, inc. 22, CN) y en el art. 14 bis, parte final, CN, el concepto amplio de familia es el que impera en el ordenamiento jurídico. Vale decir, el principio protectorio de la familia debe receptar este pluralismo familiar. De lo contrario, en la aceptación de un único arquetipo, el matrimonio, como paradigma a ser imitado por los restantes modelos familiares, se dejaría sin protección y sin respuesta a una serie de relaciones afectivas con características que ameritan una regulación específica.⁽¹⁵⁾

Si como sintéticamente describimos, el bloque de constitucionalidad federal no circunscribe el vocablo “familia” a la familia matrimonial y manda a proteger a las familias en términos de pluralidad, fácil se advierte la

(14) CIDH, 24/02/2012, “Atala Riffo y Niñas vs. Chile”, resumen de la sentencia [en línea], http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_239_esp.pdf

(15) SCJ BUENOS AIRES, 21/03/2012, “N., M. D. y otra s/adopción plena”, en *LLBA*, junio 2012, p. 534, del voto del Dr. de Lazzari.

necesidad de compatibilizar y reformar un ordenamiento jurídico infraconstitucional —en este caso, el Código Civil— que, pese a las reformas parciales que ha sufrido, sigue enraizado en un modelo monista, arquetípico y exclusivo de familia matrimonial, colocando fuera del amparo del derecho a otras formas de familias tan válidas como la matrimonial desde la obligada mirada constitucional-convencional.⁽¹⁶⁾

c) La regulación dispersa en leyes especiales y el tibio pero constante reconocimiento jurisprudencial

Como es sabido, el Código Civil de Vélez Sarsfield, siguiendo el Código de Napoleón, se enroló originariamente en una postura abstencionista respecto del reconocimiento de efectos jurídicos a las relaciones afectivas de parejas sin base matrimonial, posición sintetizada comúnmente con el adagio “como los concubinos ignoran la ley, la ley debe ignorarlos”.

Sin embargo, las sucesivas reformas parciales al Código Civil (leyes 17.711, 23.264, 20.798 y 23.515) fueron paulatinamente modificando esta situación inicial, reconociendo algunos efectos jurídicos a las convivencias de pareja por fuera de la institución matrimonial. Así, conforme a la distinción propuesta por Azpíri,⁽¹⁷⁾ se puede distinguir a las uniones convivenciales conforme sean causa fuente de derechos (como el matrimonio *in extremis* —ver art. 3573— o la presunción de la paternidad —ver art. 257 CC— o causa de la pérdida de derechos (como la pérdida del derecho alimentario post divorcio o separación personal —ver arts. 210 y 218— o la pérdida de la vocación hereditaria —ver art. 3574— o la pérdida del derecho real de habitación —ver art. 3473 bis CC—).

(16) Para profundizar sobre el concepto de constitucionalización del derecho de familia se recomienda compulsar, entre otros tantos: KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA, “El derecho de familia en la República Argentina en los inicios del siglo XXI. Su inexorable proceso de constitucionalización y adecuación a los tratados internacionales de derechos humanos”, en *Revista de Derecho Comparado. Derecho de Familia* II, n° 10, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2005, p. 7 y ss.; GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS; FAMÁ, MARÍA VICTORIA y HERRERA, MARISA, *Derecho Constitucional de Familia*, Bs. As., Ediar, 2006; LLOVERAS, NORA y SALOMÓN, MARCELO, *El derecho de familia desde la Constitución Nacional*, Bs. As., Editorial Universidad, 2009; KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA (dir.) y HERRERA, MARISA (coord.), *La familia en el nuevo derecho*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2009; y HERRERA, MARISA (dir.), CULCIATI, MARTÍN y RODRÍGUEZ ITURBURU (coords.), *Teoría y práctica del derecho de familia de hoy*, Bs. As., Edudeba, 2012, capítulo I, “Derecho de Familia y Derechos Humanos”, p. 9 y ss.

(17) Ver AZPIRI, JORGE O., *Uniones de hecho*, 2ª edición, Bs. As., Hammurabi, 2010.

Pero el reconocimiento no se detuvo allí, la sanción de distintas leyes especiales de claro cariz asistencial⁽¹⁸⁾ dieron paso a un modelo regulatorio ya no abstencionista, sino más bien caracterizado por un proteccionismo parcial y fragmentario enraizado **únicamente** en el reconocimiento de derechos de los convivientes —más bien, de uno de ellos— frente a terceros: “El Estado, el empleador, la ART o el locador de la vivienda donde habitaban”.⁽¹⁹⁾

Por su parte, el reconocimiento de ciertos efectos jurídicos a las convivencias de pareja también llegó de la mano del activismo judicial. Así, en el año 1995, la Cámara Nacional Civil en pleno ha reconocido el daño material por la muerte del conviviente⁽²⁰⁾ y, con menor grado de recepción, la jurisprudencia ha declarado en algunos precedentes la inconstitucionalidad del art. 1078 CC, concediendo también el daño moral. Por su parte, en protección de los hijos de las personas no casadas, y por aplicación del principio de igualdad entre hijos matrimoniales y no matrimoniales, se ha hecho uso de la aplicación analógica del art. 1277 CC.⁽²¹⁾ Asimismo, se ha concedido el derecho de protección a la vivienda, extendiendo la aplicación de la regulación del bien de familia en caso de existencia de hijos.⁽²²⁾ Cabe aclarar, en este caso, que lo que comenzó como un reconocimiento jurisprudencial en el ámbito del Registro de la Propiedad Inmueble de la Ciudad de Buenos Aires, por ejemplo, alcanzó nivel reglamentario. También podemos mencionar el reconocimiento jurisprudencial de la adopción conjunta, previa declaración de inconstitucionalidad del art. 312 CC.⁽²³⁾ Se trata de concesiones que reflejan la misma impronta: el reconocimiento como realidad familiar se ha llevado a cabo mayormente en pos del resguardo de los convivientes frente a terceros (como en el caso del

(18) Ley 23.091, Ley de Locaciones Urbanas; ley 24.417, Ley de Violencia Familiar; ley 24.193, Ley de Trasplante de órganos; ley 20.774, que prevé la indemnización por muerte del trabajador a favor de la/el conviviente y ley 24.241, que otorga derecho a pensión a los convivientes que cumplan determinados requisitos —5 años de convivencia estable, permanente y notoria que se reducen a dos en caso de existencia de hijos en común—.

(19) IBARLUCÍA, EMILIO, *op. cit.*

(20) Ver CNac. Apel. Civ., en pleno, 04/04/1995, “Fernández, María C. y otro vs. El Puente S.A.”, en JA 1995-II-201.

(21) A modo de ejemplo ver: Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Civil N° 33, 15/03/2005, “M., G. F. v. S., C. M.”, en Abeledo Perrot online N° 35001405.

(22) A modo de ejemplo ver: CNac. Apel. Civ., Sala L, 12/06/2002, “P., E. c. Registro de la Propiedad Inmueble”, en La Ley 2003-A, 42.

(23) A modo de ejemplo, ver: Juzgado de Familia de Esquel, 01/02/2010, “G., P. A. y otro”, en Abeledo Perrot online N°: 70058468.

daño, por ejemplo), o en resguardo de los terceros (como en el caso de la aplicación del principio de igualdad y no discriminación entre hijos matrimoniales e hijos extramatrimoniales), y no se han reconocido efectos jurídicos entre las personas adultas que conforman la unión convivencial.

Pareciera contradecir esta última afirmación el reconocimiento jurisprudencial, con impronta restrictiva, de ciertos efectos patrimoniales post ruptura de la convivencia. Sin embargo, las soluciones respecto de la división de bienes —una vez cesada la convivencia— que se han planteado en la jurisprudencia, no devienen del hecho de haber sido convivientes —familia—; exigen una remisión a los principios generales del derecho donde la existencia de la relación afectiva familiar no define la contienda, ni la inclina. En pocas palabras, no ha sido la relación convivencial en sí pasible de generar efectos patrimoniales post ruptura, sino la comprobación de los presupuestos de una sociedad de hecho, el enriquecimiento sin causa, la interposición de persona o la división de condominio, etc.

En suma, las respuestas legislativas y los reconocimientos jurisprudenciales parciales dan una doble respuesta al porqué regular esta forma de vivir en familia de manera integral: i) resulta, al menos, paradójico que los convivientes puedan exigirle al Estado y/o incluso a ciudadanos ajenos a su relación afectiva —ej, sus locadores, empleadores, Anses— derechos en tanto familia y no tengan previsión legal alguna que regule su relación interna, y b) los reconocimientos jurisprudenciales son polimorfos: dependiendo de cuanta amplitud tenga el juez/a o cuán conservador/a sea, variarán las respuestas; es clara la injusticia que esto produce: los derechos de las personas quedan a la zaga de “según el juez que me toque”.

Ello, con otro aditamento que muy bien ilustra la Dra. Molina de Juan,

La sanción de normas que regulen con precisión y claridad los efectos de las convivencias servirá asimismo para ahuyentar falsos conceptos latentes en el imaginario colectivo de buena parte de la sociedad argentina. Es bastante común que los miembros de una unión de convivientes piensen que tiene más derechos de los que en realidad gozan, tales como derechos sucesorios, derechos patrimoniales derivados del esfuerzo común (análogos a los emergentes de la sociedad conyugal),

derecho alimentario, derecho a permanecer en la vivienda si hay hijos menores, etc. (Iñigo, 2009).⁽²⁴⁾

3. Cómo regular: la respuesta del Código Civil y Comercial

No es propósito de este trabajo exhibir en toda su extensión la regulación en materia de uniones convivenciales, ni analizar uno a uno los veinte artículos que conforman el título III del Libro II del Código Civil y Comercial. Más bien, pretendemos dejar reflejada la estructura de la regulación para que luego sean más asequibles las críticas que se han esgrimido en torno a ella.

Qué mejor manera de empezar a desentrañar esta estructura que citando los Fundamentos del Anteproyecto que la explican:

En la tensión entre autonomía de la voluntad (la libertad de optar entre casarse y no casarse, cualquiera sea la orientación sexual de la pareja) y orden público (el respeto por valores mínimos de solidaridad consustanciales a la vida familiar) el anteproyecto adopta una postura intermedia, al reconocer efectos jurídicos a la convivencia de pareja, pero de manera limitada. Mantiene diferencias entre dos formas de organización familiar: la matrimonial y la convivencial, distinciones que se fundan en aceptar que, en respeto del art. 16 de la Constitución Nacional es posible brindar tratamiento diferenciado a modelos distintos de familia.

En palabras de la maestra Grosman: “La libertad del hombre tiene sus vuelos pero también sus frenos: cuidar a la familia durante o después de una vida compartida”.⁽²⁵⁾

Autonomía en toda su extensión, pero con responsabilidad por el proyecto familiar asumido: solidaridad entre personas adultas a las que une o las unió un fuerte vínculo afectivo y un proyecto de vida familiar en común.

La respuesta a cómo regular las uniones convivenciales, cómo resolver la tensión entre autonomía de la voluntad —mi derecho a no casarme— y

(24) MOLINA DE JUAN, MARIEL F., “Las uniones convivenciales en el proyecto de código civil y comercial”, *op. cit.*, p. 55.

(25) GROSMAN, CECILIA, “Alimentos entre convivientes”, en *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Derecho de Familia*, n° 23, Bs. As., Abeledo-Perrot, p. 45 (citado en KEMELMAJER DE CARLUCCI CARLUCCI, AIDA AIDA y MOLINA DE JUAN, MARIEL F. (dirs.), *Alimentos*, Tomo I, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2014, p. 357).

orden público —solidaridad familiar—, exige un juicio de ponderación en donde la manda de protección integral de la familia y el principio de igualdad y no discriminación también son llamados a intervenir.

Precisamente, la necesidad de ponderación comienza desde el momento en que se acepta que no existen jerarquías internas en la Constitución o, lo que es lo mismo, que los distintos principios carecen de un peso autónomo y diferenciado y solo poseen una vocación de máxima realización que sea compatible con la máxima realización de los demás (...) El resultado óptimo de un ejercicio de ponderación no habría de ser el triunfo aplastante de uno de los principios, ni siquiera en el caso concreto, sino la armonización de ambos, esto es, la búsqueda de una solución intermedia que en pureza no diese satisfacción plena a ninguno, sino que procurase la más liviana lesión de ambos.⁽²⁶⁾

Teniendo en cuenta estas consideraciones y las razones que determinan el por qué regular esta realidad familiar ya analizada, el Código Civil y Comercial —en el capítulo I del título III— reconoce la unión estable, pública, notoria y permanente de dos personas de igual o distinto sexo que comparten un proyecto de vida en común basado en el afecto (ver art. 509) como una forma de vivir en familia, alternativa al matrimonio.

Asimismo, exige una serie de requisitos a ser cumplidos para que proceda el reconocimiento de ciertos efectos jurídicos previstos en los capítulos III y IV del título III: mayoría de edad, no estar unidos por vínculos de parentesco, no estar casados o en otra unión convivencial y mantener la convivencia por un mínimo de dos años (ver art. 510).

Cobra especial interés el último de los requisitos mencionados, más teniendo en cuenta que el Código Civil y Comercial en pos de no dejar nuevamente fuera del derecho a un grupo amplio de personas, sobre todo a aquellas más vulnerables, no exige la registración de la unión como modo de constitución. Es decir, la registración es posible y se prevé pero solo a los fines de facilitar la prueba de la unión (ver arts. 511 y 512) aunque, como veremos enseguida, las parejas registradas tengan un plus de reconocimiento frente a terceros respecto de la protección

(26) SANCHIS, LUIS ALBERTO, "El juicio de ponderación Constitucional", en Bazán, Víctor (coord.), *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, Tomo I, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2010, p. 163.

de la vivienda familiar. Pero decíamos: el factor tiempo es determinante en este tipo de uniones pues, a diferencia del matrimonio que se constituye a partir de un hecho formal de celebración —momento de máxima expresión de autonomía en la forma familiar matrimonial—, aquí falta tal elemento y la pregunta surge sola: ¿cuándo una relación de pareja amerita ser considerada un proyecto familiar en común como para reconocerle ciertos derechos?

El tiempo exigido —dos años— es una cuestión de política legislativa, los criterios en el derecho comparado son variados (solo a modo de ejemplo, Paraguay exige 4 años de convivencia, Uruguay, 5 años, etc.) y, en este punto, existen en nuestro medio leyes locales antecesoras, como la ley 1004 de la Ciudad de Buenos Aires, que establecen también dos años como piso mínimo para el reconocimiento de ciertos efectos jurídicos. La finalidad de establecer un plazo de convivencia estable, pública y notoria está expresada con elocuencia en los Fundamentos: “La determinación de un plazo busca resguardar la seguridad jurídica y evitar la arbitrariedad que puede derivarse de la indeterminación”.

Una vez determinados el concepto, requisitos y fines de la registración, el Código Civil y Comercial introduce el “principio estrella” que regula las relaciones entre adultos en este tipo de organización familiar: la autonomía de la voluntad expresada en la posibilidad de pactar, estableciendo, desde ya, razones de orden público (art. 515)⁽²⁷⁾ que limitan su contenido, más un piso mínimo de derechos insoslayable —haya o no haya pacto o, incluso, contra pacto (arts. 519/522)—.⁽²⁸⁾ Los pactos tendrán validez inter parte desde el momento de su celebración y, frente a terceros, desde el momento de su registración (ver lo previsto en el art. 511). El cese de la convivencia extingue inter partes de plenos derechos los efectos hacia el futuro y, respecto de terceros, se exige la constancia de ruptura en el registro/s para que le sea oponible (ver arts. 516, 517).

El Capítulo III, por su parte, regula los efectos de las uniones convivenciales durante la convivencia. No prevé régimen patrimonial alguno: las relaciones

(27) “ARTÍCULO 515.- Límites. Los pactos de convivencia no pueden ser contrarios al orden público, ni al principio de igualdad de los convivientes, ni afectar los derechos fundamentales de cualquiera de los integrantes de la unión convivencial”.

(28) “ARTÍCULO 513.- Autonomía de la voluntad de los convivientes. Las disposiciones de este Título son aplicables excepto pacto en contrario de los convivientes. Este pacto debe ser hecho por escrito y no puede dejar sin efecto lo dispuesto en los arts. 519, 520, 521 y 522”.

económicas entre los convivientes se rigen por lo estipulado en el pacto de convivencia. “A falta de pacto, cada integrante de la unión ejerce libremente las facultades de administración y disposición de los bienes de su titularidad, con la restricción regulada en este Título para la protección de la vivienda familiar y de los muebles indispensables que se encuentren en ella” (art. 518).

Asimismo, como adelantáramos, se establece un piso mínimo inderogable por voluntad de las partes similar a lo que, en términos de la regulación matrimonial, se dio en llamar “régimen primario inderogable” y aplicable cualquiera sea el régimen patrimonial —separación de bienes o comunidad— (ver arts. 454/462).

Ese piso mínimo, en el caso de las uniones convivenciales, incluye: a) asistencia durante la convivencia —no hay derecho alimentario post convivencia, excepto pacto que así lo establezca— (art. 519); b) contribución a los gastos del hogar —se regula por remisión expresa a lo previsto en el art. 455 para el caso del matrimonio— (cabe destacar la valoración del trabajo en el hogar como cumplimiento de estas cargas);⁽²⁹⁾ c) responsabilidad solidaria de las deudas frente a terceros en el caso de tratarse de necesidades ordinarias del hogar o sostenimiento y educación de los hijos —nuevamente, remisión expresa a lo previsto para el régimen primario matrimonial, art. 461—; y d) solo para el caso de las uniones registradas, la protección de la vivienda familiar y de los muebles indispensables de ella en dos sentidos: necesidad de asentimiento del otro conviviente en caso de disposición e inejecutabilidad por deudas contraídas con posterioridad a la registración, excepto que hayan sido contraídos por ambos convivientes o por uno con el asentimiento del otro.⁽³⁰⁾

(29) “ARTÍCULO 455.- Deber de contribución. Los cónyuges deben contribuir a su propio sostenimiento, el del hogar y el de los hijos comunes, en proporción a sus recursos. Esta obligación se extiende a las necesidades de los hijos menores de edad, con capacidad restringida, o con discapacidad de uno de los cónyuges que conviven con ellos.

El cónyuge que no da cumplimiento a esta obligación puede ser demandado judicialmente por el otro para que lo haga, debiéndose considerar que el trabajo en el hogar es computable como contribución a las cargas”.

(30) “ARTÍCULO 522.- Protección de la vivienda familiar. Si la unión convivencial ha sido inscripta, ninguno de los convivientes puede, sin el asentimiento del otro, disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, ni de los muebles indispensables de esta, ni transportarlos fuera de la vivienda. El juez puede autorizar la disposición del bien si es prescindible y el interés familiar no resulta comprometido.

Asimismo, el Capítulo IV prevé los efectos una vez cesada la unión convivencial y deja en claro que estos efectos solo se aplican en caso de inexistencia de pacto en contrario; es decir, no conforman el piso mínimo inderogable. ¿Cuáles son estos efectos?: a) compensación económica (arts. 524 y 525); b) atribución de la vivienda familiar (art. 526); y c) atribución de la vivienda por fallecimiento de uno de los convivientes (art. 527).

Estos tres efectos también se prevén en el caso de la familia matrimonial. Veamos cuáles son las principales diferencias en la regulación de uno y otro caso: a) la compensación económica en el caso de matrimonio no puede ser excluida por pacto y, en forma excepcional, puede ser satisfecha en una renta de tiempo indeterminado. En cambio, en el caso de las uniones, la compensación puede ser excluida mediante pacto y solo satisfecha por renta única o por renta de tiempo determinado, no pudiendo ser este mayor al tiempo que duró la relación convivencial; b) el plazo de la atribución de la vivienda post ruptura en el caso del matrimonio es fijado por el juez sin límite previo dispuesto por ley y no es posible pactar la exclusión de este efecto por acuerdo de partes. En el caso de la unión convivencial, en cambio, el plazo es fijado también por el juez, no pudiendo ser superior a los dos años, y es posible de ser excluida por pacto entre partes; c) el derecho real de habitación gratuito sobre el inmueble de propiedad del causante que constituyó el último hogar familiar y que, a la apertura de la sucesión no se encontraba en condominio con otras personas, en el caso del matrimonio es vitalicio y no pactable su exclusión; mientras que en la unión convivencial solo es por un plazo máximo de dos años y es pactable su exclusión.

Por último, el art. 528 cierra este Título III reforzando el protagonismo de la autonomía, pues el pacto es la "vedette" que habrá que incorporar en la costumbre local: "A falta de pacto, los bienes adquiridos durante la convivencia se mantienen en el patrimonio al que ingresaron, sin perjuicio de la aplicación de los principios generales relativos al

Si no media esa autorización, el que no ha dado su asentimiento puede demandar la nulidad del acto dentro del plazo de caducidad de seis meses de haberlo conocido, y siempre que continuase la convivencia.

La vivienda familiar no puede ser ejecutada por deudas contraídas después de la inscripción de la unión convivencial, excepto que hayan sido contraídas por ambos convivientes o por uno de ellos con el asentimiento del otro".

enriquecimiento sin causa, la interposición de personas y otros que puedan corresponder”.

4. Las críticas a la regulación de las uniones convivenciales: su oscilación pendular

4.1. Las paradojas de los defensores del principio de autonomía a ultranza

Como adelantáramos en nuestra introducción, algunas voces se han alzado en contra de la regulación de las uniones convivenciales por considerarla una intromisión indebida del Estado en la esfera de la autonomía e intimidad del plan de vida de dos personas adultas y capaces. Veamos.

El Dr. Sambrizzi ha expresado:

Si quienes no tienen impedimento para casarse entre sí eligen en cambio vivir en concubinato es porque han preferido voluntariamente seguir ese camino, eludiendo de tal forma la aplicación de normas que les resultan inconvenientes, o no satisfactorias. Por lo que el hecho de querer imponérselas aun contra su voluntad por medio de la regulación de ese tipo de uniones no solo atenta contra sus propios intereses, sino también contra el concepto de libertad individual, que debe ser preservado.⁽³¹⁾

Sin embargo, en otros ámbitos de la regulación del Libro II del Código Civil y Comercial, el mismo autor, paradójicamente, pareciera desatender el principio de autonomía y robustecer el orden público, entendido este ya no en términos de solidaridad familiar sino en pos de preservar la “institución” matrimonial. Así, al analizar la propuesta del nuevo Código en materia de divorcio ha expresado:

El hecho de querer en el anteproyecto minimizar en lo posible el conflicto conyugal, lo que sin duda es positivo, no puede llevar hasta el punto de facilitar en exceso la eliminación del compromiso de convivencia que para toda la vida oportunamente asumieron los esposos. Por lo que la supresión de dichas causales en el anteproyecto, es, a nuestro juicio, inconveniente, no existiendo

(31) SAMBRIZZI, EDUARDO A., “Las denominadas uniones convivenciales en el Proyecto de Código”, en *Revista Jurídica La Ley* 26/12/2012, La Ley, 2013-A, 500.

razón alguna para dejar sin efecto las causales objetivas tanto de separación personal como de divorcio.⁽³²⁾

¿Es verdaderamente la defensa de la autonomía lo que se pretende proteger a la hora de analizar la regulación en materia de uniones convivenciales? ¿Puede sostenerse una libertad a ultranza en las convivencias al punto de justificar su no regulación y, al mismo tiempo, insistir con el mantenimiento de los plazos en el caso del divorcio, revelando una actitud regulatoria excesiva? ¿La autonomía es el fundamento de peso o el disfraz de posiciones como la sintetizada? El mismo doctrinario nos echa luz sobre éstos y símiles interrogantes:

Por otra parte, la extensión a las uniones de hecho de las ventajas que la sociedad concede a los cónyuges constituye una estimulación que incita a su mantenimiento, además de atentar contra los intereses generales de la sociedad que está interesada en preservar la existencia de una familia estable e institucionalizada, para lo cual nada mejor que haber asumido el compromiso de contraer matrimonio para toda la vida, lo que redundaría asimismo en el bien de los hijos, que tienen el derecho de nacer, crecer y educarse en una familia regularmente constituida.⁽³³⁾

Claramente, no es la autonomía de las personas lo que se defiende, sino un modo unívoco de decir familia, la regulación de las uniones convivenciales es vista como “peligrosa” o “nociva” a los fines de preservar la institución matrimonial. Más aún, paradójicamente, esta mirada contraria de las uniones convivenciales que hoy sostiene, “casualidad” o “causalidad”, no fue defendida mientras se debatía el Proyecto de ley de matrimonio igualitario en nuestro país —recuérdese la insistencia en diferenciar el matrimonio de la unión convivencial, concediendo a las parejas del mismo sexo solo la última de estas posibilidades—. ¿Es tan malo vivir en una unión convivencial que solo se las debía reservar como salida frente a los reclamos de las personas homosexuales para mantener incólume la sacralidad del matrimonio? ¿Qué tiene que ver la autonomía o la tensión autonomía - orden público con la orientación sexual? En definitiva, cuando

(32) SAMBRIZZI, EDUARDO A, “La eliminación del doble régimen (separación personal y divorcio) y de las causales de divorcio, y el llamado divorcio express”, en *DFyP* 2012 (julio), 01/07/2012, p. 90.

(33) SAMBRIZZI, EDUARDO A, “Las denominadas uniones convivenciales en el Proyecto de Código”, *op. cit.*

se mira al derecho desde el dogma de la religión no se puede pretender lograr una construcción lógica, porque esa construcción se sostiene por razones “morales”, y no por razones “jurídicas”. De ahí que las contradicciones sean varias y de peso.

Ante esto, nuevamente la precisión conceptual de ese primer gran manual del Código Civil y Comercial, los Fundamentos del Anteproyecto:

... también se regulan las uniones convivenciales, fenómeno social cada vez más frecuente en la Argentina. **Ello no significa promover determinadas conductas o una decisión valorativa respecto de algunas de ellas.** De lo que se trata es de regular una serie de opciones de vidas propias de una sociedad pluralista, en la que conviven diferentes visiones que el legislador no puede desatender (el destacado nos pertenece).

Otros autores han insistido en la injerencia indebida de la regulación de las uniones convivenciales, en desmedro de la autonomía, en un marco legal que permite el divorcio vincular:

Tras el divorcio vincular receptado por nuestra legislación en 1987, no existen más obstáculos para volver a casarse, por lo tanto quienes eligen no casarse no pueden ser obligados a convivir bajo la ley. El avasallamiento de la reforma a las libertades personales es palmario por cuanto violenta el plan de vida libremente elegido y constitucionalmente supone una intrusión abusiva en la esfera de privacidad personal por el Estado. Quienes deciden vivir en pareja verán vulnerados sus derechos con esta reforma ya que a pesar de haber no elegido entrar al campo jurídico, la ley pretende imponerles lo contrario. Sería conveniente recordar la frase de Napoleón al intervenir en los debates del que luego sería el Código Civil Francés, si los concubinos ignoran la ley, la ley los ignora.⁽³⁴⁾

Muchas son las premisas implícitas de este razonamiento. Para empezar, el título elegido —“El ocaso del matrimonio y la impronta del concubinato”— denota todo un posicionamiento afín a la postura *ut supra* analizada: se evidencia la idea de una supuesta peligrosidad en

(34) MILLÁN, LILIANA LUJÁN y STARÓPOLI, MARÍA DEL CARMEN, “El ocaso del matrimonio y la impronta del concubinato”, en *DFyP* 2013 (junio), 01/06/2013, p. 6.

regular las convivencias que consistiría en que tal regulación debilitaría al matrimonio. Por otra parte, se parte de la suposición de que el plan de vida elegido por los convivientes es estar fuera de la ley cuando, en todo caso y en algunos casos, lo que se ha “elegido” es solamente no casarse. Desde estas líneas queremos comenzar a cuestionar esta sumisión que explica la convivencia de pareja como plan de vida “elegido” únicamente a partir de su negación, el “no casarse”; tal asimilación muestra a las claras hasta qué punto seguimos ligados a una concepción unívoca de familia: la matrimonial.

En este punto, la regulación de ciertos efectos jurídicos a las convivencias de pareja, al contrario de lo que se cree, refuerza el principio de autodeterminación, pues el reconocer derechos a distintos modos de vivir en familia permite en sentido pleno, no solo en términos negativos, la posibilidad de elegir. En definitiva, el derecho a no casarse no está asentado en el principio de autonomía de la voluntad que tanto aquí se dice defender. Veamos: en términos filosóficos políticos, podría decirse que el derecho de las personas a casarse o no casarse se reduce al concepto de libertad en sentido negativo —capacidad de algo, no constricción o impedimento—, mientras que la autodeterminación o libertad en sentido positivo es un atributo específico de la voluntad —que, en el caso de las convivencias de pareja, va mucho más allá de no estar impedidos de casarnos o constreñidos a casarnos—.

Siguiendo la definición de Bobbio, que sostiene que “por libertad positiva, se entiende en el lenguaje político la situación en la que el sujeto tiene la posibilidad de orientar su voluntad hacia un objetivo, de tomar decisiones, sin verse determinado por la voluntad de otros”,⁽³⁵⁾ podemos preguntarnos: ¿la no regulación de distintas opciones de vivir en familia —Código de Vélez aún vigente— no es en realidad un modo de favorecer la heteronomía en vez de la autonomía? En otras palabras, un régimen jurídico infra constitucional que designe familia en términos unívocos ¿permite realmente la autodeterminación de planes de vida familiar?

Incluso más, siguiendo el razonamiento insistente de que los convivientes eligen estar por fuera de la ley, resumido en las palabras del Dr. Ibarlucía —“¿Si dos personas mayores de edad no se han sometido voluntariamente a un régimen jurídico, es legítimo que el Estado se los

(35) BOBBIO, NORBERTO, *Igualdad y libertad*, Barcelona, Ed. Paidós, 1993, p. 100.

imponga? ¿Afecta esa imposición tal decisión que hace a su plan de vida libremente decidido? En definitiva, ¿afecta su autonomía personal amparada por la Constitución?⁽³⁶⁾—, uno podría invertir el foco y preguntarse si la consolidación del afecto y la noción de socioafectividad no inciden en que las personas opten por el matrimonio en pos de ver preservadas a sus familias, en tanto esta institución es la única familia legalmente reconocida. Por otra parte, el hecho de no casarse y vivir en pareja, ¿exige un *laissez faire* jurídico por parte del Estado? ¿Este “dejar a solas” es un corrimiento posible y compatible con nuestro Estado constitucional-convencional de derecho? Las respuestas negativas se imponen; elegir es optar y la autonomía se hace cuerpo cuando las personas tienen qué y con qué optar, máxime cuando la regulación de las uniones convivenciales se erige como una construcción equilibrada, que pondera principios y permite autonomía —pactos—, siempre que se respete el piso mínimo de asumir tal acto de libertad con responsabilidad pues, como dicen las palabras elegidas para iniciar este escrito, “con dicha oportunidad viene la responsabilidad por lo que hacemos, en la medida en que se trata de acciones elegidas”.⁽³⁷⁾

4.2. Los que bregan por el reconocimiento de más derechos

Atenderemos aquí tres aspectos que cierta crítica ha considerado omisiones importantes de la regulación: i) la limitación temporal de la atribución de la vivienda en caso de ruptura, ii) la ausencia de derechos sucesorios y iii) la falta de regulación de un régimen de bienes.

Con respecto al ítem i) se ha dicho: “La protección del hogar convivencial es uno de sus rasgos más destacados, pero consideramos que debe tenerse en cuenta, al regularlo, la existencia o no de descendencia común, para extender su duración en el primer caso al lapso que sea necesario para atender de la mejor manera posible el interés de los menores involucrados”.⁽³⁸⁾ Como expusimos al sintetizar las normas del Código Civil y Comercial en materia de uniones, la atribución de la vivienda en caso de cese de la unión convivencial está prevista, siempre que no exista pacto en contrario. Los criterios para asignar la vivienda son dos: 1) tener a cargo

(36) IBARLUCÍA, EMILIO A., *op. cit.*

(37) AMARTYA SEN, *La idea de La Justicia*, Madrid, Taurus, 2009.

(38) STILERMAN, MARTA N., “Las uniones convivenciales en el Anteproyecto de Código Civil”, 12/07/2012, en *Microjuris* MJ-DOC-5867-AR | MJD5867.

el cuidado de los hijos menores de edad, con capacidad restringida o discapacidad o acreditar la extrema necesidad de vivienda y 2) la imposibilidad de procurársela (ver art. 526). Ahora bien, la crítica que analizamos se asienta en el plazo máximo de dos años que prevé el nuevo Código, pues según la crítica debería hacerse una distinción en el supuesto de existencia de hijos. Ahora bien, parecieran confundirse los criterios para la atribución de la vivienda —en el caso puntual, el hecho de tener a cargo hijos menores de edad— con la regulación en sí de este instituto de atribución de la vivienda familiar. En este sentido, es dable aclarar que lo que se regula no es el derecho de esos niños a una vivienda, sino el derecho de vivienda post cese de la unión de la persona adulta. No es el techo de los niños el que está aquí en cuestión, ni en peligro, sino el del adulto ex conviviente. En tal sentido, asegura Marta Stilerman: “Si la norma se sanciona tal como hoy la vemos, será función judicial integrarla con los deberes alimentarios hacia los hijos para proteger su vivienda como exige la Convención sobre los Derechos del Niño”. Sin embargo, está respuesta de integración ya está explicitada en el texto del Código Civil y Comercial, pues a la hora de regular el contenido de la obligación alimentaria en cabeza de ambos progenitores se dice:

La obligación de alimentos comprende la satisfacción de las necesidades de los hijos de manutención, educación, esparcimiento, vestimenta, **habitación**, asistencia, gastos por enfermedad y los gastos necesarios para adquirir una profesión u oficio. Los alimentos están constituidos por prestaciones monetarias o en especie y son proporcionales a las posibilidades económicas de los obligados y necesidades del alimentado (ver art. 659, el destacado nos pertenece).

La segunda de las omisiones regulatorias que queremos destacar aquí es la atinente a la falta de derechos sucesorios del conviviente. Así, el Dr. Solari ha expresado

Es indudable que no se ha actualizado el orden sucesorio en el sistema de transmisión, manteniéndose los viejos parámetros basados solamente en el parentesco y en la condición de cónyuge. Más aún, los cambios producidos en las instituciones del derecho de familia no se condicen con la presunción de afecto del causante, en materia sucesoria. Es decir, si reconocemos expresamente a las uniones convivenciales como forma de familia, parece lógico

deducir que la presunción de afecto en el llamamiento hereditario realizado por la ley, debiera estar presente este tipo de uniones.⁽³⁹⁾

Nuevamente, si lo que se propicia es la autonomía y el permiso de optar entre formas de vida familiar alternativas, equiparar todos los efectos de la convivencia de pareja al matrimonio no parece ser una postura legislativa correcta desde el prisma constitucional-convencional obligado. Ahora bien, cabe aclarar que no es cierto que los convivientes no tengan derechos hereditarios, pues conforme el que llamamos principio estrella de esta regulación —el principio de autonomía, ahora expresado a través de la conformación de un testamento—, los convivientes podrán estatuir como herederos testamentarios a sus parejas, en un marco donde las porciones legítimas diferidas por ley a los herederos forzosos se han visto reducidas: “La porción legítima de los descendientes es de dos tercios, la de los ascendientes de un medio y la del cónyuge de un medio” (art. 2445). En este sentido, coincidimos con la importancia de destacar lo sostenido por la Dra. Iglesias:

... nos parece oportuno recordar que, pese al fuerte orden público sucesorio que hoy nos rige, existe cierto reconocimiento al despliegue de la autonomía de la voluntad, no siempre aprovechado y explorado por la praxis profesional. Pareciera que se ha instalado una cultura jurídica de la inacción frente a dicho orden público, que resta injustificadamente interés a los márgenes de autonomía vigentes y que lleva también entre los operadores del derecho a responder —de manera inconsciente— que el conviviente carece de derechos hereditarios.⁽⁴⁰⁾

Por último, similares reflexiones merecen las críticas en torno a la falta de regulación de un régimen patrimonial supletorio en el caso de las uniones convivenciales. El Dr. Solari ha sostenido:

La proyectada norma desconoce el conflicto sociológico que en mayor número se judicializa en relación a los convivientes. Precisamente, los bienes adquiridos durante la unión por quienes de hecho han convivido constituye la situación que

(39) SOLARI, NÉSTOR, “Las uniones convivenciales en el Proyecto de Reforma del Código Civil”, *op. cit.*

(40) IGLESIAS, MARIANA B., “Los derechos sucesorios del conviviente”, en *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Derecho de Familia*, n° 60, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2013, p. 221 y ss.

mayores planteos judiciales provocan este tipo de uniones. De ello puede derivarse que la judicialización del conflicto sobre los bienes por los integrantes de la unión se mantendrá vigente en el derecho argentino.⁽⁴¹⁾

Ello plantea como alternativa de regulación una presunción *iuris tantum* de existencia de sociedad de hecho por la mera convivencia. Agrega a ello el Dr. Solari:

Podrá decirse que los pactos de convivencia, si se celebran de conformidad a lo contemplado en el Anteproyecto, vendrían a cubrir un vacío legal. Estamos de acuerdo. Sin embargo, cuantitativamente, la realidad sociológica demuestra que las parejas van a vivir de hecho sin formalidad alguna. Este es el dato sociológico indiscutido. Y este es el vacío, nuevamente, que presentaría un código civil nuevo, sencillamente porque la problemática es otra. De ahí que podemos afirmar que los problemas sociológicos, en la materia, seguirán vigentes pues no se establecen consecuencias jurídicas patrimoniales sobre los bienes adquiridos por las partes. Los convivientes, en tanto dato de la realidad social, seguirán viviendo fuera del código civil.

No es cierto que los convivientes vayan a vivir fuera del nuevo régimen civil y comercial: su regulación integral, a diferencia del Código Civil, está prevista en el Código Civil y Comercial; que no se acuerde con ella es otra cuestión. Respecto de la sentencia de que los problemas sociológicos seguirán presentes porque la realidad demuestra que las parejas conviven sin formalidad alguna, hay que señalar que, más allá de la cuestionable futurología que encierra, es dable destacar dos cuestiones: a) la gente hoy se va a vivir sin formalidad alguna porque no existe formalidad en la cual ampararse; difícilmente pueda haber cultura del pacto en una regulación que no la preveía y b) es importante que todos los operadores jurídicos colaboremos en crear esta cultura del pacto en el futuro pues, el valor pedagógico de la ley será mucho pero nunca será todo; el resto es responsabilidad de todos/as. ¿Acaso pretender que la ley supla la voluntad de las personas a través del pacto no sería una decisión legislativa violatoria del art. 19 de la Constitución Nacional cuando se trata de una cuestión o efecto de tinte patrimonial?

(41) SOLARI, NÉSTOR, *op. cit.*

5. Palabras de cierre

Regular las uniones convivenciales era una manda ineludible. La complejidad de la tarea no podía servir de excusa para perpetuar el silencio ante una realidad familiar en ascenso cuantitativo en la Argentina de principios del siglo XXI.

La postura que sigue el Código Civil y Comercial está dentro del margen de discrecionalidad legislativa fundado en el principio de razonabilidad, proporcionalidad o equilibrio. Esto no se hubiera logrado si se sancionaba un régimen de abstencionismo absoluto, lo cual hubiera sido imposible porque, como se dijo, varias leyes especiales, voces doctrinarias y jurisprudenciales daban cuenta de los problemas e injusticias que traía aparejado el silencio legislativo. Tampoco se hubiera logrado con una legislación que equipare los derechos de los convivientes al matrimonio. Ninguno de estos extremos ha sido la postura adoptada en el Código Civil y Comercial. En el medio de ambos, varias son las posiciones legislativas que se podrían haber recepcionado. El Código Civil y Comercial adopta una de ellas, tomando una decisión de política legislativa que pasa el test de constitucionalidad.

Como todo obra humana, la regulación es pasible de críticas, solo así, en un camino intersubjetivo, crítico y dialógico, se crece y mejora como sociedad. Ahora bien, hay que cuidarse de que estas críticas asuman la complejidad de esta realidad y las concausas que explican su conformación sociológica a la hora de sentenciar sus juicios pues, en lo que a uniones convivenciales se refiere, conviene recordar las palabras de Beckett: "He aquí al hombre íntegro arremetiendo contra su calzado cuando el culpable es el pie".⁽⁴²⁾



(42) BECKETT, SAMUEL, *Esperando a Godot*, 4ª edición, Barcelona, 2000, p. 15.

La compensación económica en la reforma del Código Civil argentino

MARÍA VICTORIA PELLEGRINI⁽¹⁾



1. Introducción

Una de las novedades que incorpora el Código Civil y Comercial argentino⁽²⁾ es la institución jurídica de la compensación económica: uno de los efectos de contenido económico del divorcio (art. 441),⁽³⁾ pero también una figura procedente ante el cese de una unión convivencial (art. 524)⁽⁴⁾

(1) Abogada. Especialista en Derecho de Familia. Profesora Titular Ordinaria de Derecho de Familia y Sucesiones del Departamento de Derecho de la Universidad Nacional del Sur (UNS). Docente-investigadora Categoría III otorgada por el Programa de Incentivos a docentes-investigadores conforme Resolución Conjunta de la Secretaría de Políticas Universitarias N° 1 y SACT N° 1 del 12/01/09 de la CONEAU, categorización 2009; integrante de uno de los equipos de trabajo en derecho de familia de la Comisión de Reformas del Código Civil (Dec. PEN 191/11).

(2) Me refiero al Proyecto de Reformas del Código Civil y Comercial de la Nación —elaborado por la Comisión de Reformas designada mediante Dec. PEN 191/11 e integrada por los Dres. Aída Kemelmajer de Carlucci, Elena Highton de Nolasco y Ricardo Lorenzetti— que, desde ahora, llamaremos “Proyecto”. Se deja aclarado que, a la fecha de redacción de este artículo (octubre 2013), el mismo se encuentra en trámite parlamentario.

(3) “ARTÍCULO 441. **Compensación económica.** El cónyuge a quien el divorcio produce un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación y que tiene por causa adecuada el vínculo matrimonial y su ruptura, tiene derecho a una compensación. Esta puede consistir en una prestación única, en una renta por tiempo determinado o, excepcionalmente, por plazo indeterminado. Puede pagarse con dinero, con el usufructo de determinados bienes o de cualquier otro modo que acuerden las partes o decida el juez”.

(4) “ARTÍCULO 524. **Compensación económica.** Cesada la convivencia, el conviviente que sufre un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación económica

o la declaración de nulidad de un matrimonio, celebrado en buena fe de, al menos, uno de sus contrayentes (arts. 428/429);⁽⁵⁾ en todos los casos, en tanto se configuren los elementos exigidos por la norma recientemente sancionada

El objetivo esencial de esta figura es favorecer un equilibrio económico entre los cónyuges o convivientes, que la ruptura de la convivencia pudiera generar, motivo por el cual la única causal de cese es su pago íntegro.

Es un mecanismo que se pone en marcha ante el quiebre del proyecto de vida en común —derivado tanto del matrimonio como de una unión convivencial— y que tiene por finalidad compensar el desequilibrio económico que dicho quiebre pudiera producir entre quienes compartían una trayectoria familiar común, sea matrimonial o no. Propicia la superación de la pérdida económica que la finalización de tal proyecto familiar puede provocar en alguno de sus miembros, especialmente cuando la convivencia haya producido una desigualdad entre las capacidades de ambos de obtener ingresos; cuestión que en la mayoría de las oportunidades —en el marco de un matrimonio— el régimen económico matrimonial resulta incapaz de solucionar.⁽⁶⁾

con causa adecuada en la convivencia y su ruptura, tiene derecho a una compensación. Ésta 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. Puede pagarse con dinero, con el usufructo de determinados bienes o de cualquier otro modo que acuerden las partes o en su defecto decida el juez”.

(5) “ARTÍCULO 428. Efectos de la buena fe de ambos cónyuges. Si el matrimonio anulado ha sido contraído de buena fe por ambos cónyuges produce todos los efectos del matrimonio válido hasta el día en que se declare su nulidad. La sentencia firme disuelve el régimen matrimonial convencional o legal supletorio. Si la nulidad produce un desequilibrio económico de uno ellos en relación con la posición del otro, se aplican los artículos 441 y 442; el plazo se computa a partir de la sentencia que declara la nulidad.

ARTÍCULO 429. Efectos de la buena fe de uno de los cónyuges. Si uno solo de los cónyuges es de buena fe, el matrimonio produce todos los efectos del matrimonio válido, pero solo respecto al cónyuge de buena fe y hasta el día de la sentencia que declare la nulidad. La nulidad otorga al cónyuge de buena fe derecho a: a) solicitar compensaciones económicas, en la extensión mencionada en los artículos 441 y 442; el plazo se computa a partir de la sentencia que declara la nulidad; (...)

ARTÍCULO 430. Efectos de la mala fe de ambos cónyuges. El matrimonio anulado contraído de mala fe por ambos cónyuges no produce efecto alguno...”.

(6) ROCA, ENCARNACIÓN, *Familia y cambio social (De la “casa” a la persona)*, España, Cuadernos Civitas, 1999, p. 199.

Siendo un efecto propio del quiebre de la pareja, se encuentra completamente alejado de la noción de culpabilidad o reproche en el modo en que aconteció la ruptura: no importa cómo se llegó al divorcio o cese de la unión, sino cuáles son las consecuencias objetivas que el divorcio o cese provoca a quienes fueran cónyuges⁽⁷⁾ o hubiesen conformado una unión convivencial.

Si bien se trata de un instituto plenamente vigente en otras legislaciones, ante su próxima incorporación al ordenamiento jurídico argentino resulta necesario delinear algunas de sus características. En este trabajo analizaré solo su concepto y naturaleza jurídica para intentar así dar respuesta al motivo de su "aparición" en la Argentina, sin desconocer la importancia de otras cuestiones relevantes —pautas de fijación, acuerdos, cuestiones procesales, caducidad, etc.— que, por razones de espacio, no serán aquí abordadas.⁽⁸⁾

2. Concepto. Denominación

Entre otras características metodológicas e ideológicas, el Proyecto es sumamente celoso en la elección del lenguaje utilizado para su redacción, pues explícitamente resalta la importancia y necesidad de que las leyes se expresen en un léxico accesible, que no se desentienda de su carga simbólica y del modo en que la elección de una u otra denominación incide o influye en la aprehensión conceptual de las instituciones que nombra.⁽⁹⁾

(7) Ver "Fundamentos", en *Código Civil y Comercial de la Nación. Proyecto del Poder Ejecutivo de la Nación redactado por la comisión de Reformas designada por decreto 191/2011*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2012, p. 559 y LLOVERAS, NORA, "El divorcio en el Anteproyecto de Código Civil", en *SJA-2012/06/20-17; JA-2012-II*.

(8) Este artículo forma parte de un trabajo más detallado, aún inédito.

(9) La cuestión terminológica no es banal, como lo señaló Jean Carbonnier: "Para marcar más netamente la transformación de naturaleza que sería deseable imprimir a los derechos pecuniarios entre divorciados no sería superfluo un cambio de vocabulario. La redacción propuesta designa genéricamente como prestaciones compensatorias a estos derechos desligados de naturaleza alimentaria; el inglés retoma el viejo vocablo francés *maintenance* (mantenimiento) para designar la prestación en capital, y se habla de 'renta' para evitar decir 'pensión' cuando la prestación debe ejecutarse periódicamente (en mensualidades o rentas). Es necesario destacar que, el abandono de la noción de pensión alimentaria, con el propósito de prevenir toda contienda futura, debe tener como contrapartida el carácter forfataire de la prestación compensatoria (aunque sea ella abonada en un pago fraccionado o en forma de renta), lo que no está exento de riesgos". CARBONNIER, JEAN, "La question du divorce. Memoire a consulter, citado por FANZOLATO, EDUARDO IGNACIO, "Prestaciones compensatorias y alimentos entre ex cónyuges", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2001-1, Bs. As., Rubinzal-Culzoni, 2001, p. 21.

Así, opta por utilizar la denominación “compensación económica”, desechando aquéllas utilizadas por otras legislaciones que regulan esta institución: “pensión compensatoria” (España; El Salvador); “prestación compensatoria” (Código de Familia de Cataluña; Francia), “asignación por divorcio” (Italia). Ello, en tanto se pretende distinguir esta figura de otras, como la prestación o pensión alimentaria, pues su naturaleza jurídica difiere, a pesar de guardar ciertas similitudes.

Ahora bien, para poder delimitar su concepto, resulta indispensable resaltar que siendo un efecto propio del quiebre de la convivencia (matrimonial o no), su configuración requiere que se constaten ciertos elementos que tornan procedente esta institución jurídica.

A través del art. 441 (para el divorcio) y del art. 524 (para las uniones convivenciales) se establecen tres condiciones fácticas para que se configure una compensación económica: 1) que se produzca un desequilibrio económico manifiesto en un cónyuge (o unido convivencialmente) respecto del otro; 2) que tal desequilibrio implique un empeoramiento en su situación, y 3) que tenga por causa adecuada el matrimonio (o la unión convivencial) y su ruptura, a través del divorcio o del cese de la unión convivencial.

De allí entonces, esta figura no resulta una consecuencia necesaria del divorcio o del cese de la unión convivencial, sino que procede solo ante la comprobación de tales supuestos fácticos, los cuales pueden derivar de varias y diversas circunstancias (*i.e.* la colaboración en la actividad lucrativa del otro, la situación patrimonial, la edad, el estado de salud, la labor de educación y crianza de los hijos menores, las posibilidades de acceso al mercado de trabajo, la calificación profesional, etc.).⁽¹⁰⁾ En aquellos supuestos en que se solicite la fijación de compensación económica, resultará imprescindible que todos los elementos se presenten, pues de lo contrario resultará improcedente, a pesar de producirse la ruptura de la pareja.

Sin perjuicio de ello, nada obsta a que ambos cónyuges, al tramitar el divorcio —sea en forma unilateral y con la conformidad del otro,⁽¹¹⁾ o

(10) VELOSO VALENZUELA, PAULINA, “Algunas reflexiones sobre la compensación económica” en Grosman, Cecilia y Herrera, Marisa, *Hacia la armonización del derecho de familia en el Mercosur y países asociados*, t. I, Bs. As., Lexis-Nexis, 2007, p. 167.

(11) El Proyecto admite tanto la petición unilateral como conjunta del divorcio. Pero en ambos casos exige que quien peticona el divorcio acompañe una propuesta de acuerdo respecto de la organización familiar posterior al divorcio. Es decir, una propuesta respecto a los efectos que la petición de divorcio provoca en la vida familiar. Dicha propuesta puede ser

en forma conjunta—, o aquellos unidos convivencialmente —por medio de un convenio de cese de la unión convivencial— acuerden una compensación económica que estimen procedente en beneficio de alguno de ellos. Es decir, esta figura jurídica admite la fuente convencional, en tanto libre ejercicio de la autonomía de la voluntad de quienes deciden poner fin a su relación y espontáneamente reconocer la conveniencia de continuar brindando apoyo económico a aquel que se encuentre en peores condiciones.

Específicamente referido al divorcio, pero aplicable también a la compensación prevista ante el cese de las uniones convivenciales (art. 526 del Código Civil y Comercial), en los Fundamentos se precisa:

El Anteproyecto recepta una figura que tiene aceptación en varias legislaciones del derecho comparado, y que es coherente con el régimen incausado de divorcio; en efecto, con fundamento en el principio de solidaridad familiar y en que el matrimonio no sea causa fuente de enriquecimiento o empobrecimiento económico de un cónyuge a costa del otro, se prevé la posibilidad de que, para aminorar un desequilibrio manifiesto los cónyuges acuerden o el juez establezca compensaciones económicas.

Estas compensaciones pueden ser abonadas de diferentes modos: prestación dineraria *única*; renta por un tiempo determinado o, de manera excepcional, por plazo indeterminado. Por ejemplo, si al momento de contraer nupcias se optó por llevar adelante una familia en la cual uno solo de los cónyuges era el proveedor económico y el otro cumplía sus funciones en el seno del hogar y en apoyo a la profesión del otro, no sería justo que al quiebre de esa elección se deje desamparado a aquél de los cónyuges que invirtió su tiempo en tareas que no se traducen en réditos económicos; en este caso, se le fijará una compensación económica que puede asumir distintas modalidades de pago: pensión, cuotas, etc.

aceptada o no por la otra parte, quien a su vez podrá también ofrecer su propia propuesta. El juez deberá entonces citar a ambos cónyuges a una audiencia al solo efecto de conciliar las diferencias respecto de las diferencias y, exista o no acuerdo (total o parcial), corresponderá el dictado de la sentencia de divorcio vincular (art. 438 y ss. del Proyecto). Entre los efectos que podrán figurar en tales propuestas podría estar la compensación económica.

Nada impide que los cónyuges convengan su monto y forma de pago, pero, como se trata de un caso de protección legal con fundamento en la solidaridad familiar, ante la falta de acuerdo el juez puede determinar su procedencia y fijar su monto si correspondiere. 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.⁽¹²⁾

Ahora bien, dicha "fotografía" del estado patrimonial de cada uno de los cónyuges (o unidos convivencialmente) no se limita a aquellos bienes que, en definitiva, integren sus patrimonios al inicio y al momento de la ruptura. Es decir, no se trata solo de un análisis cuantitativo, porque aquello relevante es cómo incidió el proyecto de vida en común y su posterior quiebre en la potencialidad de cada uno para su desarrollo económico posterior, ahora individual. A modo de ejemplo, si durante el matrimonio uno de los cónyuges pudo capacitarse profesionalmente y obtener así una ventaja de contenido patrimonial —pues favorece una mejor inserción en el mercado laboral—, en desmedro del otro cónyuge, quien relegó su desempeño laboral o profesional por dedicarse al cuidado del hogar y de la familia, resultará procedente fijar una compensación económica en su favor, ya que el rol desempeñado durante el matrimonio y el posterior divorcio implicó un desequilibrio económico en su perjuicio.

Se trata entonces de una figura jurídica cuya configuración requiere la concurrencia de varios aspectos fácticos, que —reitero— solo se tornará procedente ante la comprobación de tales circunstancias, las cuales, a su vez, podrán funcionar como pautas de cuantificación.⁽¹³⁾

Resulta necesario resaltar que la procedencia de la compensación económica es completamente ajena a los motivos que provocaron la ruptura de la convivencia, sea matrimonial o no. Ello, señala Azpiri,⁽¹⁴⁾ ha sido cuestionado

(12) Ver *Código Civil y Comercial de la Nación. Proyecto del Poder Ejecutivo de la Nación redactado por la comisión de Reformas designada por decreto 191/2011*, op. cit., p. 559.

(13) Pautas de carácter enunciativo que establece el Proyecto en el art. 442 (para el divorcio) y el art. 525 (para las uniones convivenciales).

(14) AZPIRI, JORGE, "Aproximación a la pensión compensatoria", en *RDF*, Abeledo-Perrot, 2001-19-65 (citar Abeledo-Perrot N°: 0029/000057).

en la doctrina española —en las primeras épocas de introducción de la figura en el derecho español— tildando de “poco razonable” una solución legal que facilite la concesión de una “pensión” a quien, por ejemplo, hubiera abandonado maliciosamente a su cónyuge, incumpliendo sus obligaciones o, incluso, hubiera maltratado o violentado al mismo.

Sin embargo, siguiendo a Azpiri,⁽¹⁵⁾ tal razonamiento no logra desligarse del concepto de culpa en el divorcio:

Parece desprenderse de tal pensamiento que el culpable debe sufrir las consecuencias de su comportamiento más allá de las sanciones que son propias de su declaración de responsable de la ruptura. Es verdad que puede haber un cónyuge que actúe de una manera flagrante en contra de sus deberes matrimoniales pero también es imprescindible reconocer que alguna responsabilidad le tiene que haber correspondido al otro esposo, cuanto menos por haberse equivocado al elegir al cónyuge, por lo que tal responsabilidad les cabe a ambos. Además, es sabido que muchas veces el comportamiento de uno de los cónyuges que implica el incumplimiento de un deber matrimonial no puede ser demostrado judicialmente por la privacidad en que se lleva a cabo o por la insuficiencia de las pruebas que es posible aportar, por lo que la realidad judicial no siempre coincide con la auténtica responsabilidad de la ruptura. La tendencia legislativa actual a otorgar efectos de la separación con independencia de la conducta de los cónyuges comporta una manera objetiva de dar solución a las consecuencias del conflicto sin dedicarse a desentrañar las responsabilidades internas y así surge de la regulación que se le ha dado en España a la pensión compensatoria.

En España se ha definido a la pensión compensatoria como “la cantidad periódica que un cónyuge debe satisfacer a otro tras la separación o el divorcio, para compensar el desequilibrio padecido por un cónyuge (el acreedor), en relación con el otro cónyuge (el deudor), como consecuencia directa de dicha separación o divorcio, que implique un empeoramiento en relación con su anterior situación en el matrimonio”.⁽¹⁶⁾

(15) AZPIRI, JORGE, “Aproximación a la pensión compensatoria”, *op. cit.*

(16) ZARRALUQUI SÁNCHEZ y EZNARRIAGA, LUIS, “La pensión compensatoria en la nueva ley del divorcio: su temporalización y su sustitución”, Sevilla, 2005 [en línea], http://www.nuevodivorcio.com/pension_compensatoria.pdf (compulsado 14/08/2012).

También como “el derecho de crédito de régimen peculiar que la ley confiere a uno de los cónyuges (frente al otro) cuando la separación o el divorcio produzca un empeoramiento económico respecto de su situación en el matrimonio, y que tiene por objeto, ordinariamente, la entrega de pensiones periódicas”.⁽¹⁷⁾ O como “Aquella prestación satisfecha normalmente en forma de renta periódica, que la Ley atribuye, al margen de toda culpabilidad, al cónyuge que con posterioridad a la sentencia de separación o divorcio se encuentre —debido a determinadas circunstancias, ya sean personales o configuradoras de la vida matrimonial— en una situación económica desfavorable en relación con la mantenida por el otro esposo y con la disfrutada durante el matrimonio y dirigida fundamentalmente a restablecer el equilibrio entre las condiciones materiales de los esposos, roto con la cesación de la vida conyugal”.⁽¹⁸⁾

Siguiendo el mismo camino, Medina define a la compensación económica 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”.⁽¹⁹⁾

Es así que la compensación económica resultará procedente en aquellos casos en que se configuren los siguientes presupuestos fácticos, que configuran los **elementos** propios del instituto:⁽²⁰⁾

a) Desequilibrio económico manifiesto. Como consecuencia directa del divorcio, la situación económica entre los cónyuges o unidos convivencialmente debe aparecer claramente desequilibrada. A su vez, comprende

(17) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL, *Derecho de Familia*, Universidad de Madrid, 1989, p. 125, citado por ZARRALUQUI SÁNCHEZ y EZNARRIAGA, Luis, *op. cit.*

(18) CAMPUZANO, *La pensión por desequilibrio económico en los casos de separación y divorcio. Especial consideración de sus presupuestos de otorgamiento*, Barcelona, Librería Bosch, 1986, p. 28, citado por ZARRALUQUI SÁNCHEZ y EZNARRIAGA, LUIS, *op. cit.*

(19) MEDINA, GRACIELA, “Compensación económica en el Proyecto de Código”, en *Revista Jurídica La Ley*, 20/12/2012, p. 1.

(20) Conforme desarrollo de MOLINA DE JUAN, MARIEL, “Compensaciones económicas en el Proyecto. Una herramienta jurídica con perspectiva de género”, en *Revista de Derecho de Familia*, n°. 57, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2012, p. 193.

tanto la situación patrimonial específica y concreta, como así también las posibilidades o habilidades de progreso económico, tal como se desarrolló más arriba.

Por otra parte, tal desequilibrio podrá presentarse en forma independiente al régimen patrimonial que se hubiera optado en el matrimonio, pues la compensación económica resulta procedente en ambos regímenes —aunque tal desequilibrio podrá constatarse con mayor facilidad en el de separación de bienes que en el de comunidad—. Además, resulta importante tener en cuenta que la compensación económica no es una herramienta destinada a lograr una equiparación patrimonial entre los cónyuges, conforme se desarrolla en detalle más adelante, al analizar la naturaleza jurídica de la institución.

Por último, a los efectos de determinar la presencia de tal desequilibrio, resulta necesario tener en cuenta las pautas establecidas para fijar la cuantía de la compensación en el art. 442 y art. 525; pues si bien brinda indicadores para establecer el monto, funcionan como elementos de constatación del desequilibrio económico entre quienes fueron cónyuges o hubieran mantenido una unión convivencial.

b) Empeoramiento de la situación de quien reclama. Pero tal desequilibrio, requiere la norma, debe además ser perjudicial para un cónyuge o unido convivencialmente respecto al otro, de tal modo que implique un empeoramiento en su situación.

Es decir, será necesario efectuar una doble evaluación: que efectivamente se presente un desequilibrio y que el mismo implique un empeoramiento de un cónyuge o conviviente respecto de otro. Porque habitualmente el divorcio —en sí mismo—, o la finalización de una unión convivencial, pueden generar una situación de desequilibrio económico con relación al nivel que se gozara durante la unión. El elemento determinante es que se presente un desequilibrio entre los cónyuges o convivientes.

Medina define:

Lo importante para precisar si corresponde establecer una compensación económica es establecer si ha existido un desequilibrio manifiesto que tenga por causa adecuada el vínculo matrimonial o convivencial y su ruptura. Por ello es vital determinar qué se entiende por desequilibrio. Este se define como un descenso en

el nivel de vida efectivamente gozado en el transcurso de la relación, con independencia de la situación de necesidad, mayor o menor del acreedor, dada la naturaleza esencialmente no alimenticia de la misma, pero teniendo en cuenta las expectativas de bienestar económico que pudiera haber creado el cónyuge solicitante con base en las condiciones bajo las que se hubiera desarrollado y conformado la vida conyugal, no debiendo entenderse como un derecho de nivelación o de indiscriminada igualación, determinando automáticamente por el hecho de contraer matrimonio.⁽²¹⁾

Luego, realiza algunas distinciones respecto de qué tipo de desequilibrio podría presentarse; una suerte de clasificación de los desequilibrios posibles. Así, distingue entre un desequilibrio de tipo perdurable, que denomina "perpetuo", de otro, más circunstancial, "coyuntural". En el primero, "las repercusiones que la convivencia produjo en la particular posición de quien lo experimenta aniquilan cualquier expectativa de abrirse camino por sí mismo y obtener sus propios recursos",⁽²²⁾ resultando entonces que no sea posible que, aún con el paso del tiempo, el cónyuge que padece este tipo de desequilibrio pueda superar tal situación. Ejemplifica con casos de personas de avanzada edad y sin instrucción suficiente, o con problemas de salud, dedicadas al trabajo del hogar, o que, teniendo a su cargo las tareas de cuidado aún a futuro, carecen de las mínimas posibilidades de obtener independencia y autonomía económica. A su vez, define al desequilibrio "coyuntural" como aquel que supone la posibilidad de ser superado en el tiempo: "se diría que las huellas de la convivencia no llegan a ser tan profundas en el proyecto vital de uno de los esposos que no puedan borrarse reemprendiendo, transcurridos unos años, el camino que se abandonó para dedicarse a la familia. El matrimonio ha supuesto 'un paréntesis en la posibilidad de acceso al trabajo'".⁽²³⁾ La duración temporal, es decir, cuánto tiempo se abonará la compensación económica, dependerá del tipo de desequilibrio producido: será por tiempo indeterminado en el primer caso y limitado temporalmente en el segundo. Sin embargo, en aquellos países en los cuales

(21) MEDINA, GRACIELA, *op. cit.*

(22) MEDINA, GRACIELA, *ibid.*

(23) *Ibid.*

se utiliza esta figura, la tendencia jurisprudencial es limitar en el tiempo la renta, establecer una finalización de la misma y tan solo en supuestos muy excepcionales reconocer el carácter indefinido de la compensación.

c) Causa adecuada en el matrimonio o unión convivencial y el divorcio o su cese. Siendo una consecuencia legal del divorcio o cese de una unión convivencial, resulta indispensable que el desequilibrio se relacione con el proyecto de vida en común y su ruptura, con el esfuerzo aportado a la vida en común en detrimento del desarrollo e independencia individual.

Por ello, el desequilibrio económico manifiesto deberá ser apreciado al momento de la ruptura de la convivencia. De allí que difícilmente resulte procedente un reclamo de compensación económica efectuado luego de una separación de hecho prolongada.⁽²⁴⁾

d) Sentencia firme o cese de la unión convivencial. En tanto consecuencia del divorcio, resulta imprescindible que el mismo se hubiera dictado para resultar procedente el reclamo de la compensación económica o, en el supuesto de haber sido acordada en el convenio regulador (ver art. 439), exigir su cumplimiento.

A los fines de otorgar mayores precisiones conceptuales, resulta necesario intentar desentrañar la naturaleza jurídica de la compensación económica.

3. Naturaleza jurídica

Definir la naturaleza jurídica de las instituciones impacta directamente en las consecuencias y efectos jurídicos en su aplicación; de allí, la importancia de clarificar de qué se trata (jurídicamente) la compensación económica.

(24) Ver sentencia del Tribunal Superior de Justicia de España (STS): "... (IV) En cuarto lugar, la sentencia no fija su atención en el momento de la ruptura de hecho, sino en el de la interposición de la demanda, cosa distinta es que tenga en cuenta este hecho. Por lo demás, en principio, y salvo circunstancias muy concretas de vinculación económica entre los cónyuges, que aquí no se concretan, no existe desequilibrio económico en las situaciones prolongadas de ruptura conyugal. Se entiende que cada uno de ellos ha dispuesto de medios propios de subsistencia y mal se puede argumentar por quien la solicita que la separación o divorcio es determinante para el de un empobrecimiento en su situación anterior en el matrimonio, situación que en el peor de los casos sería la misma, pero no agravada por la ruptura", STS 8302/2012, del 17/12/12, Id Cendoj: 28079110012012100726 [en línea], <http://www.poderjudicial.es> (compulsado 17/03/2013); criterio reiterado en STS 2879/2013, del 3/6/13. Id Cendoj: 28079110012013100295 (compulsado 28/9/13).

En los Fundamentos se señala:

Esta figura presenta alguna semejanza con otras instituciones del derecho civil, como los alimentos, la indemnización por daños y perjuicios, o el enriquecimiento sin causa, pero su especificidad exige diferenciarla de ellas. Aunque comparte algunos elementos del esquema alimentario (se fija según las necesidades del beneficiario y los recursos del otro), su finalidad y la forma de cumplimiento es diferente. Se aleja de todo contenido asistencial y de la noción de culpa/inocencia como elemento determinante de su asignación. No importa cómo se llegó al divorcio, sino cuáles son las consecuencias objetivas que el divorcio provoca. Por estas razones se fija un plazo de caducidad para reclamarlas de seis meses, computados desde el divorcio.⁽²⁵⁾

En principio, teniendo en cuenta la normativa recientemente sancionada y sus fundamentos, corresponde distinguir esta figura de otros institutos jurídicos, propios de la regulación civil.⁽²⁶⁾

3.1. Alimentos

Desde la introducción del divorcio vincular en la legislación argentina (ley 23.515), la doctrina nacional se ocupó de analizar la estrecha vinculación entre las compensaciones económicas (denominadas pensiones compensatorias) y el derecho a reclamar alimentos con posterioridad al quiebre matrimonial.

Hace varios años, Belluscio⁽²⁷⁾ explicaba:

Lo que es claro es el diferente fundamento de la obligación alimentaria y de las prestaciones compensatorias. Mientras aquella constituya el mantenimiento del deber de asistencia material más allá de la disolución del vínculo matrimonial, éstas tienden a compensar el desequilibrio patrimonial que de ella deriva. Pero

(25) Conf. el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2012, p. 560.

(26) Diferencias que gráficamente se identifican en MOLINA DE JUAN, MARIEL F. "Compensaciones económicas en el divorcio. Una herramienta jurídica con perspectiva de género", en *Revista de Derecho de Familia*, n° 57, noviembre 2012, Bs. As., Abeledo-Perrot, segunda quincena de octubre de 2012, p. 187.

(27) BELLUSCIO, AUGUSTO, "Alimentos y prestaciones compensatorias", en *La Ley* 1995-A, 1032, LLP 1995, 19.

esa neta diferencia de fundamentos tampoco implica que las consecuencias sean coherentes. Así, por ejemplo, la obligación alimentaria es esencialmente periódica pero en ciertos casos puede ser sustituida por la entrega de un capital; y las prestaciones compensatorias parecen adecuarse más a ser cubiertas por un capital pero frecuentemente se las paga de modo periódico, como si fuesen verdaderos alimentos.

Al analizar el modo en que el “viejo” Código Civil regulaba la subsistencia de la obligación alimentaria con posterioridad al divorcio, específicamente en el art. 207 derogado, Belluscio⁽²⁸⁾ se detuvo a precisar que si bien la procedencia de dichos alimentos exige revestir la calidad de inocente, las pautas a tener en cuenta para fijar la cuantía de los mismos se relacionan directamente con la noción de prestaciones compensatorias, generando una confusión casi inadvertida por los autores nacionales. Pero, destacando el valioso y original aporte de Eduardo Fanzolato⁽²⁹⁾ en esta materia, explica:

Solo Fanzolato plantea la cuestión en términos similares a aquellos que vengo de manifestar. Acepta que el derecho concedido por el art. 207 sea de carácter alimentario en el caso de separación de cuerpos, pero no cuando el matrimonio está disuelto, caso en el cual sostiene que la obligación tiene que tener otro fundamento pues sin vínculo no puede haber obligaciones derivadas de él. Por ello, afirma que se trata de una prestación compensatoria del daño injusto causado por el culpable del divorcio al inocente, que solo tiene la forma periódica de una renta alimentaria pero que se sitúa exclusivamente en el campo del derecho patrimonial, no en el del matrimonial. Asigna, pues, carácter indemnizatorio a la prestación, sin contemplar la tercera posibilidad encarada por la doctrina española, la de que no se trate de una reparación o compensación del daño sufrido, sino de una compensación de la desigualdad surgida a raíz del divorcio.

A su vez, resulta útil recordar que la doctrina nacional ya desde hace mucho tiempo señala cuáles podrían ser las alternativas que permitieran paliar las

(28) BELLUSCIO, AUGUSTO, *ibid.*

(29) Ver el interesante y pionero aporte de FANZOLATO, EDUARDO I., “Prestaciones compensatorias y alimentos entre ex cónyuges”, *op. cit.*, p. 19.

consecuencias económicas nocivas de un divorcio vincular sin imputación de culpabilidad —que prescindiera, entonces, del reconocimiento de derecho alimentario al inocente— y que hubiera optado por el régimen de separación de bienes (contexto normativo del Código Civil y Comercial). En efecto, Arianna⁽³⁰⁾ luego de reseñar las soluciones de los regímenes económicos de España, Francia e Italia —en tanto funcionaron como fuente legislativa del derogado art. 207 del Código Civil, que reconoce derecho alimentario al cónyuge que resultara inocente del divorcio— precisa que la “pensión compensatoria” (derecho español), “prestación compensatoria” (derecho francés) o “asignación por divorcio” (derecho italiano), funcionan como un remedio del desequilibrio que pudiera generarse como consecuencia inmediata del divorcio. Pero señala que, en aquellos regímenes, no se reconoce derecho alimentario posterior al divorcio en los términos del artículo indicado. De allí entonces, y previendo la incorporación de esta institución al régimen matrimonial argentino, sostiene:

Si se mantuviese el derecho alimentario para el inocente del divorcio o separación con la extensión de separación de bienes, encontrará en la cuota alimentaria una compensación por el desequilibrio que en las condiciones económicas de vida le provoca la ruptura. Pero siempre quedaría en desventaja el cónyuge culpable casado bajo el régimen de separación o los casos de divorcio por causales objetivas. Otra alternativa podría consistir en conceder la pensión compensatoria solo en los casos de separación de bienes, con abstracción del factor de imputabilidad. Por supuesto que en ese caso el cónyuge acreedor de la pensión no debería tener derecho alimentario. Por nuestra parte, partidarios de un divorcio desincriminante, preferimos la prestación compensatoria sobre bases esencialmente objetivas.

En el mismo sentido, Azpiri:⁽³¹⁾

De lo expuesto hasta aquí se desprende que la pensión compensatoria no tiene carácter alimentario porque, si bien algunas de las pautas para fijar la cuantía pueden responder a esta

(30) ARIANNA, CARLOS A., “Autonomía y orden público en el régimen patrimonial matrimonial”, en *Revista de Derecho de Familia*, Abeledo-Perrot, 1999-15-185 (citar Abeledo-Perrot N°: 0029/000272 0029/000333).

(31) AZPIRI, JORGE, “Aproximaciones...”, *op. cit.*

característica, se aplica para restablecer un desequilibrio producido como consecuencia de la ruptura matrimonial y con total independencia de la conducta y responsabilidad que puedan haber tenido las partes en ese evento.

Asimismo, luego de la reforma española del año 2005, Belluscio⁽³²⁾ sostuvo:

Ante la reforma legal francesa sobre la regulación del divorcio, Belluscio⁽³³⁾ precisaba:

En el régimen actualmente vigente, el divorcio pone fin al deber de alimentos entre los ex-cónyuges excepto en el caso de que se haya obtenido por ruptura de la vida en común. La reforma extiende la extinción del deber alimentario a todos los casos al establecer terminantemente que el divorcio le pone fin (nuevo art. 270, primer párrafo). En cambio, se amplía el régimen de prestaciones compensatorias al disponer que uno de los cónyuges puede ser obligado a entregar al otro una prestación destinada a compensar, en la medida de lo posible, la disparidad que la ruptura del matrimonio crea en las condiciones de vida respectivas.

Veamos qué criterios doctrinarios y jurisprudenciales provocó la aplicación de la figura en España, pues brindan pautas orientadoras de mucha riqueza que, probablemente, resulten de utilidad ante los planteos que se realizarán en nuestro país.

En efecto, Roca⁽³⁴⁾ explica:

... lo que hay que poner de relieve es que la naturaleza de la pensión no tiene nada que ver con el mantenimiento: el fundamento es siempre y solo el desequilibrio. Y cualquier pacto económico que acuerde compensaciones entre divorciados deberá tener como punto de referencia la necesidad de evitar este desequilibrio y nunca los alimentos. Ello deriva de la interpretación del supuesto de hecho establecido en el art. 97 del Cód. Civil que permite entender que la pensión compensatoria no tiene en nin-

(32) BELLUSCIO, AUGUSTO C., "La nueva ley española de separación y divorcio", en *La Ley* 2007-B, 1330.

(33) BELLUSCIO, AUGUSTO C., "La nueva ley de divorcio francesa", en *LL* 06/08/2004, p. 1.

(34) ROCA, ENCARNA, *Familia y cambio social (De la "casa" a la persona)*, 1ª ed., Madrid, Cuadernos Civitas, 1999, p. 145.

gún caso naturaleza alimenticia y así se ha puesto de relieve en diversas sentencias de las Audiencias provinciales (...) Por tanto no se trata de prolongar el deber de socorro y la consiguiente obligación de alimentos más allá de la disolución del matrimonio y la posible confluencia de pensiones alimenticias a ex cónyuges y cónyuge actual, sino de una compensación, cuyos elementos aparecen bastante bien definidos en las disposiciones regulatorias.

Así lo ha entendido el Tribunal Supremo de Justicia de España,⁽³⁵⁾ estableciendo la distinción entre "pensión alimenticia" y "pensión compensatoria":

2º Los alimentos y la pensión compensatoria obedecen a finalidades y causas distintas: así como los alimentos tienen como objetivo solucionar el estado de necesidad de quien los acredita, la pensión compensatoria obedece a otras razones, cuáles son las de compensar el desequilibrio que pueda producirse como consecuencia de la ruptura matrimonial. De este modo, se ha reconocido que para reclamar la pensión compensatoria no se requiere la prueba de la necesidad (SSTS de 17 octubre y 21 noviembre 2008 y 10 marzo 2009, entre otras). Es por ello que la pensión por alimentos acordada en el procedimiento de separación no puede sustituirse por una pensión compensatoria, ya que ambas instituciones obedecen a causas distintas.

3º Puede haberse pactado una pensión de alimentos para uno de ellos, pensión que va a desaparecer con el divorcio, a no ser que se haya acordado un contrato de alimentos (arts. 1791 ss. del Cód. Civil) que los cónyuges pueden pactar en virtud de su autonomía. Pero la pensión compensatoria no es un sustituto del derecho de alimentos que se va a perder por la extinción del matrimonio por divorcio, de modo que aplicando las anteriores reglas, si no existió desequilibrio en el momento de la ruptura matrimonial, no va a poder reclamarse pensión compensatoria en el divorcio.⁽³⁶⁾

(35) STS, Sala 1, 09/02/2010 [en línea], <http://www.lexfamily.es/revista.php?codigo=795>

(36) Efectuada la distinción, en el caso concreto se interpretó que en realidad el acuerdo de alimentos "ocultaba" un desequilibrio ya existente. "Por tanto no se trata de que el desequilibrio se produzca por la pérdida del derecho a los alimentos, sino que existiendo ya en el momento de la separación, había quedado oculto por el pacto de alimentos. Por ello debe

Mismo criterio es posible advertir en artículos doctrinarios españoles más recientes, como por ejemplo, el de Campo Izquierdo,⁽³⁷⁾ quien claramente distingue la naturaleza jurídica de la pensión compensatoria de los alimentos. Así, afirma:

Vemos pues cómo el legislador, para referirse a esta figura, ha utilizado distintas expresiones pues habla de pensión, de compensación o de prestación compensatoria. El utilizar una u otra expresión es importante, pues si hablamos de pensión se puede pensar que esta medida tiene en parte una naturaleza alimenticia, indemnizatoria o asistencial, lo cual ha dicho la jurisprudencia que no es así, concibiéndola como un derecho subjetivo regulado por una norma de derecho dispositivo, que no imperativo, y que actúa como reequilibrado para aquel cónyuge a quien la separación o el divorcio produzcan un desequilibrio en relación a las circunstancias económicas de que gozaba constante matrimonio y solo se acreditará cuando se pruebe la existencia de dicho desequilibrio patrimonial. Es decir, no tiene naturaleza alimenticia, pues ello implicaría que su fijación vendría predefinida por una situación de necesidad, siendo evidente que hay supuestos en que procede la pensión compensatoria, aunque ambos trabajen y tengan ingresos propios, si existe una importante diferencia económica entre ambos, a lo cual se puede añadir que la obligación de prestarse alimentos entre cónyuges desaparece con el divorcio, por lo que no sería posible su fijación en los casos de divorcio. Tampoco tiene naturaleza indemnizatoria, pues no obedece su concesión a la existencia o no de culpa en el actuar de uno de los cónyuges al cesar la conviven-

confirmarse la doctrina de esta Sala según la que el desequilibrio necesario para que nazca el derecho a reclamar la pensión compensatoria debe existir en el momento de la ruptura y no deben tenerse en cuenta, a los efectos del reconocimiento del derecho, los hechos que hayan tenido lugar entre la separación y el divorcio". Finalmente, consideró que "el derecho a la pensión compensatoria debe existir en el momento de la ruptura matrimonial, aunque se acuerde el pago de alimentos a uno de los cónyuges, sin que el momento del divorcio permita examinar de nuevo la concurrencia o no del desequilibrio y sin que la extinción del derecho de alimentos genere por sí mismo el derecho a obtener la pensión compensatoria" (ver STS, 09/02/2010, citada).

(37) CAMPO IZQUIERDO, ÁNGEL LUIS, "La pensión compensatoria", en *Boletín Derecho de Familia*, 01/11/2011 [en línea], http://www.elderecho.com/civil/pension-compensatoria_11_336805001.html

cia; ni tiene una función asistencial, pues no tiene por objeto el igualar o equiparar la situación económica o patrimonial de los cónyuges.

Las diferencias conceptuales entre ambas figuras son claras: mientras en los alimentos la situación de necesidad de quien los pretende es determinante, en la compensación económica, en principio, es irrelevante; aunque ciertamente será una pauta de consideración. Nos explicamos: si bien uno de los elementos esenciales para que se configure la compensación económica es la existencia de desequilibrio económico entre los cónyuges (que implique un empeoramiento de su situación y tenga por causa el matrimonio y su ruptura), no es necesario que tal desequilibrio implique una situación de mayor necesidad económica del ex cónyuge. Probablemente la genere, pero será uno de los factores a considerar para determinar su cuantía (situación patrimonial), no su procedencia.

Siguiendo las explicaciones de Roca:⁽³⁸⁾

En realidad, los presupuestos genéticos que dan lugar al nacimiento del derecho a la pensión existían antes de la ruptura, pero la extinción del deber de socorro aísla estas consecuencias y las hace aflorar. No se trata de que el cónyuge se encuentre en estado de necesidad, porque aunque ello ocurra, si no hay desequilibrio, no tendrá derecho a la pensión, pudiendo reclamar alimentos a quien corresponda, de acuerdo con el art. 145 del Cód. Civil. Se trata de un desequilibrio económico provocado, por tanto, por el divorcio.

En lo que aquí interesa, es claro que los alimentos están destinados a cubrir las necesidades de quien los percibe, mientras que la compensación económica pretende compensar un desequilibrio económico producido como consecuencia de la ruptura del matrimonio (sea por divorcio o nulidad matrimonial, arts. 428/429) o inclusive la finalización de la vida en común mediante una unión convivencial (art. 524), independientemente a que dicho desequilibrio genere estrictamente una situación de necesidad.

Pero, además de su conceptualización, otros efectos permiten distinguir ambas figuras. Así, los alimentos se caracterizan por su mutabilidad: se relacionan directamente con las variaciones de fortuna tanto del alimentante

(38) ROCA, ENCARNA, *Familia y cambio social (De la "casa" a la persona)*, op. cit., p. 148.

como del alimentado, variaciones que incluso pueden provocar su extinción. En cambio, en la compensación económica, el monto se determinará judicialmente teniendo en cuenta el desequilibrio económico provocado por el divorcio al momento de la ruptura. Es cierto que se establecen ciertas pautas legales, pero atendiendo exclusivamente a la existencia de un desequilibrio económico y, aun admitiendo su pago en la modalidad de cuotas mensuales, su cuantificación se mantiene ajena a las variaciones en las situaciones económicas tanto de quien debe abonarla como de quien debe recibirla.⁽³⁹⁾

Por otra parte, los alimentos son irrenunciables (pero, en tanto derecho, no así las cuotas devengadas y no percibidas). En cambio, la compensación económica, de claro contenido patrimonial, se mantiene en el ámbito dispositivo de los cónyuges, quienes podrán solicitarla o desistir de ella.

Por lo tanto, si bien la compensación económica presenta características similares a los alimentos, su naturaleza jurídica no se compadece estrictamente con la pensión alimentaria.

3.2. Indemnización por daños y perjuicios

Tal como se manifiesta en los Fundamentos, la compensación económica presenta características del tipo indemnizatorio. En efecto, una de las funciones de esta institución jurídica es la compensación a un cónyuge por los perjuicios que le pueda provocar la culminación de la convivencia matrimonial.

Pero, que su finalidad sea compensatoria, no implica su asimilación total con una indemnización, ni una derivación del sistema de responsabilidad civil, ya que en la compensación económica no tiene relevancia alguna la imputación de culpabilidad a alguno de los cónyuges, resultando suficiente la constatación de un desequilibrio económico que implique un empeoramiento de la situación de un cónyuge respecto del otro y respecto de la vida matrimonial; con causa adecuada en la ruptura matrimonial. En nada inciden las conductas de los cónyuges, diferenciándose así de cualquier supuesto de responsabilidad por daños.

Conforme la interpretación efectuada por el Tribunal Supremo de España, en un fallo del año 2009:⁽⁴⁰⁾

(39) ARIANNA, CARLOS A., "Reflexiones sobre las prestaciones post divorcio. Apuntes para una reforma", en *Revista de Derecho de Familia*, n° 52, 2011, p. 33.

(40) Sentencia Tribunal Supremo, Sala 1ª, España, STS 1130/2009, 10/03/2009, ID Cendoj 28079110012009100152, [en línea] www.poderjudicial.es

Y así lo ha interpretado el doctrinario español Campo Izquierdo:⁽⁴¹⁾

Tampoco tiene naturaleza indemnizatoria, pues no obedece su concesión a la existencia o no de culpa en el actuar de uno de los cónyuges al cesar la convivencia; ni tiene una función asistencial, pues no tiene por objeto el igualar o equiparar la situación económica o patrimonial de los cónyuges. Al respecto se pueden ver las Sentencias del TS de 17 de julio de 2009 y de 10 de marzo de 2009; o las de AP Burgos de 30 de junio de 2010 de AP Santa Cruz de Tenerife de 21 de septiembre de 2009 y de AP Valencia de 12 de febrero de 2009.

Por su parte, Encarna Roca efectúa la distinción entre resarcimiento e indemnización:

La afirmación de que se trata de un resarcimiento por concurrencia de un daño objetivo producido por la ruptura no debe llevar a entender que mi opinión es que la pensión tiene la naturaleza de responsabilidad civil; en definitiva, no se trata de una indemnización en el sentido estricto del término, puesto que el daño objetivo que constituye su supuesto de hecho viene caracterizado por consistir en la pérdida de expectativas de todo tipo que pertenecían al propio estatuto del matrimonio y que desaparecen como consecuencia del divorcio. No se trata pues de prevenir necesidades futuras: el art. 100 del Cód. Civil lo impide, sino que se trata de compensar a quien más pierde con el divorcio.⁽⁴²⁾

En rigor, utilizando herramientas propias del razonamiento económico, sostiene que "constituye una indemnización por la pérdida de los costes de oportunidad alcanzados por un cónyuge durante el matrimonio, que se extinguen como consecuencia del divorcio: mientras era eficaz, el matrimonio enmascaraba esta pérdida a través del deber de socorro; desaparecido el matrimonio, la pérdida se manifiesta con toda su crudeza y por ello debe existir la compensación".⁽⁴³⁾ Explica que, siendo posterior al divorcio y consecuencia del desequilibrio económico que este produce, para saber si existe desequilibrio y el consiguiente derecho hay que

(41) CAMPO IZQUIERDO, ÁNGEL LUIS, *op. cit.*

(42) ROCA, ENCARNA, *Familia y cambio social (de la "casa" a la persona)...*, *op. cit.*, p. 147.

(43) ROCA, ENCARNA, *ibid.*, p. 187.

determinar todas las compensaciones que recibe el cónyuge que la reclama. Por ello, entiende que también debe tenerse en cuenta el resultado de la liquidación del régimen de bienes que haya regido las relaciones económicas entre los cónyuges constante matrimonio y los pactos sobre atribución de la vivienda.⁽⁴⁴⁾

Con la recepción de esta figura jurídica en el derecho chileno —que, respecto del divorcio, posee un contexto normativo diferente al propuesto en la reforma argentina—, señala Lepin Molina⁽⁴⁵⁾ que en relación a la naturaleza jurídica de la pensión compensatoria, un sector de la doctrina de aquel país reconoce su carácter indemnizatorio, en tanto “debe notarse que la compensación económica se basa en el esquema de la responsabilidad por lucro cesante, es decir, el cónyuge que la pretende deberá probar que podía y quería desempeñar una actividad remunerada o lucrativa fuera del hogar”.⁽⁴⁶⁾ Pero también allí los autores distinguen este tipo de compensación de aquella indemnización propia del ámbito de la responsabilidad civil. En efecto, afirman:

... se habla que estas compensaciones constituirían jurídicamente una indemnización de perjuicios, por cuanto con ellas se pretende resarcir un daño consistente en un menoscabo económico de uno de los cónyuges por su mayor dedicación al cuidado de la familia y el hogar, lo que es efectivo. Sin embargo, aquí se atiende al daño producido, independiente de la culpabilidad del sujeto, requisito este último base en nuestro derecho de la responsabilidad contractual o extracontractual y sin el cual

(44) En su aporte a la construcción de una teoría respecto a la pensión compensatoria, hace ya varios años (1999), Roca afirmaba: “De estas sentencias y de otras que podríamos aportar en el mismo sentido, se deduce que la pérdida económica consecuencia del divorcio debe compensarse cuando el matrimonio haya producido una desigualdad (desequilibrio) entre las capacidades de ambos cónyuges de obtener ingresos. Y que ella ha de verse con independencia del régimen económico matrimonial, que se muestra incapaz, la mayoría de las veces, de solucionar las situaciones de desequilibrio. Por tanto, hay que compensar la pérdida de la oportunidad de obtener un trabajo sufrida por el cónyuge a quien afecte, y además, debe compensarse también la dedicación exclusiva al cuidado de la familia. En definitiva, la pérdida de los costos de oportunidad. A esta tendencia hay que unir la que admite la temporalidad desde el primer momento de las pensiones por divorcio, o a través de la técnica de la modificación de las circunstancias”, en ROCA, ENCARNACIÓN, *ibid.*, pp. 198/199.

(45) LEPIN MOLINA, CRISTIÁN L., *La compensación económica. Efecto patrimonial de la terminación del matrimonio*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2010, p. 76.

(46) CORRAL TALCIANI, HERNÁN, en Lepin Molina, Cristián Luis, *op. cit.*, p. 76.

no es jurídicamente procedente exigir la indemnización de los perjuicios ocasionados.⁽⁴⁷⁾

Descartada entonces la posibilidad del encuadre indemnizatorio clásico, es decir, aquel proveniente de la responsabilidad (sea contractual o extracontractual), el jurista chileno Lepin Molina indaga en la posibilidad de ubicar la naturaleza resarcitoria de la compensación económica en términos de la responsabilidad objetiva o por el riesgo creado, aquella que prescinde de la conducta del sujeto y se centra en el daño producido. Precisa, entonces, que la responsabilidad objetiva:

Es aquella que el legislador reserva para los casos donde una de las partes es la que crea el riesgo, por lo que debe indemnizar prescindiendo de determinar si su actividad estuvo movida por dolo o culpa; así, por ejemplo, el dueño de una empresa es responsable por los accidentes que sufran sus trabajadores, como el dueño de un vehículo lo es por los daños que ocasione en otros vehículos o en las personas.⁽⁴⁸⁾

Lógicamente, lo lleva a cuestionarse si es posible considerar al matrimonio como una actividad que genere riesgos, esto es, quién crea los riesgos. Ciertamente que la elección de un modelo matrimonial en el cual uno o ambos cónyuges opten por desarrollar uno de ellos tareas dentro del hogar y fuera del mercado laboral —o con un menor compromiso profesional o laboral—, impide considerar que uno de los cónyuges es el generador de riesgos por la decisión de ambos (expresa o tácita).

De allí entonces, enfatiza que en el actual derecho de daños no solo la noción de riesgo cobra importancia, sino que fundamentalmente resulta necesario poner en escena las consecuencias dañosas que la decisión (voluntaria) de llevar adelante un modelo matrimonial más tradicional (proveedor/dependiente) pudiera haber provocado en un cónyuge respecto al otro.⁽⁴⁹⁾

(47) VÉLIZ MOLLER, PATRICIO, en Lepin Molina, Cristián Luis, *op. cit.*, p. 77.

(48) LEPIN MOLINA, CRISTIÁN LUIS, *op. cit.*, p. 91.

(49) Respecto de la responsabilidad por daños, Lepin Molina concluye: “Así pues, la responsabilidad por daños, además de su base contractual, cuando se entra en el área de la extracontractual, tiene una primera justificación en el dolo; y una segunda en la culpa o negligencia. Más allá de estas fundamentaciones, la responsabilidad puede ser objetiva como consecuencia de la actividad del agente, que entraña riesgos singulares. Pero todavía hay una que nace de otros orígenes la protección al más débil o al que padece el mayor daño por razones de orden moral

En concreto, el daño que implica el menoscabo económico que significa la imposibilidad de realizar una actividad remunerativa o lucrativa. Y concluye que propiciar desde la ley una compensación a tal daño se fundamenta en razones de equidad “para proteger al cónyuge más débil o al que padece el mayor daño”.⁽⁵⁰⁾

En realidad, cuestionar si el matrimonio es o no una actividad riesgosa esconde una posición que no logra alejarse de la idea de la indisolubilidad matrimonial. Porque pareciera que el matrimonio resultaría riesgoso en tanto y en cuanto la legislación posibilita la salida del mismo a través del divorcio. En la medida en que se mantenga vigente un modelo relacional en el cual uno de los cónyuges obtiene la satisfacción de sus necesidades (de acuerdo a los recursos existentes en el matrimonio), no existiría riesgo ni peligro alguno para aquel que depende económicamente del otro. El problema se instala cuando se disuelve el matrimonio y ya no es posible fundar en el deber asistencial aquella dependencia. Aquello que es riesgoso no es el matrimonio, sino que el mismo finalice, es decir, el divorcio (o la nulidad matrimonial).

En rigor, sostener la aplicación de la responsabilidad por riesgo a la compensación económica se aproxima mucho a la idea asistencial, pues durante la vigencia del vínculo matrimonial, la obligación alimentaria otorga suficiente cobertura. Lo mismo sucede con la finalización matrimonial por muerte de uno de los cónyuges: la pensión por viudez sustituye el aporte alimentario conyugal. De allí que ensayando un fundamento a la “pensión compensatoria” española —no nos referimos a la naturaleza jurídica, es decir, a las características jurídicas de una institución, sino al motivo por el cual se legisla— se ha sostenido que una de las razones de la existencia de una compensación de un cónyuge en favor del otro como consecuencia del divorcio es “un modo de evitar que el ex cónyuge pase a depender de sistemas públicos de mantenimiento”.⁽⁵¹⁾

o social, que han de estar basados en la equidad”, en LEPIN MOLINA, CRISTIÁN L., *La compensación económica. Efecto patrimonial de la terminación del matrimonio*, op. cit., p. 92.

(50) *Ibid.*, p. 93. Debe tenerse presente que en el derecho chileno, el divorcio vincular implica la finalización de todo tipo de prestación alimentaria (art. 60, Ley Matrimonio Civil de Chile, cit.), con lo cual la posición de “cónyuge más débil” se torna más evidente. De todos modos la “debilidad” deriva de la dependencia económica instalada durante el matrimonio, que genera serias dificultades o imposibilidad de inserción laboral y auto sustento.

(51) ROCA, ENCARNA, “Familia y cambio social (de la “casa” a la persona)...”, op. cit., p. 191.

3.3. *Relación con el régimen patrimonial del matrimonio*

La aparición de la compensación económica en la legislación argentina no solo coincide con la regulación de la modalidad unilateral e incausada para acceder al divorcio vincular; sino también con la posibilidad legal de optar por un régimen patrimonial matrimonial de separación de bienes. Corresponde entonces analizar cuál es la relación entre ambas cuestiones, pues el principio de enriquecimiento sin causa atraviesa el tema y de allí su inclusión en este apartado referido a la naturaleza jurídica. Vayamos por partes.

En principio, la compensación económica es un efecto propio del divorcio vincular y así se ha regulado. No forma parte, entonces, de la normativa específica del régimen patrimonial matrimonial que, como tal, es un efecto del matrimonio. Todo matrimonio genera el surgimiento de su propio régimen patrimonial, pero no todo divorcio producirá, por sí solo, la procedencia de la compensación económica: requerirá la presencia de los elementos fácticos propios de esta figura (desequilibrio económico que implique un empeoramiento de un cónyuge respecto al otro y a causa de la ruptura del matrimonio).

Por otra parte, la posibilidad de opción entre el régimen de comunidad y el de separación de bienes no modifica la obligatoriedad de ciertas normas que, basadas en el principio de solidaridad familiar, resultan indisponibles para los cónyuges (art. 454).

Entre estas disposiciones comunes a ambos regímenes patrimoniales, legisladas en la sección tercera, se impone a los cónyuges el deber de contribuir a su propio sostenimiento, el del hogar y el de los hijos comunes, en proporción a sus recursos (art. 455). Esto es, cada cónyuge está obligado a su propio sustento, sin perjuicio de la obligación alimentaria mutua que cada uno de ellos contrae recíprocamente como efecto propio del matrimonio (art. 432).

Durante la convivencia matrimonial, sea cual fuere el régimen patrimonial vigente y sea cual fuera la actividad laboral que cada cónyuge desempeñe, tal deber de contribución se encontrará satisfecho en diversas modalidades. Si se tratara de un matrimonio en el cual ambos cónyuges generan ingresos por tareas laborales o profesionales remuneradas, lo será a través de tales ingresos. En cambio, si uno de ellos dedica sus esfuerzos a las tareas del hogar y cuidado de los niños, cumplirá con su deber de contribución mediante tales tareas, es decir, en especie. El otro cónyuge lo hará en dinero, apor-

tando lo necesario para solventar las necesidades de ambos, quedando así equiparado el cumplimiento de tal obligación de contribución.

Ahora bien, en este último modelo familiar, si se tratara de un matrimonio que hubiera optado por el régimen patrimonial de comunidad, al momento de la finalización del matrimonio, ambos cónyuges podrán repartir el resultante de la liquidación de aquello adquirido durante la vida matrimonial, con independencia de cuál de los cónyuges hubiera generado tales adquisiciones.

Pero si hubieran optado por la separación de bienes, nada se repartirá: cada cónyuge mantendrá en su patrimonio aquello que hubiera adquirido en función de su trabajo fuera del hogar.

En este caso, es más que evidente el desequilibrio que el desenlace matrimonial provoca al cónyuge que permaneció al cuidado del hogar realizando tareas no remunerativas que beneficiaron a ambos. Y de allí que la compensación económica funcione como un instrumento “corrector” de la injusta situación que un sistema de separación de bienes pudiera provocar.

Pero, aun en el sistema de comunidad, tal desequilibrio también podría producirse. En efecto, sin perjuicio de aquello que se hubiera podido generar y que será sometido a partición —aunque también puede resultar deficitario y que nada quede para el reparto—, quien hubiera asumido las tareas hogareñas se encuentra en situación de desventaja frente a aquel cónyuge que desempeñó tareas laborales o profesionales, pues la capacitación laboral implica un beneficio de tipo patrimonial independientemente del capital ganancial que se pudiera haber generado.

Así lo ha interpretado en Chile una sentencia del Segundo Juzgado de Familia de Santiago, del 5 de noviembre de 2007, en la cual se establece

... que la naturaleza jurídica de la institución en Chile no tiene un carácter alimenticio, sino más bien encuentra su fundamento en el carácter resarcitorio de ciertos perjuicios, ocasionados por la dedicación al cuidado de los hijos y a las labores del hogar común, y que principalmente se relacionen con las pérdidas económicas derivadas de no haber podido, durante el matrimonio, dedicarse uno de los cónyuges a una actividad remunerada, o haberlo hecho en menor medida de lo que podía y quería y los

perjuicios derivados del costo de oportunidad laboral que se refiere a las proyecciones de vida laboral futura.⁽⁵²⁾

Es decir, el desequilibrio económico que caracteriza a la compensación económica es posible que se produzca en ambos regímenes patrimoniales, siendo más evidente en el de separación de bienes,⁽⁵³⁾ pero ello no significa que, aun en el de comunidad, no pueda producirse. Y esta brecha de desigualdad es la que fundamenta la procedencia de la compensación económica en cualquier régimen patrimonial del matrimonio, en tanto es una consecuencia del divorcio y no una derivación del régimen patrimonial.

Como ejemplo de lo expuesto, el Superior Tribunal de Justicia de España, sostuvo:

Así, la situación de desequilibrio ha sido acreditada acertadamente en ambas instancias en atención a las circunstancias a las que, de modo no exhaustivo, alude el art. 97 del Cód. Civil EDL 1889/1, particularmente la duración del matrimonio (29 años), la dedicación constante de la esposa durante todo ese tiempo al cuidado de la familia, coadyuvando al éxito de su esposo, la edad de la esposa (48 años) y su falta de formación y experiencia profesional, determinante de graves dificultades para acceder al mercado laboral. Del mismo modo, ese desequilibrio conlleva además un empeoramiento de la situación de la esposa respecto de la que tenía durante el matrimonio, porque es evidente que mientras el esposo ha sido el único que ha trabajado constante matrimonio y sigue al frente del que fue el negocio familiar, la esposa, al verse privada de su formación y experiencia laboral

(52) Citado por LEPIN MOLINA, CRISTIÁN LUIS, *op. cit.*, p. 94.

(53) Circunstancia advertida ya hace más de una década por Fanzolato: "Cierto es que, en Argentina, el régimen de comunidad relativa y el principio de ganancialidad mitigan la carencia de este instrumento jurídico; pero, si se llegara a introducir un sistema separatista, la regulación de las prestaciones compensatorias se impondría como una exigencia ineludible. El régimen de separación, sin correctivos compensatorios, a la hora de disolverse el matrimonio, puede provocar situaciones de aprovechamiento indebido que repugnan a la conciencia y a la equidad". Y refiriéndose al Proyecto de Reformas del Código Civil del año 1998, sigue: "Por eso nos parece desacertado e imprudente que el proyecto de nuevo Código Civil argentino (que regula el régimen de separación) omita la reglamentación de las adecuadas prestaciones compensatorias que, si bien no han sido concebidas pensando solo en los regímenes separatistas, constituyen el instrumento jurídico más apto para contrarrestar las fallas de este sistema, equilibrando la situación de las partes, después del divorcio", en FANZOLATO EDUARDO I., *Prestaciones compensatorias...*, *op. cit.*, p. 76.

por el cuidado de la familia, coadyuvando al éxito profesional del esposo, se encuentra en desventaja respecto del mismo a la hora obtener un empleo que le permita mantener el patrimonio que le fue adjudicado con la liquidación o incluso incrementarlo con los rendimientos de su trabajo, lo que por el contrario sí que puede hacer el recurrente, al constar unos ingresos de unos 22 millones de pesetas anuales solo por ese concepto. A la hora de apreciar los presupuestos de la pensión, no resulta en modo alguno relevante que solo en el último año la economía conyugal se rigiera por el régimen de separación de bienes pues ni la adopción de este régimen resulta incompatible con el derecho a pensión, ni la disolución y liquidación del régimen legal de gananciales que venía rigiendo es incompatible con la generación del desequilibrio, en tanto siguió subsistiendo el matrimonio y la convivencia, y la esposa no recibió más que la mitad de lo que legalmente le correspondía, pero no la compensación por el desequilibrio que le produjo la ruptura y que, más allá de que le correspondieran bienes en igual valor que los de su marido, viene determinado por el hecho de haber dedicado 29 años de su vida a la familia y a subvenir con su dedicación a los éxitos económicos y empresariales de su esposo, y por el hecho de que, al separarse, su falta de experiencia y formación profesional, junto a su edad, la sitúan en desventaja frente al marido, al no tener la esposa otro patrimonio que el recibido, pero con dificultad de administrarlo adecuadamente o de incrementarlo con su trabajo, como ha quedado dicho.⁽⁵⁴⁾

(54) STS España, 10/3/2009 [en línea], <http://www.poderjudicial.es>, consulta 16/10/2012); criterio reiterado por Roca Trías en STS de España, STS 3066/2012, del 08/05/2012: "De aquí cabe deducir que el hecho de que un matrimonio haya regido sus relaciones económicas por un régimen de comunidad o uno de separación no es un factor que origine por sí mismo el derecho a obtener o no pensión compensatoria. Solo lo causará el desequilibrio producido como consecuencia de la separación o el divorcio, si bien entre los parámetros a tener en cuenta para fijar la concurrencia de desequilibrio, debe también incluirse el régimen de bienes. Cuando los cónyuges se encuentren en separación de bienes, debe demostrarse que la separación o el divorcio producen el desequilibrio, es decir, implican, un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, a los efectos de la reclamación de la pensión, del mismo modo como se exige cuando se rigen por un régimen de bienes distinto. De ello cabe deducir que el régimen no es determinante del desequilibrio, sino que constituye uno de los factores a tener en cuenta para fijarlo y por ello cabe la pensión compensatoria tanto en un régimen de comunidad de bienes, como en uno de separación" [en línea], <http://www.poderjudicial.es>, consulta 16/10/2012.

En relación al régimen patrimonial de separación de bienes, la compensación económica prevista en este art. 441 tampoco tiene por objetivo funcionar como un instrumento de igualación patrimonial,⁽⁵⁵⁾ pues justamente es de la esencia de este régimen patrimonial el mantener independizados ambos patrimonios.

En el derecho español, en cambio, se optó por un sistema que facilita cierta igualación, a través de otro instituto. En efecto, además de regular las prestaciones compensatorias en el art. 97 del Cód. Civil español—fuente directa del art. 441 del Código Civil y Comercial— se dispone otra figura específica y propia del régimen patrimonial de separación de bienes, denominada compensación por trabajos en el hogar.

Así, el art. 1438 (Cód. Civil español) establece: “Los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio. A falta de convenio, lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos. El trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación”. También el Código Civil de Cataluña contiene una norma similar.⁽⁵⁶⁾

(55) Conforme lo reitera la STS España, del 25/11/2011: “Se ha dicho repetidamente por esta Sala que la pensión compensatoria está concebida en la ley como un medio para evitar el desequilibrio producido en uno de los cónyuges por la separación o el divorcio, pero ello no implica que sea un medio para lograr la igualación entre los cónyuges (STS 864/2010, de 19 enero, entre otras). Debe comprobarse si este desequilibrio sigue manteniéndose, o bien, en los casos en que sea aplicable el art 100 del Cód. Civil, si han desaparecido las circunstancias que lo motivaron y por tanto, desaparece la razón de ser de la pensión.

En el presente supuesto, se ha probado la actividad laboral de la Sra. María Purificación, que mantiene un nivel de vida suficiente y adecuado y que, si bien no es igual al de su esposo, ello no significa que deba serle equiparada, ya que el principio de dignidad contenido en el art. 10 CE debe servir de argumento para justificar la independencia económica de los cónyuges una vez extinguido el matrimonio, a salvo los casos previstos en el art. 97 del Cód. Civil” [en línea], <http://www.lexfamily.es/revista.php?codigo=980>, consulta 16/10/12.

(56) Cód. Civil Cataluña, ARTÍCULO 232-5. Compensación económica por razón de trabajo. 1. En el régimen de separación de bienes, si un cónyuge ha trabajado para la casa sustancialmente más que el otro, tiene derecho a una compensación económica por esta dedicación siempre y cuando en el momento de la extinción del régimen por separación, divorcio, nulidad o muerte de uno de los cónyuges o, en su caso, del cese efectivo de la convivencia, el otro haya obtenido un incremento patrimonial superior de acuerdo con lo establecido por la presente sección. 2. Tiene derecho a compensación, en los mismos términos establecidos por el apartado 1, el cónyuge que ha trabajado para el otro sin retribución o con una retribución insuficiente. 3. Para determinar la cuantía de la compensación

Las diferencias entre ambas figuras son varias y, por ello, son compatibles, pudiendo resultar ambas procedentes. Esta compensación por los trabajos realizados en el hogar —o en beneficio de un cónyuge sin remuneración o siendo la misma deficiente— es específicamente prevista como consecuencia del régimen de separación de bienes y solo procedente ante matrimonios que hubieran optado por este sistema patrimonial. En cambio, la prestación económica propiamente dicha es un efecto de todo matrimonio, incluso de aquél que hubiera optado por el sistema de comunidad.

La compensación económica, por razón de trabajo en el hogar y dentro del régimen de separación de bienes, se impone como

... un mecanismo que trata de paliar la desigualdad entre los esposos que puede producirse en el régimen de separación absoluta. La función social de la institución es, por tanto, procurar la compensación de un perjuicio patrimonial, derivado de una actividad realizada por uno de los cónyuges, basada en la buena fe y en el principio de confianza —la estabilidad de la convivencia— que, en un momento determinado, se ve defraudada por la crisis matrimonial. En definitiva y como regla, a partir de ahora se aplica a todos los casos de liquidación del régimen de separación. Es una medida que determina que el “régimen de separación” es de separación pero menos.⁽⁵⁷⁾

Sería una forma de proteger al cónyuge de su propia autonomía (al optar por un sistema de separación de bienes) que, de mantenerse a ultranza, en un contexto diferente al que se consideró al momento de celebrarse el acuerdo

económica por razón de trabajo, debe tenerse en cuenta la duración e intensidad de la dedicación, teniendo en cuenta los años de convivencia y, concretamente, en caso de trabajo doméstico, al hecho que haya incluido la crianza de hijos o la atención personal a otros miembros de la familia que convivan con los cónyuges. 4. La compensación económica por razón de trabajo tiene como límite la cuarta parte de la diferencia entre los incrementos de los patrimonios de los cónyuges, calculada de acuerdo con las reglas establecidas por el art. 232-6. Sin embargo, si el cónyuge acreedor prueba que su contribución ha sido notablemente superior, la autoridad judicial puede incrementar esta cuantía. 5. En caso de extinción del régimen de separación por muerte, el cónyuge superviviente puede reclamar la compensación económica por razón de trabajo como derecho personalísimo, siempre y cuando los derechos que el causante le haya atribuido, en la sucesión voluntaria o en previsión de su muerte, o los que le correspondan en la sucesión intestada, no cubran el importe que le correspondería” (el destacado me pertenece).

(57) MIRALLES GONZÁLEZ, ISABEL, *La compensación económica por razón de trabajo en el Libro segundo del Código civil de Cataluña: algunas cuestiones civiles y fiscales en Indret 1/12*, Barcelona, 2012 [en línea], http://www.indret.com/pdf/871_es.pdf

de separación de bienes, provocaría una situación inequitativa que la legislación no tolera, otorgando un instrumento para evitar un resultado injusto.⁽⁵⁸⁾

Esta compensación —específica del sistema de separación de bienes— pretende corregir desequilibrios pasados, o sea, la situación de desigualdad patrimonial que genera la disparidad en la dedicación de los cónyuges al hogar. Por su parte, la prestación compensatoria intenta equilibrar hacia el futuro, es decir, facilitarle las cosas a aquel cónyuge que se encuentra en mayores dificultades para lograr su propia autonomía luego de la finalización del matrimonio.⁽⁵⁹⁾

(58) A raíz del dictado de la sentencia "Radmacher v. Granatino", por la Supreme Court de Inglaterra (24/01/2010), se ha sostenido: "La revisión del contenido del acuerdo, que en la mayoría de los casos será la fase más importante, es en gran medida la segunda fase, la de la 'equidad sustantiva' o de 'incoherencia de resultados'. Mientras que aquí las circunstancias en el momento de la conclusión del acuerdo todavía pueden tener un impacto, esta fase no se centra en la protección de la autonomía. Por el contrario, incluso si el acuerdo se firmó libremente, con pleno conocimiento y de manera autónoma, ahora podría ser anulado o revocado por el tribunal si el resultado del mismo, en las circunstancias actuales, se considera abusivo. Por lo tanto, en cierto modo, estamos protegiendo al cónyuge respecto de la autonomía, es decir, de los resultados a qué puede conducir su decisión autónoma", SCHERPE, JENS M., "Los acuerdos matrimoniales en Inglaterra y Gales tras Radmacher v. Granatino", en *Indret 2/12*, Barcelona, abril 2012 [en línea], http://www.indret.com/pdf/890_es.pdf

(59) Dos sentencias del Superior Tribunal de Justicia de Cataluña pueden brindar mayor claridad a la relación entre ambas instituciones: "STSJ Cataluña, Secc. 1ª, 14/4/2003 (RJ 2003\4579; MP: Guillermo Vidal Andreu): "La indemnización compensatoria en manera alguna puede confundirse con la pensión compensatoria que prevé el art. 84 CF. La primera es un elemento corrector para salvar la desigualdad patrimonial entre los cónyuges al disolverse el régimen económico matrimonial de separación de bienes por sentencia de separación judicial, nulidad o divorcio, dado que aquél régimen no supone comunicación alguna entre las masas patrimoniales de uno y otro cónyuge. Es en definitiva una norma de liquidación de bienes en casos de crisis del matrimonio y así es tratada en la Sección Primera del Capitol 1 del Títol III del Codi. La segunda en cambio, residenciada en el Títol III del Codi, que está dedicado a el sefectes de la nul·litat del matrimoni del divorci i de la separació judicial, tiene su núcleo en la debilitación económica que puede sufrir uno de los cónyuges a consecuencia de la disolución matrimonial respecto a la situación o estatus que mantenía constante el vínculo". Y La STSJ Cataluña, Secc. 1ª, 30.6.2005, FJ 2º (RJ 2005\4954; MP: Guillermo Vidal Andreu), siguiendo anteriores, señaló: "La naturaleza jurídica de esta compensación, que surge como correctivo del régimen de separación de bienes, fue ya glosada en nuestra primera sentencia de 31 de octubre de 1.998 (en relación con el análisis de los artículos 23 de la Compilació de Dret Civil de Catalunya, redactado por Ley del Parlamento catalán 6/1993, de 30 de septiembre, y 97 del Código Civil, según Ley 30/1981, de 7 de julio, análogos a los actuales) y en ella se decía: "La pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil tiende a eliminar desequilibrios futuros mientras que el artículo 23 de la Compilación compensa desequilibrios pasados, corrige una situación de desigualdad patrimonial generada durante el matrimonio por mor de la dedicación de uno de los cónyuges a la casa o al trabajo del otro cónyuge sin retribución o con retribución insuficiente. El art. 97 del Código civil pretende atenuar el descenso económico que puede sufrir uno de los esposos comparando su situación constante matrimonio y aquélla en que quedará

Ahora bien, más allá del ejemplo catalán, en la aplicación del Código Civil español la configuración de la compensación por trabajos en el hogar no exige, como requisito, que el otro cónyuge haya incrementado su patrimonio. Así, conforme Encarna Roca, en una sentencia del Superior Tribunal de Justicia español:⁽⁶⁰⁾

La reforma del Código civil EDL 1889/1 que tuvo efecto por ley 11/1981, de 13 mayo EDL 1981/2521, introdujo el art. 1438 del Cód. Civil EDL 1889/1 en la regulación del régimen de separación de bienes, que pueden pactar los cónyuges o que se aplica en aquellos supuestos previstos en el art. 1435 del Cód. Civil. EDL 1889/1. Esta norma contiene en realidad tres reglas coordinadas y que hay que tener en cuenta de forma conjunta en el momento de decidir en este tipo de asuntos: 1ª Regla: la obligación de ambos cónyuges de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio. La separación de bienes no exime a ninguno de los cónyuges del deber de contribuir. 2ª Regla: puede contribuirse con el trabajo doméstico. No es necesario, por tanto, que ambos cónyuges aporten dinero u otros bienes para sufragar las cargas del matrimonio, sino que el trabajo para la casa es considerado como una forma de aportación a los gastos comunes, cuando uno de los cónyuges solo tiene posibilidades de contribuir de esta manera y ello para que pueda cumplirse el principio de igualdad del art. 32 CE. EDL 1978/3879. 3ª Regla. El trabajo para la casa no solo es una forma de contribución, sino que constituye también un título para obtener una compensación en el momento de la finalización del régimen. Cómo debe interpretarse esta compensación es el objeto de este recurso en interés casacional.

Y, en el contexto normativo español, en el cual conviven ordenamientos jurídicos que no exigen todos ellos que efectivamente un cónyuge se hubiese enriquecido a costa del otro, se concluye:

después de la separación o el divorcio. El art. 23 de la Compilación compara los patrimonios de ambos cónyuges y pretende corregir el enriquecimiento injustificado de uno de ellos como consecuencia del trabajo no compensado del otro" "(FJ 2n.)". Sentencias citadas por MIRALLES GONZÁLEZ, ISABEL, "La compensación económica por razón del trabajo...". *op. cit.*, p. 6.

(60) STS España, EDJ 2011/146921, del 14/07/2011, n° 534/2011, rec. 1691/2008 Pte: Roca Trías, Encarnación [en línea], <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es>, consulta: 16/10/2012.

Para que uno de los cónyuges tenga derecho a obtener la compensación establecida en el art. 1438 del Cód. Civil EDL 1889/1 será necesario: 1° que los cónyuges hayan pactado un régimen de separación de bienes; 2° que se haya contribuido a las cargas del matrimonio solo con el trabajo realizado para la casa. Deben excluirse, por tanto, criterios basados en el enriquecimiento o el incremento patrimonial del otro cónyuge que no pueden tenerse en consideración cuando uno de ellos ha cumplido su obligación legal de contribuir con trabajo doméstico.⁽⁶¹⁾

En el Proyecto, sin embargo, se ha optado por regular solo la compensación económica en los términos del art. 441 (similar al art. 97 del Código Civil español) y como consecuencia del divorcio, evitando introducir una herramienta que pudiera distorsionar el régimen de separación de bienes (propia del régimen patrimonial matrimonial). Ello, sin dejar de ofrecer un instrumento que otorgue una protección equitativa a aquel cónyuge que a raíz del divorcio se encuentra en una situación desventajosa respecto al otro.

3.4. Enriquecimiento sin causa

Para definir la naturaleza jurídica de las compensaciones económicas, se ha recurrido también a un tradicional instituto jurídico, como el enriquecimiento sin causa, que implica la constatación de un enriquecimiento en una de las partes a costa del empobrecimiento de la otra, sin causa justa de justificación ni acción específica para obtener protección a tal situación. Resultaría entonces procedente la *actio in rem verso*, para obtener la restitución de lo injustamente pagado.⁽⁶²⁾

Así, se ha entendido que, por ejemplo, el desempeño durante el matrimonio de roles exclusivamente de atención y cuidado del hogar por uno de los cónyuges posibilitó el enriquecimiento del cónyuge que pudo desarrollarse laboralmente y se benefició del esfuerzo del otro; provocando el "empobrecimiento" de quien se dedicó a las tareas hogareñas.⁽⁶³⁾

(61) STS España, EDJ 2011/146921, del 14/07/2011, n° 534/2011, rec. 1691/2008 Pte: Roca Trías, Encarnación [en línea], <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es>

(62) LEPIN MOLINA, CRISTIÁN L., *La compensación económica...*, op. cit., p. 82.

(63) Ver PIZARRO WILSON, CARLOS, en Lepin Molina, Cristián Luis, *ibid.*, pp. 82/83.

Corresponde efectuar dos observaciones, una de ellas ya esbozadas en el punto anterior, al analizar la relación de esta figura con el régimen patrimonial por el cual hubieran optado los cónyuges.

En efecto, ambos esposos están obligados a contribuir a su propio mantenimiento, el del hogar y el de los hijos comunes, en la medida de los recursos de cada uno. ¿De qué modo es posible cumplir con esta obligación? Pues a través del trabajo realizado dentro del hogar, es decir, las tareas domésticas de atención de la familia, ya que expresamente el art. 455 del Proyecto lo admite.⁽⁶⁴⁾ Esta es la misma solución ofrecida por otros ordenamientos jurídicos, por el ejemplo el Código de Familia de El Salvador, que tanto establece la obligación conjunta de mantenimiento del hogar, como el deber de cooperación entre los esposos.⁽⁶⁵⁾ Por lo tanto, la diferenciación de roles en el matrimonio y su incidencia en el quiebre matrimonial, en sentido estricto no produce un enriquecimiento sin causa o injusto, sino que evidencia una injusticia ínsita, “oculta” durante la vida matrimonial.

Y ello nos lleva a la segunda observación, que claramente efectúa el español Zarraluqui Sánchez,⁽⁶⁶⁾ quien señala que en realidad la noción de

(64) “Artículo 455. Deber de contribución. Los cónyuges deben contribuir a su propio sostenimiento, el del hogar y el de los hijos comunes, en proporción a sus recursos. Esta obligación se extiende a las necesidades de los hijos menores de edad, o con capacidad restringida, o con discapacidad de uno de los cónyuges que conviven con ellos.

El cónyuge que no da cumplimiento a esta obligación puede ser demandado judicialmente por el otro para que lo haga, debiéndose considerar que el trabajo en el hogar es computable como contribución a las cargas”.

(65) Código de Familia (El Salvador): “ARTÍCULO 38. Los cónyuges deben sufragar en proporción a sus recursos económicos, los gastos de la familia. Si uno de ellos no tuviere bienes ni gozare de emolumento alguno, el desempeño del trabajo del hogar o el cuidado de los hijos se estimará como su contribución a tales gastos, con el mismo significado que las aportaciones del otro. Si alguno de los cónyuges, por incumplimiento del otro se hubiere visto obligado a contraer deudas para sufragar los gastos de la familia, este será solidariamente responsable de su pago. El juez, en este caso podrá moderar la cuantía de los gastos, atendiendo a las condiciones de vida de la familia y a la razonabilidad de los mismos”.

Código de Familia (El Salvador): “ARTÍCULO 39. Ninguno de los cónyuges podrá limitar el derecho del otro a desempeñar actividades lícitas o a emprender estudios o perfeccionar conocimientos, y para ello deben prestarse cooperación y ayuda, cuidando de organizar la vida en el hogar, de modo que tales actividades, perfeccionamiento o estudios no impidan el cumplimiento de los deberes que este Código les impone. El trabajo del hogar y el cuidado de los hijos, serán responsabilidad de ambos cónyuges”.

(66) ZARRALUQUI SÁNCHEZ y EZNARRIAGA, LUIS, *La pensión compensatoria en la nueva ley de divorcio: su temporalización y sustitución*, p. 4 [en línea] www.nuevodivorcio.com/pensioncompensatoria.pdf

“enriquecimiento injusto” puede resultar útil, no para definir su naturaleza jurídica, sino para explicar el fundamento de la incorporación a los distintos ordenamientos jurídicos de las “pensiones compensatorias”.

De allí, entonces, que para la pregunta ¿por qué debe existir una compensación de un cónyuge a favor del otro? El autor ofrece una respuesta posible porque “El enriquecimiento injusto de una persona implica, por definición, el empobrecimiento injusto de otra, y una relación de causa a efecto entre ambos fenómenos”, aunque admite que pueden darse supuestos en que no se presente necesariamente tal relación. Deviene así insuficiente la sola presencia de un enriquecimiento/empobrecimiento, ya que resulta necesario que esta diferencia entre ambos cónyuges sea **injusta**, introduciendo un nuevo elemento: la equidad.

Entonces, en su interpretación el fundamento de la procedencia de las “prestaciones compensatorias” radica en definitiva en la **equidad**:

La realidad es que la equidad justifica la obligación; cimenta la utilización de elementos dispares no económicos, sino morales, para su cuantificación; permite la sucesión en la deuda, con limitaciones en la legítima, proporcionando una nota de orden familiar, excediéndose de la conyugal; debe exigir la contribución del acreedor para mitigar el efecto del desequilibrio, mediante, entre otras conductas, la búsqueda de los medios para adquirir una independencia económica; autoriza la extinción por nuevo matrimonio o convivencia semejante a la conyugal; y evidencia la aplicabilidad de la culpa exclusiva del acreedor en la quiebra del matrimonio o en el desequilibrio económico, para exonerar de la obligación a la otra parte.⁽⁶⁷⁾

(67) En realidad, Zarraluqui Sánchez no logra desprenderse totalmente de la visión subjetiva, que valora las conductas de los esposos que provocaron el quiebre, y esta visión se “cuela” en su explicación: “Es más interesante la aplicación del principio, correlativo al anterior, del empobrecimiento injusto, nosotros, el de *neminem laedere*; y el principio que unificaría todas las obligaciones que se contraen sin convenio, el de empobrecimiento injusto, cuyo concepto ‘es más amplio que el de enriquecimiento injusto’. El enriquecimiento injusto de una persona implica, por definición, el empobrecimiento injusto de otra, y una relación de causa a efecto entre ambos fenómenos. Pero puede haber también empobrecimientos injustos sin contrapartida; o al menos donde no importe si ha habido o no un enriquecimiento simultáneo para alguien. De cualquier forma, este empobrecimiento necesitará para justificar el derecho a una pensión a cargo de otro, el componente de injusticia que le califica y una razón que haga recaer en el otro cónyuge la obligación de compensar este empobrecimiento. No debe ocultársenos que este mismo principio básico del Derecho puede ser el fundamento de justamente lo contrario y

A similar conclusión arriba Fanzolato:

Como la atribución no puede hallarse en un factor subjetivo (porque no hay determinación de culpabilidades) la adjudicación se funda en un principio objetivo de equidad o solidaridad compulsiva que impone la carga de compensar la disparidad al sujeto que está en mejores condiciones para soportarla. En otras palabras: cuando el divorcio se prolonga en una desmejora originada a uno de los consortes, que ve disminuido su estándar de vida con relación al que gozaba antes del pronunciamiento (o durante la vida conyugal), al Derecho no le resulta indiferente ese desmedro sino que 'toma razón' de la disparidad suscitada y (siendo improcedente la imputación subjetiva al no haber antijuridicidad en las conductas), valiéndose de un fundamento moral de justicia distributiva, adjudica la compensación a quien tiene mayores recursos para asumirla. La ley 'endosa' la reparación al cónyuge que está en mejor estado patrimonial para cargar con el daño y, con tal propósito, reglamenta una especial prestación compensatoria (de pago único, fraccionado o periódico) con la finalidad de reequilibrar la situación económica que se desenchajó a consecuencia del divorcio.⁽⁶⁸⁾

3.5. Naturaleza jurídica "circunstancial"

Se han esbozado posiciones que sostienen el carácter especial de la naturaleza jurídica de las compensaciones económicas; especialidad basada en las circunstancias que justifican su procedencia. Así, algunos autores dan prioridad a las características de tipo funcional de este instituto jurídico y varían su naturaleza jurídica en relación a las causas que las originaron en cada caso concreto: si el criterio de otorgamiento se basó en la ausencia de desarrollo laboral del cónyuge beneficiario durante el matrimonio,

convertirse en un óbice para el nacimiento del derecho a la pensión. Si llegamos a la conclusión de que el cónyuge que sufre el desequilibrio por la separación o el divorcio, es el causante —incluso doloso, o más aún, delictivo, atentando contra la vida del otro— de la ruptura, su enriquecimiento a través de la compensación debería ser calificado de gravísimamente injusto y, consiguientemente, este derecho no podría ver la luz" (los resaltados son propios), en ZARRALUQUI SÁNCHEZ y EZNARRIAGA, LUIS, *ibid.*

(68) FANZOLATO, EDUARDO I., *Prestaciones compensatorias...*, op. cit., p. 30.

es indemnizatorio; pero si fue su edad o estado de salud, entonces es de naturaleza alimentaria.⁽⁶⁹⁾

Sin embargo, es erróneo condicionar la naturaleza jurídica de cualquier instituto a los supuestos fácticos en los que se desarrolla, pues justamente analizar la naturaleza jurídica implica desentrañar las características propias de un instituto, los rasgos que permiten obtener su definición y esencia, más allá de la casuística en la cual se presente. La naturaleza jurídica es y se mantiene inalterable frente a los hechos.

3.6. Institución sui géneris

Distinto es sostener el carácter de institución sui géneris, que presenta ciertas similitudes con otras instituciones jurídicas (alimentos, indemnización de daños y perjuicios o la restitución por enriquecimiento sin causa) pero cuya diferencias respecto de ellas impiden su asimilación completa a una única institución: similares, pero diferentes. De allí que algunos autores consideran que se trata de un derecho sui géneris, consecuencia directa del quiebre matrimonial.⁽⁷⁰⁾

Es así que la figura de la compensación económica se erige como una herramienta legal que posibilita y favorece una cierta igualdad real en las condiciones y oportunidades en que cada cónyuge se encuentra una vez finalizado su

(69) Ver LEPIN MOLINA, CRISTIANLUIS, *La compensación económica*, op. cit., pp. 84/85: "Otros autores plantean que la naturaleza jurídica sería más bien variable o funcional, es decir, dependería de los criterios que sirvan para determinarla. Así, si se basa en el estado de salud o la situación patrimonial, tendría carácter alimenticio, y en algunos casos su naturaleza resultaría híbrida o compuesta (...) El profesor Eduardo Court señala 'que en principio, podríamos sostener que la compensación económica constituye una verdadera indemnización de perjuicios, fundada en el principio de enriquecimiento sin causa; en especial, si se otorga al cónyuge que no pudo desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, o solo pudo hacerlo en menor medida de lo que podía y quería, en cuyo caso se tomará particularmente en cuenta la duración de la vida en común de los cónyuges. Sin embargo, si la compensación se concede a un cónyuge únicamente en atención a su edad, a su estado de salud o a su situación previsional, esta tendrá más bien un carácter meramente asistencial. Por último, si se otorga atendiendo a la mala situación patrimonial del cónyuge beneficiario o su baja calificación (sic) profesional o a sus pocas posibilidades de acceder al mercado laboral, la compensación tendrá un marcado carácter alimenticio'. También se ha planteado que tendría una naturaleza funcional, el profesor Mauricio Tapia expresó que 'la compensación económica es —como todas las instituciones vinculadas al matrimonio— funcional a las formas de relación de cada pareja y a las diversas realidades que siguen a la ruptura. Por eso, las normas de la ley solo son en apariencia contradictorias, pues la naturaleza de la compensación económica es directamente funcional al modelo de relación que antecedió la ruptura, al 'sendero' que siguió la pareja'".

(70) Ver VELOSO VALENZUELA, PAULINA; GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, MARICRUZ; RODRÍGUEZ GREZ, PABLO, en Lepin Molina, Cristian Luis, *ibid.*, p. 86.

proyecto de vida en común, condiciones que se vieron afectadas y desequilibradas justamente a causa de dicho quiebre.⁽⁷¹⁾ En definitiva, la finalidad de la compensación económica configura su naturaleza jurídica *sui generis*.⁽⁷²⁾

Esta “herramienta”, dispuesta legalmente, ofrece la posibilidad de facilitar la construcción de un proyecto de vida autónomo de quienes, hasta el

(71) Así lo sostiene una reciente sentencia del Superior Tribunal de Justicia español (10/01/2012): “Las SSTs de 22 junio de 2011 [RC N° 1940/2008] y 19 de octubre de 2011 [RC N° 1005/2009] resumen la doctrina de esta Sala sobre la naturaleza de la pensión compensatoria, en particular, respecto del concepto de desequilibrio y del momento en que este debe producirse. Según se afirma, por desequilibrio ha de entenderse un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante matrimonio que debe resultar de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno, antes y después de la ruptura. Al constituir finalidad legítima de la norma legal colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial en una situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas respecto de las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial, es razonable entender, de una parte, que el desequilibrio que debe compensarse ha de tener su origen en la pérdida de derechos económicos o legítimas expectativas por parte del cónyuge más desfavorecido por la ruptura, a consecuencia de su mayor dedicación al cuidado de la familia, y, de otra, que dicho desequilibrio que da lugar a la pensión debe existir en el momento de la separación o del divorcio, y no basarse en sucesos posteriores, que no pueden dar lugar al nacimiento de una pensión que no se acreditaba cuando ocurrió la crisis matrimonial. De ahí que la STS de 19 de octubre de 2011 declare, en un supuesto en el que se atribuyó ‘una especie de pensión compensatoria condicionada al caso de pérdida de un trabajo en un momento posterior al divorcio’ que la hipotética pérdida de empleo, en cuanto circunstancia no existente al tiempo de la ruptura, que sobrevino después, aun en caso de ocurrir “no podría considerarse una causa de desequilibrio”. STS 627/2012, 10/01/12, IdCen- doj: 28079110012012100057 [en línea], <http://www.poderjudicial.es> (compulsado 17/03/13).

(72) Posición asumida en los Fundamentos que acompañaron el Anteproyecto de reforma elaborado por la comisión reformadora: “El Anteproyecto recepta una figura que tiene aceptación en varias legislaciones del derecho comparado, y que es coherente con el régimen incausado de divorcio; en efecto, con fundamento en el principio de solidaridad familiar y en que el matrimonio no sea causa fuente de enriquecimiento o empobrecimiento económico de un cónyuge a costa del otro, se prevé la posibilidad de que, para aminorar un desequilibrio manifiesto los cónyuges acuerden o el juez establezca compensaciones económicas (...) Esta figura presenta alguna semejanza con otras instituciones del derecho civil, como los alimentos, la indemnización por daños y perjuicios, o el enriquecimiento sin causa, pero su especificidad exige diferenciarla de ellas. Aunque comparte algunos elementos del esquema alimentario (se fija según las necesidades del beneficiario y los recursos del otro), su finalidad y la forma de cumplimiento es diferente. Se aleja de todo contenido asistencial y de la noción de culpa/inocencia como elemento determinante de su asignación. No importa cómo se llegó al divorcio, sino cuáles son las consecuencias objetivas que el divorcio provoca”; ver “Código civil y Comercial de la Nación. Proyecto del Poder Ejecutivo de la Nación redactado por la comisión de Reformas designada por decreto 191/2011, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2012, p. 559. También lo señala Molina de Juan: “El proyecto ha diseñado una figura que tiene una naturaleza ‘sui generis’ pues presenta alguna semejanza con otras conocidas en el derecho civil, como los alimentos, la indemnización por daños y perjuicios, pero no se confunde con ellas”, MOLINA DE JUAN, MARIEL, “Las compensaciones económicas en el divorcio”, en *Revista de Derecho de Familia*, n° 59, p. 143.

divorcio, mantenían un proyecto común cuyo quiebre generó un desequilibrio tanto patrimonial como de oportunidades para continuar la existencia en forma independiente.⁽⁷³⁾

Siguiendo la valoración que realiza Molina de Juan:⁽⁷⁴⁾

La solución jurídica frente a la crisis matrimonial que aporta el proyecto se enriquece con la recepción de esta nueva figura que introduce en el derecho argentino un valioso mecanismo con perspectiva de género para superar el “estigma” de tener que ‘ser alimentado’, generalmente asociado a un sistema de distribución de roles discriminatorio que impacta en mayor medida en las mujeres, principales víctimas económicas del divorcio. Su aplicación puede resultar de utilidad para evitar un cúmulo de conflictos posteriores, nacidos precisamente de esa situación de ‘dependencia’ de una cuota alimentaria por quien resultó ser el miembro económicamente más débil de la relación conyugal.

En definitiva, entiendo que se trata de un derecho reconocido en forma expresa por la ley; como efecto propio de la finalización de la vida matrimonial (sea por divorcio o nulidad del matrimonio, arts. 428 y 429 Cód. Civil), o de la vida en común (también procedente en las uniones convivenciales, art. 524 Cód. Civil), que resulta procedente en tanto se configuren los elementos exigidos por la norma en análisis (desequilibrio manifiesto que implique un empeoramiento de la situación económica de un cónyuge respecto del otro, con causa adecuada en el matrimonio o convivencia y su ruptura), una vez producido el quiebre de la vida en común, y en forma independiente al régimen patrimonial que hubiera regido durante el matrimonio; y cuya finalidad es favorecer la autovalidación y autonomía en el plan de vida individual que sigue a la ruptura de un proyecto en común.

(73) Pues ya los ex cónyuges no son más consortes, es decir, quienes comparten su suerte (ver FANZOLATO EDUARDO I., *Prestaciones compensatorias...*, op. cit.).

(74) MOLINA DE JUAN, MARIEL, “Las compensaciones económicas...”, op. cit., p. 202. Sobre la perspectiva de género como categoría de análisis en las prestaciones compensatorias, compilar también GONZÁLEZ DE VICEL, MARIELA y PERACCA ANA G., “De perspectivas y opciones. Otra mirada para analizar las prestaciones compensatorias”, en *Revista de Derecho de Familia*, 2012-I, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2011.

4. Conclusiones provisionarias

A lo largo de este artículo he intentado brindar algunas herramientas interpretativas respecto de una institución jurídica que, si bien conocida, se introduce con la reforma en el ordenamiento jurídico argentino. La doctrina nacional ya hace muchos años que se ocupa de esta cuestión y su recepción legislativa se imponía ante una reforma integral.

Sin lugar a dudas, el contenido ideológico del Código Civil y Comercial, ofrece —en el ámbito del derecho de familia— una regulación jurídica de los diversos tipos de organizaciones familiares que favorezca la igualdad real en las oportunidades, fortaleciendo justamente aquellos efectos dañinos que el ejercicio de la libertad —decidir el quiebre de un proyecto de vida en común— pudiera provocar en aquellas personas con las cuales se conformó una relación de tipo familiar. La compensación económica es un instituto jurídico que coadyuva a tal finalidad.

Ya sancionado el Código Civil y Comercial resta que una vez vigente, a través de la tarea conjunta de abogados y jueces se logre delinear esta figura, para que efectivamente funcione como una herramienta de “corrección” o ajuste de los efectos disvaliosos que pudiera provocar la finalización de un proyecto de vida en común.



Alimentos para los hijos: el camino desde la Convención de los Derechos del Niño hasta el Código Civil y Comercial de la Nación

OSVALDO FELIPE PITRAU⁽¹⁾



1. Introducción

En 1989, se suscribía la Convención Internacional de los Derechos del Niño, y más de veinte años después, en el año 2014, salía a la luz nuestro Código Civil y Comercial. Este trabajo tiene como objetivo observar qué grado de aplicación en nuestro derecho ha tenido la Convención en la materia asistencial de los hijos y cómo la Reforma ha venido a receptor sus principios básicos.

2. Los alimentos para los hijos en la Convención de los Derechos del Niño

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, fue sancionada el 20 de noviembre de 1989, siendo suscripta y receptada expresamente por la República Argentina a través de la ley 23.849.

(1) Profesor Adjunto Regular, Facultad de Derecho, UBA.

Unos años después, pasó a formar parte de la Constitución Nacional luego de la Reforma del año 1994, siendo uno de los tratados de derechos humanos enumerados en el art. 75, inc. 22.

Posteriormente, en el año 2005, la ley nacional 26.061 recepta gran parte de los preceptos que establece la mencionada Convención.

Esta explícita recepción de la Convención en nuestro derecho nacional parece aventar toda duda sobre su operatividad y aplicación concreta en nuestro sistema jurídico.

En ese sentido, esa operatividad fue reconocida por nuestra jurisprudencia que ha aplicado la Convención en múltiples oportunidades.⁽²⁾

En lo que toca a nuestra materia asistencial, la Convención en sus arts. 3º, 4º, 12 y 27, entre otros, establece las siguientes reglas específicas que deben aplicarse a los casos particulares:

- el Interés Superior del Niño tendrá consideración primordial en todas las medidas concernientes a los niños;
- todo niño tiene derecho a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social;
- los padres u otras personas encargadas del niño tienen la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida necesarias para el desarrollo del niño; y
- los Estados partes deben tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo la celebración de acuerdos internacionales, para asegurar el pago de los alimentos por parte de los padres u otras personas responsables, en particular, cuando tales personas vivan en un Estado distinto de aquel en que resida el niño;
- se garantiza al niño el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afecten.

Como puede verse, la Convención atiende cuatro aspectos centrales de la asistencia al niño: el Interés Superior del Niño, el contenido integral de la prestación, la universalidad de la obligación asistencial en cabeza de todos los que sean responsables de los niños y la participación del niño en los asuntos en los que estén sus derechos en juego.

(2) CSJN, 10/08/2010, en *Revista Derecho de Familia* 2011-III, p. 1 y ss., con nota de ÁLVAREZ FERRARI, MARÍA SILVINA, "Conflicto de derechos y otra vez la aplicación concreta del Interés Superior del Niño, como eje salvador", p. 7 y ss.; IBARLUCÍA, EMILIO A., "El 'interés superior del niño' en la Corte Suprema", en *La Ley* 2007-E, 452. En este trabajo se comentan tres fallos de la CSJN, "S., C. s/adopción", 02/08/2005; CSJN, "A., F. s/protección de persona", 13/03/2007; y CSJN, "A., C. c/ Di C., M. A. - D., G. N. s/ incidente de restitución en autos A., J. A. s/ sumario", 17/04/2007.

2.1. El niño como sujeto de derechos

La Convención viene a consagrar expresamente algo que deviene de la naturaleza: el niño es un sujeto, de modo que los modelos del niño objeto, el niño cosa, o el niño en situación irregular, entre otros modelos aparentemente proteccionistas, ceden lugar a un marco normativo donde el niño es un titular de derechos subjetivos, que ostenta la facultad moral y legal de poseer, de obrar y de exigir a los demás un determinado comportamiento para la satisfacción de sus intereses.

En este esquema jurídico, el niño ya no solo tiene capacidad de derecho sino también posee capacidad de hecho.⁽³⁾

Para muchos autores esta consideración del niño como sujeto de derecho es uno de los elementos centrales de la Doctrina de Protección Integral.⁽⁴⁾

El niño, en este marco conceptual, es un sujeto especial de derecho que requiere la representación legal de sus padres, tutores o del Estado, pero que a falta de estos, puede exigir su misma protección.

2.2. El Principio del Interés Superior del Niño

Cillero Bruñol ha definido al Interés Superior del Niño como "la plena satisfacción de sus derechos".⁽⁵⁾

La ley 26.061, cuando refiere al Interés Superior del Niño, señala en su art. 3 que este debe entenderse como la máxima satisfacción, integral y simultánea de derechos y garantías reconocidos en la ley. Este principio normativo de la ley 26.061 ha sido reflejado por la Corte en algunos de sus fallos.⁽⁶⁾

(3) GALIANO MARITAN, G., "La convención de los derechos del niño como tratado de derechos específicos de la niñez y la adolescencia", en *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, marzo 2012 [en línea] www.eumed.net/rev/cccss/19

(4) BELOFF, MARY, "Modelo de la Protección Integral de los Derechos del Niño y de la situación Irregular: Un modelo para armar y otro para desarmar", en *Justicia y Derechos del Niño, Los derechos del Niño en sistema interamericano*, Bs. As., Editores del Puerto, 2004, pp. 1/45.

(5) CILLERO BRUÑOL, MIGUEL, "El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño", Emilio García Méndez y Mary Beloff (comps.), en *Infancia, ley y democracia en América Latina*, Santa Fe de Bogotá-Bs. As., Temis Depalma, 1998, pp. 70/71.

(6) SOLARI, NÉSTOR E., "Aplicación del interés superior del niño en fallos de la Corte Suprema", en *DFyP*, septiembre 2010, p. 24.

Siguiendo la línea conceptual del art. 3 de la Convención, el Interés Superior del Niño aparece como una norma obligatoria para las instituciones públicas, las entidades privadas de bienestar social, los tribunales de justicia, las autoridades administrativas y los órganos administrativos.

Desde nuestro punto de vista, el Interés Superior del Niño alude a la totalidad de los derechos del niño, pero el vocablo "superior" hace referencia a una **prioridad, supremacía, prevalencia,⁽⁷⁾ preeminencia, privilegio**, que no puede soslayarse y que pone en relación esos intereses del niño respecto de otros intereses, los de los mayores, que en el caso de confrontación resultarán "inferiores".

En este punto, resulta interesante el debate sobre si esa prevalencia hace referencia a un "interés superior" vinculado a un concepto absoluto o a un "interés mejor", más relacionado a una comparación.⁽⁸⁾

Galiano Maritan explica que el art. 4° de la Convención establece, a su vez, el principio de "prioridad absoluta", que implica que el Estado, la familia y la sociedad deben asegurar con prioridad absoluta, todos los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes siendo esa prioridad absoluta imperativa para todos.⁽⁹⁾

En relación con la utilización efectiva del principio, para Perez Manrique el Interés Superior del Niño es un principio indeterminado, general, que se construye, en cada caso concreto, a partir de su encuadre lógico y de manera sistemática.⁽¹⁰⁾

La Corte Suprema ha receptado y aplicado el Interés Superior del Niño en sus fallos, tal como da cuenta Solari en un interesante trabajo sobre el tema.⁽¹¹⁾

(7) PÉREZ MANRIQUE, RICARDO C., "El Interés Superior del Niño en el Convenio de la Haya de 1980. Orientaciones para su interpretación", en *Revista Derecho de Familia*, n° 56, Abeledo-Perrot, 2012, p. 237.

(8) MÉNDEZ COSTA, MARIA JOSEFA, *Los Principios jurídicos en las relaciones de Familia*, Rubinzal-Culzoni, 2006, p. 318.

(9) GALIANO MARITAN, G., *op. cit.*

(10) PÉREZ MANRIQUE, RICARDO C., *op. cit.*, p. 239.

(11) SOLARI, NÉSTOR E., *op. cit.*, p. 24. En este trabajo aparecen citados numerosos fallos de la Corte tales como CSJN, "A., M. S.", 26/03/2008, en *DJ*, 2008-2-772; CSJN, "M. D. H. c/ M. B. M. F.", 29/04/2008, en *La Ley*, 2008-C, 540; CSJN, "Gallardo, Guadalupe y otros c/ Dirección

Sin embargo, a pesar de esa prestigiosa jurisprudencia, se observa en muchos otros casos, una crisis de aplicación del Principio de Interés Superior, ya que nadie niega su existencia y necesidad, pero cuando las autoridades deben resolver un conflicto de intereses entre mayores y niños, no siempre el interés de los niños es efectivamente "superior", muchas veces se enuncia, pero pocas veces se aplica en forma concreta y efectiva para los niños.⁽¹²⁾

Esa crisis de aplicación se verifica mayormente, en los procesos más comunes, como por ejemplo, en los juicios de divorcio o de alimentos, en cuyos procedimientos usualmente no se da participación a los hijos.⁽¹³⁾

En ese tipo de juicios, los hijos injustamente no son parte, aun cuando están en juego sus derechos.⁽¹⁴⁾

2.3. El principio de universalidad en la protección del niño

La Convención incorpora otro precepto esencial: los principales responsables de cubrir los derechos de los niños son sus progenitores, pero no solo ellos se encuentran obligados, sino que dicha cobertura de derechos alcanza a todos los que sean responsables de los niños, sea cual fuera su vinculación con ellos. En esta cadena de responsabilidad simultánea también se encuentra el Estado.

Este precepto privilegia la cobertura eficiente de los derechos de los niños, de modo que todos están obligados. Aun cuando haya responsabilidades primarias y secundarias, estas últimas no serían subsidiarias, sino simultáneas, por lo que en una aplicación estricta de este principio en

de Ayuda Social para el Personal del Congreso", 20/02/2007, en *DJ*, 2007-1-999; CSJN, "P, M. I.", 06/06/2006, en *DJ*, 27/09/2006, entre otros.

(12) Ver la problemática de las decisiones judiciales y el paso del tiempo en la afectación de los derechos de los niños en SCHNEIDER, MARIAL V., "El Tiempo como Factor de respeto al Interés Superior del Niño", en *Revista Derecho de Familia*, Tomo 2011-V, Abeledo-Perrot, p. 101 y ss.

(13) CSJN, 10/08/2010, en *Revista Derecho de Familia* 2011-III, p. 1 y ss. Con Nota de Álvarez Ferrari, María Silvina, "Conflicto de derechos y otra vez la aplicación concreta del Interés Superior del Niño, como eje salvador", Abeledo-Perrot, 2011, p. 7 y ss.

(14) Sobre esta problemática ver PITRAU, OSVALDO y MASCARÓ, ADRIANA, ponencia sobre "el derecho del niño a ser oído y la consideración del interés superior del niño en los procesos de divorcio", presentada en las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 1997, en la UCA, Bs. As., septiembre de 1997 y en el *Congreso Mundial de Familia*, Ciudad de Mendoza, octubre de 1998.

materia alimentaria, como lo veremos, se podría reclamar la cobertura asistencial al mismo tiempo a padres, abuelos, otros responsables del niño, e incluso al Estado.

2.4. El Principio de participación

El art. 12 de la Convención hace alusión al principio de “participación”, por medio del cual se garantiza al niño, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afecten, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones en función de la edad y madurez del niño.

El reconocimiento del niño como sujeto de derecho significa necesariamente otorgarle la debida participación integrándolo en los procesos que conciernen a su vida y su persona.

El derecho del niño a ser escuchado significa también el derecho a ser respetado en su capacidad de orientación autónoma, a comenzar con la esfera vegetativa para llegar a la esfera intelectual y moral.⁽¹⁵⁾

La valoración de la propia opinión del niño tiene una consideración importante en la proyección protectora de su persona. El niño o adolescente no es estrictamente una persona a la que se le imponen determinadas decisiones, hay que tomar en consideración su punto de vista.

En este aspecto debe destacarse que “oír al niño” no significa que él vaya a hacer un discurso adulto y comprensible para los padres o el juez, muchas veces oír al niño significa conocer cómo se siente, si está sufriendo, si se siente solo, y esta información sobre un niño pequeño deberá obtenerse a través de un abordaje interdisciplinario que tiene el mismo valor de participación que el relato racional que pudiera articular un adolescente.

El niño tiene derecho constitucional a que escuchen su voz cuando esto sea posible, pero que también escuchen su corazón cuando es muy pequeño y no puede exponer su sentir a través de un discurso maduro.

2.5. La aplicación efectiva de la Convención a la materia alimentaria en nuestro derecho vigente

En orden a promover una concreta aplicación de los principios de la Convención a la materia alimentaria, hemos propuesto, hace unos años, que se reemplace el término “alimentos” por el de “prestación asis-

(15) BARATTA, ALESSANDRO, *Infancia y democracia, derecho a tener derecho*, Santa Fe de Bogotá-Bs. As., Temis Depalma, 1998 y UNICEF, 1998, t. 4, p. 55.

tencial familiar integral”,⁽¹⁶⁾ destacando que no se trata de una simple cuestión nominal sino de promover una transformación de la concepción actual del instituto alimentario.

En ese sentido, la visión tradicional de obligación alimentaria, tiene los siguientes caracteres:

- a. se relaciona fuertemente con lo patrimonial y, particularmente, con lo dinerario;
- b. es signo de una concepción individualista;
- c. tiene un fuerte contenido paternalista y de dominación sobre el niño;
- d. en muchos casos tiene naturaleza resarcitoria;
- e. se encuentra excesivamente centrada en la figura del progenitor varón como único obligado a pagar, es muy restringida la legitimación pasiva;
- f. el pago se encuentra desvinculado de lo afectivo;
- g. el obligado usualmente no está convencido de lo justo de su obligación, no termina de entender por qué está obligado y, por lo tanto, no cumplirá con dicha carga o lo hará con un sentido de pesar y molestia más propio del **pago de los tributos**, donde no se requiere un afecto subyacente hacia el Estado beneficiario, que acompañe el cumplimiento;
- h. El hijo no participa en la formación de la prestación asistencial y no es tenido en cuenta como sujeto de derechos en esta concepción alimentaria, al punto que no es parte del proceso judicial y en las sentencias y convenios no se establecen garantías de cumplimiento de esta obligación.

El objetivo, entonces, de una adecuación del sistema alimentario a los preceptos de la Convención consiste, en primer lugar, en que se haga efectivo el cumplimiento de la prestación asistencial, pero en segundo término se busca que este cumplimiento sea **voluntario y se encuentre acompañado de un sentimiento de solidaridad y afectividad**. Este último elemento será la verdadera garantía del cumplimiento.

La idea de una **prestación asistencial familiar integral** adecuada a la Convención está alejada del concepto de obligación alimentaria del Código Civil, cuyos caracteres hemos expuesto.

En este trabajo vamos a destacar particularmente, el elemento de **universalidad asistencial** y el de **Interés Superior del Niño**.

(16) PITRAU, OSVALDO y LEMKIN, ROXANA, “El Registro de Deudores Alimentarios Morosos”, en *Revista Derecho de Familia*, n° 14, 2001, p. 278.

2.6. La universalidad asistencial para los niños

El principio de universalidad asistencial es una aplicación concreta de la preceptiva de la convención que ya hemos visto más arriba e implica que **todos los integrantes de la familia** se encuentran comprometidos con esta prestación asistencial.

De esta forma, solo habrá que establecer de qué manera cada integrante de la familia va a colaborar con los otros. Resulta de gran interés establecer estas prestaciones en los convenios o sentencias con claridad y precisión.

Por ello, si bien el padre que trabaja fuera de casa puede aportar dinero en efectivo, la madre sumará toda su tarea cotidiana en el hogar, los niños y jóvenes de la familia también explicitarán de qué manera contribuyen con la familia, a veces con dinero, a veces con importantes labores domésticas, como el cuidado de hermanos, y así también los abuelos y otros integrantes de la familia, como los afines o los mismos padrinos o madrinas, quizás sin una vinculación jurídica alimentaria específica, también reflejarán su aportes.

De esta forma, no será el varón con su dinero el único que aparezca como obligado, sensación que generaba en él un sentimiento de injusticia, que luego provocará el incumplimiento, sino que todos los integrantes de la familia realizan sus aportes, algo que no surge artificialmente para apoyar esta teoría, sino que es parte de la realidad cotidiana de nuestras familias.

A partir de esta interpretación, la demanda alimentaria podría iniciarse simultáneamente respecto de todos aquellos que se encuentran vinculados a los niños, de modo que el requerimiento a los abuelos, por ejemplo, no debería condicionarse a infinitas pruebas de imposibilidad de cumplimiento paterno, como en forma estricta o más moderada lo ha exigido nuestra jurisprudencia.⁽¹⁷⁾

2.7. El Interés Superior del Niño en materia alimentaria

Hemos visto que el Interés Superior del Niño alude a la totalidad de sus derechos y, a su vez, le otorga preeminencia a ellos respecto de los derechos de los mayores.

(17) CSJN 15/11/2005, en *La Ley*, T. 2005-F, p. 479.

Sin embargo, en materia alimentaria este principio ha tenido poca aplicación en los casos de reclamos alimentarios.

La jurisprudencia en algunos pocos casos ha aplicado la Convención para resguardar los derechos asistenciales de los niños.⁽¹⁸⁾

- a. Carencia de participación de los hijos. En principio, los hijos no son parte de estos procesos, por lo que cabe preguntarse si la homologación de un acuerdo alimentario o el dictado de una sentencia que establece una prestación asistencial para los hijos, sin que éstos, hayan participado de ese proceso, es plenamente válida y oponible a ellos.

En este supuesto, podrá responderse que esos niños estaban representados legalmente por sus padres, pero aun así, no puede descartarse que haya habido intereses contrapuestos entre los intereses de ambos padres o de uno de ellos, y los de sus hijos, por lo que esa representación también podría ser inválida en ese caso.

- b. Incumplimiento elevado y falta de garantías. El grado de incumplimiento que existe de la obligación parental alimentaria resulta muy llamativo y no deja de ser un caso de afectación grave de los derechos del niño.

La sola posibilidad de consagrar un acuerdo alimentario para los hijos o establecer judicialmente una cuota asistencial para los niños, sin que se determine una garantía de cumplimiento de esa obligación, debe hacernos presumir que no han estado debidamente protegidos los derechos de esos niños, y que sus intereses no han sido superiores a los de los progenitores.

Hay una evidente afectación de los derechos de los niños cuando los adultos, jueces y progenitores, aprovechándose de su potestad o representación legal establecen o acuerdan una obligación asistencial, para los niños, sin exigir, ni prestar garantía alguna, cuando en la casi totalidad de los contratos civiles se exigen y prestan garantías de cumplimiento, como un modo de protección de derechos.

Si a ello le sumamos el mencionado alto grado de incumplimiento habitual de la obligación alimentaria, se agrava aún más la situación para los niños, de modo que podría decirse que un convenio alimentario sin garantías genera un alto riesgo y, por tanto, afecta los intereses de los hijos beneficiarios de esa prestación.

(18) CNAC. AP. CIV., Sala H, 04/06/1998, en ED 182-105; TSJ Santa Cruz, 07/07/2010, en *Revista Derecho de Familia* 2011-II, p. 185, con nota de Donato, Alicia y Ariccia Vincent, Jaquelina, "Aspectos Sustanciales y Procesales del Derecho Alimentario", Abeledo-Perrot, 2011, p. 213.

Ese desinterés por la cobertura legal de los derechos de los hijos, que puede observarse en este tipo de convenios alimentarios, sigue reflejando la concepción del niño objeto de propiedad de sus padres, por lo que correspondería exigir determinaciones asistenciales que respeten los derechos de los hijos y que garanticen debidamente su cumplimiento como condición para su suscripción, como una aplicación concreta del Principio del Interés Superior del Niño.

3. Alimentos para los hijos en el Código Civil y Comercial

El Código Civil y Comercial viene a constituir una modificación integral del conjunto jurídico de normas civiles y comerciales.

Dentro de este marco , el derecho familiar es el que ha recibido las mayores y más profundas modificaciones .

Graciela Medina destaca en un profundo trabajo sobre esta reforma, que el derecho familiar requería una reforma orgánica por cuatro causas: “desactualización del derecho familiar con respecto a la realidad social; adecuación al nuevo plexo constitucional de 1994; desarmonía legislativa sistémica provocada por las esenciales reformas parciales producidas y finalmente, carencia de una reforma integral del régimen patrimonial del matrimonio”.⁽¹⁹⁾

El régimen jurídico de los alimentos para los hijos, ha merecido una importante atención , por lo que así, veremos algunas reformas innovadoras con la incorporación de nuevas figuras y otras modificaciones que implican ordenamientos metodológicos y adecuaciones en relación con la importante evolución jurisprudencial en esta temática.

A la luz de la nueva legislación el derecho alimentario familiar ha renovado su contenido clásico de triple fuente, —**parentesco, matrimonio y vínculo filial**—, al incorporar la figura de la **unión convivencial** y el consecuente deber legal de asistencia de los convivientes, ya sea en el sostenimiento material mutuo, como respecto del sustento alimentario de los hijos del otro conviviente, tal el caso del progenitor afín.

(19) MEDINA, GRACIELA, “Las Diez Grandes Reformas al derecho de Familia en el Proyecto de Código Civil y Comercial 2012”, [en línea] www.gracielamedina.com.ar, 2012, y en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, año 4, n° 6, julio de 2012, p. 11 y ss.

Un gran número de innovaciones aparecen en el capítulo de los **alimentos para los hijos**, donde en el marco de la responsabilidad parental, se introduce el concepto de **desarrollo madurativo** y de **autonomía progresiva** de niños y adolescentes, tanto para determinar el contenido de la cuota alimentaria, como para otorgarle legitimación al propio hijo para solicitarla, se reconoce el valor económico de las tareas de cuidado personal de los hijos, se abre la alternativa del cumplimiento de la prestación alimentaria en especie, se consagra el concepto jurisprudencial del “centro de vida” de los hijos, se admite el requerimiento judicial alimentario **simultáneo** a progenitores y abuelos, se establece la posibilidad que el juez establezca **alimentos provisorios de oficio** para un niño o adolescente, y se prevén **medidas para asegurar y garantizar** el cumplimiento de la obligación, entre muchas otras innovaciones que analizaremos a continuación.

Pero, al margen de esas reformas, la más destacable es la introducción expresa en el Código Civil del principio de **Interés Superior del Niño** y del **derecho del niño a ser oído**, por lo que puede anticiparse una bienvenida consonancia de esta Reforma con la Convención de los Derechos del Niño, que ya hemos comentado y que consagra al niño como un sujeto de derechos.

3.1. La Responsabilidad Parental

La Reforma reemplaza el concepto de Autoridad Paterna o Patria Potestad, por el de Responsabilidad Parental, y este no parece ser un simple cambio terminológico, sino que la nueva denominación del conjunto de derechos y deberes de los progenitores respecto de sus hijos, se encuentra más direccionada al principio jurídico de consideración del niño como un sujeto de derecho, ya que claramente utiliza el vocablo “responsabilidad” en lugar de “autoridad” o “potestad”.

En el art. 638, se define el contenido jurídico del instituto y enuncia los tres deberes esenciales propios de la responsabilidad parental: protección, desarrollo y formación integral, que son mucho más amplios y representativos que los tradicionales deberes de convivencia, asistencia y educación.

Es importante destacar que en el art. 639, establece los principios generales de la responsabilidad parental, que resultan importantes para definir los alcances de la obligación alimentaria parental, y estos son: **el Interés Superior del Niño**, **la autonomía progresiva del hijo**, entendiendo que a mayor autonomía va disminuyendo la representación parental y el **derecho**

del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta, según su edad y grado de madurez.

En relación específica con la materia de este trabajo, el nuevo art. 646 establece entre los deberes de los progenitores, el de “prestarle alimentos”, de acuerdo a las características psicofísicas, aptitudes y desarrollo madurativo del hijo.

El principio de **desarrollo madurativo** se encuentra asociado a la mencionada **autonomía progresiva del niño**, y al concepto de **desarrollo** antes mencionado como integrante de la responsabilidad parental.

El concepto de desarrollo del niño se encuentra claramente enunciado en el art. 6 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, así como en nuestra ley 26.061.⁽²⁰⁾

Medina destaca la importancia de introducir el concepto de capacidad progresiva en la legislación familiar.⁽²¹⁾

A partir de estos conceptos, el Código, en materia alimentaria parental se refiere a un niño que evoluciona, que está en desarrollo, que va ganando autonomía progresivamente y entonces el derecho alimentario como instituto jurídico debe reflejar ese dinamismo propio del crecimiento de un hijo.

3.2. *Obligación alimentaria parental. Alcance*

En forma específica, el art. 658 establece que la obligación alimentaria pertenece a ambos progenitores, conforme a su condición y fortuna.

Esa misma norma determina que la obligación alimentaria se extiende hasta los veintiún (21) años, excepto que el obligado acredite que el hijo mayor de edad cuenta con recursos suficientes para proveérselos por sí mismo. De esta forma, la nueva norma guarda estricta relación con la legislación vigente a partir de la ley 26.579.

3.3. *Contenido de la obligación*

El art. 659 enuncia el contenido de la obligación alimentaria parental estableciendo que comprende la manutención, educación, esparcimiento,

(20) El art. 6 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, sostiene que todo niño tiene derecho intrínseco a la vida y es obligación del Estado garantizar la supervivencia y el desarrollo. Ley 26.061, art. 7: "... El padre y la madre tienen responsabilidades y obligaciones comunes e iguales en lo que respecta al cuidado, desarrollo y educación integral de sus hijos".

(21) MEDINA, GRACIELA, *op. cit.*, pto. 6.

vestimenta, habitación, asistencia, gastos de enfermedad y los gastos necesarios para adquirir una profesión u oficio.

Esta enumeración de elementos integrantes de la obligación alimentaria es similar a la expuesta por el Código Civil vigente, la única diferencia es la inclusión de los **gastos para adquirir una profesión u oficio**.

Estos nuevos conceptos deben relacionarse con aquellos antes referidos de **desarrollo madurativo y autonomía progresiva del niño**, y exigen a los progenitores la previsión en el contenido de la cuota alimentaria actual de aquellos rubros propios de la cobertura de las necesidades futuras del hijo vinculadas a su crecimiento y, específicamente, a su futura profesión u oficio futuro.

3.4. Modo de cumplimiento

En el mismo art. 659, se establece que **“los alimentos están constituidos por prestaciones monetarias o en especie”**. Esta norma reviste una gran importancia en cuanto a la configuración de la naturaleza jurídica misma de la cuota alimentaria parental, ya que en el caso de alimentos entre parientes, el nuevo Código no utiliza esta misma estructura normativa y prefiere establecer como regla la prestación dineraria y solo como excepción la prestación en especie.

Siguiendo este razonamiento sobre la base del estudio exegético de la Reforma efectuada, podría sostenerse que la obligación alimentaria entre parientes se acerca al actual modelo de deuda dineraria, mientras que la obligación alimentaria parental se desliga de ese esquema y, eventualmente, podría consolidarse como deuda de valor.

La diversa consideración legal permite deducir que el fundamento de ambas obligaciones alimentarias es diverso, y ello justifica que puedan tener una diferente naturaleza obligacional.

Finalmente, este artículo explica que la obligación alimentaria parental se constituirá en forma proporcional a las posibilidades económicas del obligado y a las necesidades del alimentado.

3.5. Reconocimiento de tareas de cuidado personal

La Reforma introducida abandona afortunadamente la terminología de **“tenencia”**, que hemos criticado en variadas oportunidades desde hace más de veinte años, por su poca adecuación a un sujeto de derechos como el niño.⁽²²⁾

(22) PITRAU, OSVALDO, “La Guarda de Menores”, en *Revista de Derecho de Familia*, n° 4, Abeledo-Perrot, 1991, p. 47 y ss.

Se utiliza entonces, el término “cuidado personal” del niño para hacer referencia a aquella circunstancia fáctica con efectos jurídicos, que es la **convivencia** con el niño. De todos modos, el término más apropiado y representativo hubiera sido sin dudas el de “convivencia”, pero la Reforma parece haberlo reservado para su utilización casi exclusiva en el Capítulo de las **uniones convivenciales**.

Esta interesante cuestión excede el presente trabajo, por lo que nos limitaremos a decir que en el art. 660, el nuevo Código le otorga reconocimiento económico a todas las tareas que tienen directa relación con ese cuidado personal del hijo.

Sería auspicioso que este reconocimiento económico explícito de las tareas de cuidado personal que desarrolla el progenitor que convive con el niño, tuviera también en el futuro su manifestación expresa en los convenios alimentarios, así como en las sentencias que fijen las cuotas alimentarias, para que los progenitores y los propios hijos comprendan la real dimensión y alcance de la asistencia parental.

3.6. Legitimación para solicitar alimentos

La legitimación activa de la acción alimentaria se ha ampliado en el Código Unificado. La vía procesal queda habilitada cuando uno de los progenitores falte a su obligación alimentaria, y podrán iniciar la acción: el otro progenitor en representación del hijo; el hijo con grado de madurez suficiente con asistencia letrada y subsidiariamente, cualquier pariente o el Ministerio Público.

El primer punto a analizar es la legitimación en cabeza del hijo con madurez suficiente, concepto cuyo alcance no queda definido en la norma, por lo que puede presumirse que el juez deberá apreciarla en el proceso, o bien puede entenderse que se alude al denominado adolescente del art. 25, que para el nuevo ordenamiento es el menor de edad que ya ha cumplido 13 años.

Sin embargo, de haber querido referirse al adolescente del art. 25, lo habría hecho en forma directa por su denominación, sin apelar al concepto madurativo.

Sin perjuicio de un futuro debate, no caben dudas de que aquí vuelve a aparecer el mencionado concepto de “desarrollo madurativo” y de “autonomía progresiva” antes destacado como una de las innovaciones más importantes del capítulo de responsabilidad parental.

En este punto, la figura del letrado que asiste al hijo maduro es muy importante, pues será el que realizará el primer juicio de madurez del menor, ya que deberá recibir su consulta y contratar la asistencia letrada con él, sin intervención de sus padres.

La segunda cuestión interesante de este artículo es la referida a la legitimación subsidiaria de los parientes y del Ministerio Público. La subsidiariedad es una condición para habilitar esta amplísima legitimación, esto significa que ni el progenitor, ni el hijo maduro han accionado o que el hijo no ha alcanzado la madurez suficiente.

La fundamentación de esta amplísima legitimación de los parientes puede encontrarse en la figura de la **gestión de negocios** útiles para el niño, mientras que el Ministerio Público tiene a través del nuevo art. 103, la representación legal de los menores, de modo que parece acertada la solución propuesta.

3.7. Hijo mayor de edad

La Reforma extiende el derecho alimentario hasta los 21 años, en consonancia con la legislación que se encuentra vigente hasta fines de 2015, a partir de la ley 26.579.

Millán y Merlo sostienen acertadamente que esta cuestión ha dividido a la doctrina y a la jurisprudencia nacional.⁽²³⁾

Esta obligación alimentaria del hijo mayor de edad, no es aquella que surge entre los parientes, ascendientes y descendientes, y que alcanza a los mayores de edad, sino que se trata de un instituto alimentario proveniente del vínculo parental, aun cuando la responsabilidad parental ya no exista.

En el marco de ese derecho, en los casos en que el hijo sea mayor de edad, se autoriza al progenitor que convive con él a solicitarle una contribución al otro hasta que cumpla 21 años (art. 662).

La norma mencionada se refiere a "la contribución del otro", de modo que puede presumirse que no se trataría de una cuota alimentaria *strictu sensu*. Sin embargo, el propio art. 662 dice que el progenitor que convive con el hijo "puede iniciar el juicio alimentario o, en su caso continuar el proceso promovido durante la minoría de edad del hijo para que el juez determine

(23) MILLÁN, FERNANDO y MERLO, LEANDRO, "Nuevo régimen de alimentos. Particularidades de la Obligación alimentaria alcanzada la mayoría de edad", en MJ-DOC-4955-AR/ MJD4955, 28/10/2010.

la cuota que corresponde al otro progenitor". La última parte de dicho artículo es aún más explícita ya que indica que el progenitor conviviente "tiene derecho a cobrar y administrar las cuotas alimentarias devengadas".

Las tres alternativas en que puede hallarse el hijo mayor de edad, menor de 21 años, son las siguientes: que viva con ambos padres, que viva con solo uno de los padres o que no viva con sus padres.

La solución de la nueva legislación, alcanza al supuesto en que vive con uno de los dos progenitores, ya que en los otros dos casos, no se presentaría la situación de posible injusticia en relación con el progenitor que convive con el hijo mayor de edad menor de 21 años.

Esta problemática ya se presenta actualmente con la vigencia de la citada ley de mayoría de edad, y la Reforma la resuelve con la fórmula mencionada, estableciendo una contribución para el progenitor conviviente, motivada según los Fundamentos del Proyecto en la cobertura de los gastos del hogar. Así, se menciona en dichos Fundamentos que: "dado que los alimentos deben cubrir algunos gastos del hogar, el anteproyecto concede legitimación al progenitor conviviente para obtener la contribución del otro al sostenimiento de dichos gastos pues de lo contrario ellos recaerían exclusivamente sobre el progenitor conviviente".⁽²⁴⁾

Esta figura entonces debe situarse en el marco de un derecho de contribución en cabeza del progenitor conviviente y no de un derecho alimentario, pues el hijo mayor de edad, ya sea que conviva o no con sus padres, se encuentra en condiciones de iniciar la acción alimentaria contra ellos, y de cobrar y administrar esa cuota, pues ya tiene plena capacidad civil.

El segundo párrafo del artículo establece otra alternativa posible, que consiste en que las partes de común acuerdo, o en su caso el juez, fijen una prestación directa al hijo mayor de edad, abonada por el progenitor no conviviente; en su última parte, el art. 662 aclara que esa suma tendrá como destino cubrir los "gastos de la vida diaria" y menciona algunos de los rubros que puede incluir. Esta posibilidad también resulta de relativa aplicación, en la medida que el beneficiario ya es mayor de edad y tiene plena capacidad civil para ejercer todas las acciones a que tiene derecho.

Solari y Belluscio sostienen que esta norma del art. 662 implica una limitación inadmisibles a la plena capacidad de un sujeto mayor de edad, como

(24) Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación Título VII, en *Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Bs. As., La Ley, p. 503.

es en este caso el hijo de más de 18 años y menos de 21 años. Estos autores opinan con todo acierto que se produce, indirectamente, un regreso encubierto a la condición de menor de edad.⁽²⁵⁾

3.8. Hijo mayor que se capacita

Este supuesto también ha despertado polémica, ya que como en el caso del acápite anterior, se trata de la extensión de la cuota alimentaria para un hijo mayor de edad. El art. 663, establece que la obligación alimentaria de los progenitores subsistirá hasta que el hijo alcance los 25 años, si la prosecución de sus estudios o preparación profesional de un arte u oficio, le impide proveerse los medios necesarios para sostenerse por sí mismo.

Nuestra jurisprudencia ya había receptado esta extensión alimentaria en algunos casos,⁽²⁶⁾ e incluso le había otorgado un alcance mayor al previsto en el nuevo Código.⁽²⁷⁾

En el derecho comparado, esta es una solución legal aceptada y generalmente se adopta con dos tipos de parámetros: estableciendo **una edad tope** para el derecho alimentario como en nuestro Proyecto de Reforma, así ocurre en las legislaciones de Chile, Perú, El Salvador, Ecuador; u otorgando el beneficio sin edad límite, a veces extendiendo el derecho hasta que concluyan los estudios o la formación profesional que lo motivó, como en los casos de Francia, Italia y España.

3.9. Hijo no reconocido

En el art. 664, se prevé el derecho a alimentos provisorios del hijo no reconocido, mientras se produzca la acreditación sumaria del vínculo invocado. Este criterio ya había tenido recepción jurisprudencial, cuando el reclamo alimentario se interponía durante el juicio de filiación.⁽²⁸⁾

(25) SOLARI, NÉSTOR y BELLUSCIO, CLAUDIO, "Los Alimentos en el Proyecto de Código", en *La Ley* 16/08/2012, pto. IV.

(26) TRIB. FLIA FORMOSA, 02/10/1996, en *DJ*, 1997-3-512; *ibid.*, 20/05/1999, en *La Ley*, 2000-C, 894 y en *LL Litoral*, 2000-102; Cám. 2ª Civ. y Com. de Paraná, Sala 2ª, 25/08/2000, en *Zeus*, 85-321, Sec. Jurisprudencia; CCIV. Y COM. 1A NOM. SANTIAGO DEL ESTERO, 22/11/2004, en *LL NOA*, 2005-458; JNAC. CIV. N° 81, 25/09/1998, publicado en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, n° 14, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1999, p. 263.

(27) CNAC. APPEL. CIV., Sala I, 15/08/2000, en *La Ley*, 2001-B, p. 527; CNAC. APPEL. CIV., Sala B, 23/12/1988, en *ED*, 135-456.

(28) CCIV. Y COM., MINAS, PAZ Y TRIB. DE SAN RAFAEL, 13/06/2007, en *LL Gran Cuyo*, 2007-1086; CNAC. APPEL. CIV., Sala I, 07/09/2004, en *La Ley*, 2005-B, 215; *ibid.*, Sala B, 30/06/1981, en *Rep. ED*, 17-112, sum. 158; *ibid.*, Sala A, 17/12/1984, en *La Ley*, 1986-B, p. 621, y *Rep. La Ley*, 1986-

El nuevo art. 586 por su parte, establece que durante el proceso de reclamación de la filiación o “incluso antes de su inicio”, el juez puede fijar alimentos provisorios contra el presunto progenitor.

Como puede observarse, la solución de la Reforma es muy interesante, ya que en principio el pedido alimentario se desvincula del juicio de reclamación de paternidad, y puede producirse el requerimiento alimentario aun antes que el juicio filiatorio.

La resolución que fije los alimentos provisorios, deberá establecer un plazo para la interposición de la demanda de filiación, bajo apercibimiento de hacer cesar la cuota provisoria, si no se cumple con dicha carga de iniciar el reclamo de paternidad.

3.10. *Mujer embarazada*

En este caso, el Código Unificado le otorga derecho a la mujer embarazada para reclamar alimentos en relación con el presunto progenitor, debiendo acreditar la prueba sumaria de la filiación alegada (art. 665). La jurisprudencia nacional ya había receptado esta cuestión en varios pronunciamientos.⁽²⁹⁾

En los Fundamentos de la Reforma, sus autores explican que este supuesto se encuentra contemplado en varias legislaciones del derecho comparado y allí se mencionan los casos de Francia, Suiza, El Salvador y Ecuador.⁽³⁰⁾

3.11. *Cuidado personal compartido*

En el caso de cuidado personal compartido en la modalidad alternada, ambos padres conviven con sus hijos en períodos temporales sucesivos alternados por semejante extensión, por ello se establece en el art. 666,

116, sum. 23; *ibid.*, 27/10/1988, en *La Ley*, 1989-B-127, caso 87.279, en *La Ley*, 1995-D, p. 853, sum. 112, y en *ED*, 133-783, caso 41.727; *ibid.*, 15/05/1995, en *La Ley*, 1996-B, p. 732 (38.598-S); *ibid.*, Sala K, 03/02/2003, en *La Ley*, 2003-D, p. 266; *ibid.*, Sala H, 28/02/1992, en *ED*, 148-435, caso 44.485; *ibid.*, Sala C, 27/11/1997, en *ED*, 179-14, caso 48.744; CAPEL. CIV. Y COM. MORÓN, Sala II, 21/10/1997, en *LLBA*, 1998-399; JCIV., COM. Y TRAB. SAN CRISTOBAL, 30/09/1993, en *JA*, 1996-II-síntesis, sum. 55, y en *JA*, 2005-III-1460, sum. 55.

(29) CNAC. APEL. CIV., Sala K, 08/03/2004, en *LL* 2004-D, 238; CAPEL. CIV., COM., LAB. Y MINERÍA 1A CIRC. JUD. SANTA CRUZ 12/11/2004, en *LL Patagonia*, 2005, p. 1064; TRIB. COLEG. INSTANCIA ÚNICA LA PLATA, 23712/2002, en *Revista Derecho de Familia*, n° 26, p. 183; TRIB. COLEG. FLIA. 5A NOM., 06/08/2008, en *LL* 2008-F, 34.

(30) Código Civil Francia (art. 371-4); Código Civil suizo (art. 274); Código de Familia de El Salvador (art. 217); y el Código de la Niñez y Adolescencia de Ecuador (art. 148), citado en “Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, en *Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, La Ley, 2012, Título VII, p. 503.

que si ambos progenitores poseen recursos equivalentes, cada uno se hará cargo de la manutención, mientras el hijo permanece bajo su cuidado personal. Solo se establecerá alguna cuota cuando uno de los progenitores posea mayores ingresos que el otro, para que el hijo goce del mismo nivel de vida en ambos hogares.

3.12. Hijo fuera del país o alejado de sus progenitores

La Reforma efectuada ha previsto que si el hijo está alejado de sus progenitores, dentro o fuera del país, y tiene necesidad de recursos para su alimentación u otros rubros urgentes, puede ser autorizado por el juez del lugar en el país o por la representación diplomática nacional en el extranjero a contraer deudas para satisfacer esas necesidades. Si se trata de un menor adolescente, no requerirá esa autorización, sino solo el asentimiento del adulto responsable (art. 667).

Este supuesto parece estar direccionado a jóvenes estudiantes que desarrollan su aprendizaje lejos de sus progenitores, ya sea en el país o en el exterior. Atento a que el menor podrá contraer deudas, y seguramente deberá llevar a cabo actos jurídicos, esa autorización judicial o diplomática o el mismo asentimiento del responsable en su caso, significará una especie de **habilitación legal específica y limitada** a ese caso específico.

La necesidad urgente debe ser un presupuesto esencial en este caso, ya que de tratarse de otro tipo de requerimientos, procedería la solicitud alimentaria extrajudicial a los padres, aun cuando no se encuentren cerca del menor.

3.13. Reclamo alimentario a los ascendientes

El deber alimentario de los ascendientes y, en particular de los **abuelos**, es un tema de debate doctrinario y jurisprudencial en nuestro derecho. Los abuelos tienen obligación alimentaria expresa respecto de sus nietos, la cuestión discutible consiste en determinar qué naturaleza jurídica tiene ese deber.

Si esa obligación de los abuelos es parte del derecho alimentario entre parientes, va a tratarse de una obligación **subsidiaria** y delimitada a cubrir las necesidades vitales básicas del nieto.

Si, en cambio, se trata de una obligación que surge del derecho de los hijos menores a un alimento filial, como una obligación extensiva de la obligación de los padres, el deber del abuelo no será necesariamente subsidiario, y entonces podría reclamarse en forma simultánea o incluso

antes que al reclamo a los padres, si es más beneficioso para el niño y, por supuesto, no se reduciría a cubrir solo el mínimo vital del nieto.

La jurisprudencia fue combinando ambas posiciones, arribando a soluciones muy particulares, ya que en muchos casos se resolvió por la subsidiariedad de la obligación, pero se fijaron cuotas que excedían las obligaciones alimentarias entre parientes.⁽³¹⁾

Finalmente, la Corte Suprema en un fallo del año 2005 fijó un criterio muy especial ya que reconoció el deber alimentario de los abuelos, pero requirió que los reclamantes acreditaran la imposibilidad de obtener el cumplimiento alimentario de parte de los padres.⁽³²⁾

La reforma aprobada consagra en su art. 668, la factibilidad de demandar simultáneamente a los abuelos y progenitores, “en el mismo proceso (...) o en proceso diverso”; sin embargo, la última parte de la norma dice que “además de lo previsto en el título del parentesco, debe acreditarse verosímilmente las dificultades del actor para percibir los alimentos del progenitor obligado”, con lo que parece seguir la línea interpretativa del mencionado fallo de la Corte Suprema.

3.14. Alimentos impagos

El art. 669 establece que los alimentos se deben desde el día de la demanda o desde el día de la interpelación, si ésta se puede probar fehacientemente y se interpone la demanda dentro de los 6 meses de esa intimación. En los Fundamentos de la Reforma, sus autores explican que de esta forma se pretende evitar retroactividades “abusivas”.⁽³³⁾

En el segundo párrafo de esta norma, se reconoce el derecho del progenitor conviviente que realizó gastos que estaban a cargo del progenitor no conviviente a solicitar el reembolso de tales erogaciones.

(31) CNAC. APEL. CIV., Sala C, 28/07/1987, en *La Ley*, T. 1988-A, p. 398; *ibid.*, Sala G, 07/11/1995, en LL 1996-B, p. 202; *ibid.*, Sala K, 30/08/1995, en LL 1996-B, p. 743; Sala K, 15/04/1999, en LL 2000-C, 888; Sala C, 20/11/1997, en ED 176, p. 561; *ibid.*, Sala A, 30/03/2001 en LL 2001-D, p. 84; *ibid.*, Sala C, 24/02/2004 en LL 2004-E, p. 281; CAPEL. CIV. Y COM. MAR DEL PLATA, Sala II, 28/03/2006, en *Revista Derecho de Familia*, n° 2007-I, 93; TRIB. COLEG. FLIA. N° 1 QUILMES, 18/04/2007, en LLBA 2007-I, p. 605; CJ SALTA, 07/07/2008, en LLNOA, 2008, p. 890; Cám. Nac. Civ., Sala E, 12/08/2009, en DJ 20/1/2010; *ibid.*, Sala A, 01/07/1991, en LL 1991-D, p. 357. *ibid.*, Sala A, 16/03/1995, en LL 1995-D, p. 106; *ibid.*, Sala E, 21/03/2001, en ED 193, p. 223; *ibid.*, Sala K, 26/06/2007, en AR/JUR-5436/2007.

(32) CSJN, 15/11/2005, en LL 2005-F, 479.

(33) “Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, en *Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Bs. As., La Ley, 2012, Título VII, p. 503.

3.15. Obligación alimentaria del progenitor afín

La nueva legislación define como **progenitor afín** al cónyuge o conviviente que vive con quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño o adolescente (art. 672).

En el art. 676, se define que el denominado progenitor afín tiene obligación alimentaria en relación con los hijos de su cónyuge o conviviente, pero esta tendrá carácter **subsidiario**. Con toda lógica, esta obligación cesará en la medida en que se produzca la disolución del vínculo o la ruptura de la convivencia.

Sin embargo, aun cuando se haya disuelto el vínculo matrimonial o se haya roto la convivencia, la obligación alimentaria del progenitor afín subsistirá, si el cambio de situación puede ocasionar **un grave daño al niño o adolescente alimentado** y él había asumido el sustento del hijo del otro. En este caso, puede fijarse una **cuota asistencial transitoria**, cuya duración definirá el juez teniendo en cuenta la capacidad del alimentante, las necesidades del niño y el tiempo de convivencia.

Medina ha considerado esta innovación como una de los diez cambios más importantes propuestos por la Reforma.⁽³⁴⁾

En conclusión, resulta muy interesante este nuevo instituto del progenitor afín, que innova en cuanto incluye el supuesto de la obligación alimentaria del conviviente, y es un primer paso en la consideración legislativa de los alimentos en el seno de las familias ensambladas, que constituyen un fenómeno social creciente que siempre ha requerido una regulación.⁽³⁵⁾

3.16. El Estado como obligado alimentario

Esta Reforma no ha incluido en forma expresa al Estado como obligado alimentario, a pesar de lo prescrito en el art. 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño,⁽³⁶⁾ que ha tenido recepción constitucional y que establece la obligación del Estado, como se ha visto en el punto 2 de este trabajo.

Esta norma enuncia en su inc. 3º que: "Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas

(34) MEDINA, GRACIELA, *op. cit.*

(35) PITRAU, OSVALDO FELIPE, "La prestación asistencial alimentaria en la familia ensamblada", en *Revista Derecho de Familia*, n° 25, Abeledo-Perrot, 2003, p. 105 y ss.

(36) ADLA, XL-C, p. 2573.

apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda”.

Por su parte, en su art. 4° postula que “Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño, tanto si viven en el Estado Parte como si viven en el extranjero”.

Solari y Belluscio coinciden con esta interpretación y estos autores mencionan además diversos fallos en los que se receptó jurisprudencialmente esa obligación del Estado.⁽³⁷⁾

En algunos regímenes jurídicos, el Estado aparece como obligado subsidiario⁽³⁸⁾ y en otros, asume un rol protagónico de obligado principal, como en los casos de Francia y España.

En el caso de Francia, se establece el pago de la cuota alimentaria por parte del Estado y la consiguiente subrogación en los derechos del alimentado.⁽³⁹⁾

Suiza y Suecia, también siguen ese mismo esquema francés donde el Estado paga o adelanta el total o parte de la cuota alimentaria y luego se subroga en los derechos del beneficiario para perseguir el cobro del deudor alimentario.⁽⁴⁰⁾

(37) SOLARI, NÉSTOR y BELLUSCIO, CLAUDIO, *op. cit.*, pto. I, Jurisprudencia citada por estos autores: Juzg. de Menores y Familia N° 2, Paraná, 28/06/2002, en *Zeus*, T. 89, Sec. Jurisprudencia, p. 614 y en *La Ley*, 2002-E, p. 267; STJ de Entre Ríos, 09/04/2003, en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, Bs. As., Lexis-Nexis/Abeledo-Perrot, n° 25, 2003, p. 179; JUZG. CONT. ADM. Y TRIB. N° 3, Cap. Fed., 11/03/2003, en *La Ley*, 2003-F, p. 311; JFED. SEG. SOCIAL N° 6, 15/11/2004, causa N° 27.051/2004 [en línea], *elDial.com* del 24/11/2004; JUZG. N° 1 CONT. ADM. LA PLATA, 11/10/2005, *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, Bs. As., Lexis-Nexis/Abeledo-Perrot, 2006, n° 2006-II, p. 81; Cám. Cont. Adm. de La Plata, 25/04/2006, en *La Ley*, 2006-D, p. 235; CSJN, 19/09/2002, en *LL NOA*, 2002-1298; *ibid.*, 07/03/2006, en *La Ley*, 2006-D, p. 230 y en *DJ*, 2006-2-1026.

(38) Código de la Niñez y Adolescencia de Paraguay (ley 1680/01), art. 4; Código de Familia de El Salvador (decreto 677 del 13/12/1993), art. 347; Código de la Niñez y Adolescencia de Costa Rica (ley 7739 del 06/01/1998), art. 38.

(39) Ley 75-618 del 11 de julio de 1975 y su decreto reglamentario 75-1339 del 31/12/1975.

(40) Código Civil suizo, art. 289; Ley de Adelantos de Suecia de 1977, en este caso, si los padres están separados la cuota alimentaria la paga la Oficina de Seguros Sociales al progenitor que tiene la custodia y asciende a 1173 SEK al mes.

Otros países establecen Fondos de afectación especiales, como en el caso de España donde a través de Real Decreto 1618/2007, del 7 de diciembre de 2007 se creó el Fondo de Garantía del Pago de Alimentos, supliendo desde el Estado el incumplimiento de los deudores alimentario familiares.⁽⁴¹⁾

El Proyecto de esta Reforma pudo asignar al Estado un rol más protagónico en materia alimentaria, a la manera de dichos países, y de acuerdo a la propia jurisprudencia nacional citada; sin embargo, no lo ha hecho.

Sin perjuicio de ello, cabe destacar, que el Estado argentino en los tiempos recientes ha llevado a cabo una activa iniciativa normativa en materia asistencial alimentaria familiar en cumplimiento de dicha obligación, en especial con el establecimiento de la **Asignación Universal por Hijo para Protección Social** (decreto 1602/2009) y de la **Asignación por Embarazo para Protección Social** (decreto 446/2011).

Esta trascendente iniciativa del Estado, merecería su correlato en la norma codificada, donde debería incluirse al Estado como actor jurídico de la prestación asistencial a los niños.

3.17. Alimentos en caso de privación o suspensión de la patria potestad

En el nuevo Código, los alimentos a cargo de los progenitores subsisten durante la privación y suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental (art. 704). Esta norma expresamente resuelve cierto debate sobre el tema.

3.18. Competencia en materia alimentaria

En los procesos relativos a niños, niñas y adolescentes referidos a alimentos, es competente el juez del "lugar donde la persona menor de edad tiene su centro de vida" (art. 716). Esta solución coincide con la importante doctrina jurisprudencial sobre el "centro de vida" de los menores que ha desarrollado la Corte Suprema.⁽⁴²⁾

(41) BOE n° 299, viernes 14/12/2007, p. 51.371.

(42) CSJN, "C., L. C. c/ L., M. E. s/ exequatur", 12/07/2011, en *La Ley* 22/07/2011, 6, *La Ley* 2011-D, p. 337; CSJN, 20/08/2008, "Ferreyra, Miguel Ángel", en *La Ley Online*, AR/JUR/9080/2008; CSJN, 26/03/2008, "A., M. S.", en *DJ*, 16/07/2008, p. 772, en *DJ* 2008-II, p. 772, AR/JUR/1693/2008; *ibid.*, 20/02/2001, en *La Ley*, 2001-D, p. 691; *ibid.*, 20/02/2001, en *JA*, 2002-I-138.

4. Conclusiones

La institución asistencial para los hijos se encuentra actualmente en crisis debido a ciertas limitaciones en el alcance de su cobertura, pero fundamentalmente por el alto grado de incumplimiento de su prestación efectiva, y esto último se da, en gran parte, por la falta de comprensión de este tipo de asistencia que tienen los obligados alimentarios, aun cuando los beneficiarios sean sus propios hijos.

Luego de más de veinte años de recepción nacional y a pesar de su jerarquía constitucional, la Convención de los Derechos del Niño no ha logrado una aplicación concreta en los aspectos esenciales de la prestación asistencial de los niños. Así, a pesar de los importantes instrumentos asistenciales establecidos por el Estado como la **Asignación Universal por Hijo** y la **Asignación por Embarazo para Protección Social**, en la práctica jurídica y judicial los preceptos de la Convención continúan sin aplicarse para los supuestos cotidianos de convenios y sentencias alimentarias, que en la mayoría de los casos excluyen la participación de los hijos en su fijación y carecen de garantías de cumplimiento.

En este estado de situación, el Código Civil y Comercial de la Nación es un gran avance ya que innova, sistematiza y actualiza, la materia alimentaria, de modo que abre un camino de desafíos: introduce en el Código el Principio del Interés Superior de Niño y persigue que estas prestaciones asistenciales **sean entendidas por los obligados como un elemento integrante de la vida familiar**, relacionado con el vínculo, con el afecto y con la solidaridad, y no tanto con cuestiones económicas.

La prestación alimentaria no es una simple obligación dineraria, ni es un tributo, una tasa o un impuesto, que se nos impone a disgusto, sino que es **la expresión material de un grupo familiar**, y este grupo puede transformarse en el tiempo, y pasar de la convivencia a la separación, pero aquella prestación permanece inalterable en las necesidades de sus integrantes.

Por todo ello, esta Reforma llevada a cabo, en la materia del derecho alimentario familiar, es un paso adelante, un hito trascendente en el camino de la aplicación concreta de la Convención de los Derechos del Niño, y tiene el claro objetivo de superar las carencias normativas actuales y la crisis de falta de cumplimiento efectivo de esta prestación para los hijos de la familia.



El embrión *in vitro* en el Código Civil y Comercial

Aportes para una regulación propia de un Estado laico

ELEONORA LAMM⁽¹⁾



1. Introducción

No se puede comenzar este trabajo sin dejar de advertir que el estatus del embrión humano *in vitro*⁽²⁾ es una cuestión controvertida. No es una exageración decir que probablemente nunca habrá acuerdo entre las personas sobre cuándo comienza la persona humana, con la gama de posibilidades que van desde la fecundación⁽³⁾ hasta el nacimiento. Estos

(1) Doctora en Derecho con línea de investigación en Bioética (Universidad de Barcelona). Investigadora del CONICET. Consultora de bioética y derecho de la Universitat Oberta de Catalunya. Miembro del Observatorio de Bioética (Universidad de Barcelona).

(2) Cuando en este trabajo utilizo la palabra “embrión”, estoy refiriéndome al embrión *in vitro* que comprende al óvulo fertilizado aún no implantado en el útero. Descarto la utilización del término “pre-embrión” porque los propios científicos que trabajan en el campo de la reproducción asistida consideran esta terminología un eufemismo. Véase, por ejemplo, VEIGA, A., *El milagro de la vida. De la fecundación in vitro a las células madre*, Barcelona, La Magrana, 2011. Se trata de una terminología que no es uniforme ni universalmente aceptada, aunque creo en algún punto sería necesaria su implementación.

(3) Incluso posiciones más extremas consideran que las células madre embrionarias —por su capacidad de diferenciación— también son personas.

desacuerdos van a tener importancia en relación con cuestiones morales igualmente contenciosas, como la investigación con células madre, por ejemplo. Lo cierto es que a medida que avancen las tecnologías médicas, los usos potenciales de los embriones humanos se amplíen y las formas en las que podemos testear y adaptar un embrión se hagan más numerosas, las discusiones, sin duda, seguirán en aumento.⁽⁴⁾

No obstante, hay que resaltar que estas discusiones, en general, emanan de quienes abordan las cuestiones desde un punto de vista **metafísico-teológico**, en el que lo que se discute es una cuestión de absolutos.⁽⁵⁾

En este trabajo se procurará brindar una visión fundada en argumentos jurídicos y bioéticos, acordes y propios de una sociedad plural, democrática y liberal.

La visión del embrión que tiene cada sociedad influencia el trato que le dispensa, las técnicas de reproducción humana asistida (en adelante, TRA) que ofrece y el alcance de la investigación. Ante la falta de acuerdo científico y ontológico, el análisis debe centrarse en el derecho positivo.⁽⁶⁾

2. El art. 19 del CCyC

El comienzo de la persona humana y la no personalidad del embrión *in vitro* es uno de los temas —si no es que es “el” tema— más candentes que tuvo el Código Civil y Comercial

Tanto es así, que la redacción del artículo 19 ha variado en casi todas las etapas por las que atravesó el proyecto de código civil y comercial. Me exployo.

Finalizada la primera etapa de redacción por parte de la comisión creada por decreto 191/2011 e integrada por el Dr. Lorenzetti, y las doctoras Highton de Nolasco y Kemelmajer de Carlucci, que concluyó con la entrega del Proyecto a la Presidenta en marzo de 2012, el artículo 19 establecía:

(4) FARSIDES, B. y SCOTT, R., “No small matter for some: practitioners’ views on the moral status and treatment of human embryos”, en *Medical Law Review*, n° 20, winter 2012, p. 90.

(5) CASADO, M. (coord.), *Reedición y análisis del impacto normativo de los documentos del Observatorio de Bioética y Derecho sobre reproducción asistida*, Observatorio de Bioética y Derecho de la Universidad de Barcelona, Barcelona, Signo, 2008 [en línea], http://www.pcb.ub.es/bioeticaidret/archivos/documentos/Reedicion_Reprod-Asistida.pdf

(6) FARNÓS AMORÓS, E., *Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*, Barcelona, Atelier, 2011, p. 135 y ss.

“La existencia de la persona humana comienza con la concepción en el seno materno. 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”.

La primera frase respondía a la tradición jurídica argentina. Los fundamentos expresan que “no se varía el estatus legal del comienzo de la persona, en tanto se reconocen efectos desde la concepción en seno materno, como ocurre en el derecho vigente, a punto tal, que se ha conservado hasta su antigua terminología”.

La segunda frase se presentaba como una de las tantas novedades de la reforma para responder a la necesidad de regular el uso de las técnicas de reproducción humana asistida (en adelante, TRA). La fórmula propuesta era consonante y coherente con la regulación de la filiación derivada de las TRA también contemplada en el Proyecto.⁽⁷⁾

Esta primera etapa fue seguida de una segunda etapa de análisis por el Poder Ejecutivo, durante la que se introdujeron algunos cambios —aunque, esta vez, ninguno en el art. 19— para finalmente enviarse al Poder Legislativo para su tratamiento.

Con este tratamiento y análisis por el Poder Legislativo, para lo que se formó una Comisión Bicameral, comenzó la tercera etapa, en la que se desarrollaron numerosas audiencias públicas en distintas provincias del país.

Esta Comisión Bicameral presentó un dictamen el 13 de noviembre proponiendo para el art. 19 la siguiente fórmula: “La existencia de la persona humana comienza con la concepción. En el caso de técnicas de reproducción humana asistida, comienza con la implantación del embrión en la mujer”. Agregándose como disposición transitoria segunda que “La protección del embrión no implantado será objeto de una ley especial” (corresponde al artículo 19 del Código Civil y Comercial de la Nación).

Como fácilmente se puede observar, se eliminó la desafortunada frase “en el seno materno”, mejorando la fórmula. Además, se eliminó el último apartado del artículo, transformándolo en una disposición transitoria.

(7) Vease, KRASNOW, ADRIANA N., “La filiación y sus fuentes en el Proyecto de Reforma al Código Civil y Comercial de la Nación”, en *DFyP*, n° 9, octubre 2013, p. 18; LAMM, E., “La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en el Anteproyecto de Código Civil”, en *JA*, 2012-II-1340.

Luego, el 28/11/2013, tras un largo debate, el proyecto fue aprobado en el senado, y desafortunadamente, respondiendo a presiones de la Iglesia Católica, repito, inconcebibles en un Estado laico, plural y democrático, se acuerda la siguiente redacción: "La existencia de la persona humana comienza con la concepción". Y en la disposición transitoria segunda se establece que: "La protección del embrión no implantado será objeto de una ley especial" (corresponde al artículo 19 del Código Civil y Comercial de la Nación). Este fue finalmente el texto que se aprueba en diputados constituyendo el definitivo.

Esto último importa indudablemente un retroceso, mas por la concesión hecha a la Iglesia Católica, no por el contenido del artículo. Entiendo que cualquiera hubiese sido la redacción final, sea que en la Cámara de Diputados se hubiese vuelto a la redacción original o se hubiese mantenido la redacción del Senado, conforme se verá al explicar el significado de la palabra "concepción", una u otra fórmula dicen lo mismo: el embrión *in vitro* no es persona. Esto se afianza con la disposición transitoria segunda, atento a que de considerarse al embrión persona, se lo regularía en el propio CCyC y no se remitiría a una ley especial. Además, subsiste la regulación de la filiación derivada de las TRA, con lo que difícilmente para el CCyC el embrión puede considerarse persona, sin perjuicio de lo dispuesto en la ley 26.862, vigente en nuestro país y que se analizará luego, que permite la crioconservación de embriones, la donación de embriones y la revocación del consentimiento hasta el momento del implante. Todo esto genera un sistema cuya conclusión no puede ser otra que la no personalidad del embrión *in vitro*.

Entonces, no obstante la opinión de quienes pretenden hacer de esta fórmula una más conservadora que pudiera traducirse en considerar al embrión persona,⁽⁸⁾ lo cierto es que jurídicamente no lo es, como se verá en los siguientes apartados.

(8) Ver, entre otros, ARIAS DE RONCHIETTO, C. E., "El derecho frente al congelamiento de óvulos humanos fecundados. Suspensión de la práctica y adopción prenatal para los embriones ya existentes", en *ED*, 182-1645; MAZZINGHI, J. A., "Breve reflexión sobre la fecundación *in vitro*", en *La Ley*-1978-C-993; BAIGORRIA, C. E. y SOLARI, N. E., "El derecho a la vida en la Constitución Nacional", en *La Ley*-1994-E-1167; CAFFERATA, J. I., "Las nuevas técnicas de reproducción humana y el derecho positivo argentino", en *ED*-130-729; BASSET, U. C., "Consideraciones generales del proyecto unificador", Ponencia presentada en el *Seminario Permanente de Investigaciones sobre la Persona, la Familia y el Derecho Sucesorio*, Ambrosio Gioja, de la Facultad de Derecho (UBA); HERRERA, D. A. y LAFFERRIERE, J. N., "¿Hacia un positivismo judicial internacional? Reflexiones sobre un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la relativización del derecho a la vida", en *La Ley*, "Sup. Const." 2013 (abril), 16, 2013-B.

3. El nudo de la cuestión. El término “concepción”

La historia nos muestra que las cualidades o propiedades que definen a una persona o a un ser humano no son inherentes o absolutas, sino que son un producto de la motivación humana, y se relacionan con el logro de propósitos humanos o sociales. Por ejemplo, antes de 1869, la Iglesia Católica definía que la vida de una persona comenzaba con lo que en inglés se denomina *quickenning* (en español: “animación”, cuando se sienten los movimientos del feto), pero a la luz de un mejor conocimiento de la biología reproductiva, ese año modificó ese criterio y consideró que la vida comienza con la concepción. Concepción fue una analogía del embarazo, que se entiende médicamente como la implantación embrionaria en la pared uterina.⁽⁹⁾ No obstante, con el desarrollo más reciente de las TRA, esto es aplicado por algunos defensores religiosos para referirse a la fecundación.⁽¹⁰⁾

Desde el punto de vista cotidiano o del sentido común, la frase “concebir un niño” es de uso corriente. Se la utiliza y entiende comúnmente para referirse a un embarazo actual.

La experiencia indica que cuando se habla acerca de los tratamientos de fecundación *in vitro*, se tiende a reservar el término “concepción” para la circunstancia en la que un embrión llega al útero y la persona logra quedar embarazada, como diferente incluso del procedimiento de implantación. Es decir, en el lenguaje ordinario cotidiano de la comunidad, el término “concepción” significa más de lo que puede lograrse en un tubo de ensayo y se refiere al inicio de un embarazo en el cuerpo de una persona.

Esto es compatible con las ediciones actuales tanto del diccionario Oxford de Inglés como del Diccionario Macquarie y el diccionario de la Real Academia Española. Todos definen “concebir” como, entre otras cosas, “quedar embarazada”. La publicación anterior del diccionario Oxford de Inglés también define “concebido”, el adjetivo, como “traído a la existencia embrionaria en el útero”.

Desde el punto de vista médico, hay que distinguir entre fertilización y concepción. La fertilización es un paso en el camino de la concepción.

(9) INTERNATIONAL FEDERATION OF GYNECOLOGY AND OBSTETRICS (FIGO), Committee for the Ethical Aspects of Human Reproduction and Women’s Health, *Recommendations: definition of pregnancy*, London, FIGO, 2003, p. 43.

(10) DICKENS, B. M. y COOK, R. J., “Acquiring human embryos for stem-cell research”, en *International Journal of Gynecology and Obstetrics*, 96, 2007, pp. 67/71.

Muchos óvulos se fertilizan pero pocos embarazos son concebidos. El acto de la concepción o el acto de concebir el embarazo se presenta con la transferencia del embrión y la posterior implantación de ese embrión en el útero de la mujer dentro del par de días siguientes y con la prueba de embarazo positiva aproximadamente dos semanas después. El acto de concebir, en este caso, se considera como el acto de lograr un embarazo. Por lo tanto, la concepción ocurre a partir de la transferencia de embriones.

En sentido coincidente, en los casos de reproducción natural, el embarazo comienza cuando la prueba de embarazo es positiva, unos diez a catorce días después de la concepción. Esto se funda en el gran número de ovocitos fertilizados que se pierden durante el ciclo menstrual normal.

Aproximadamente un 20% de los cigotos tienen la potencialidad de implantarse en el útero e iniciar un embarazo clínicamente evidente. Esto significa que el 80% de los cigotos no llegan a implantarse o que recién implantados (los que lograron llegar a blastocistos) se pierden espontáneamente, la mayor de las veces debido a errores cromosómicos y estructurales del propio embrión. Así, solo 20 de cada 100 embriones generados espontáneamente tienen la posibilidad de nacer.⁽¹¹⁾ El resto se pierde rápidamente, ya sea antes de implantarse en el útero como a los pocos días de la implantación.⁽¹²⁾

En pocas palabras, hay dos etapas fundamentales en el proceso biológico después de la relación sexual: la primera es la fertilización. Ella tiene lugar después de que los espermatozoides del hombre y el óvulo de la mujer se han unido; y la otra etapa clave es la implantación. Esta se produce después de que el óvulo fertilizado se ha movido hacia el interior del vientre materno. Se trata de un proceso por el que el óvulo fertilizado se adhiere físicamente a la pared del útero. El proceso no se inicia hasta, como muy pronto, unos cuatro días después del comienzo de la fertilización. Recién

(11) Entonces, por cada embrión que se desarrolla y nace vivo en los casos de reproducción sexual, al menos 3 de los que se crean mueren antes de nacer. Es decir, se "sacrifican" 3 embriones por 1 que nace. Quienes defienden que el embrión es persona deberían oponerse también a la reproducción sexual debido a la pérdida de embriones que en esta también se produce. ¿Plantear esto sería inconstitucional? Si la respuesta es positiva, entonces pretender lo otro también.

(12) ZEGERS- HOCHSCHILD, F., "Algunas consideraciones éticas en la práctica de la reproducción asistida en Latinoamérica", en Casado, M. y Luna, F. (coords.), *Cuestiones de Bioética en y desde Latinoamérica*, Civitas-Thomson, 2012, p. 184 y ss.

en ese momento se puede hablar de embarazo, consecuentemente, recién en ese momento se produce la concepción.

De lo dicho, se desprende que en ambos supuestos, por naturaleza y por TRA, la persona comienza en un mismo momento: cuando comienza el embarazo;⁽¹³⁾ y esto se produce en el momento de la concepción, cuando el óvulo fecundado se adhiere a las paredes del útero.

La expresión "concepción", aunque no pertenece originariamente al ámbito jurídico, es utilizada en instrumentos internacionales, como se verá más adelante. Por lo demás, distintas sentencias emanadas de prestigiosos tribunales se han encargado de precisar su significado en esta área. Esto ocurre, por ejemplo, en una sentencia australiana del 2012 ("LWW & another v. LMH", [2012], QChC 26)⁽¹⁴⁾ en el que se apela al lenguaje ordinario o cotidiano, destacándose que el término "concepción" se refiere al inicio de un embarazo en el cuerpo de una persona.

Más concretamente, el significado jurídico de la palabra concepción fue establecido y especificado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) en el "Caso Artavia Murillo y otros 'fecundación *in vitro*' vs. Costa Rica", resuelto el 28 de noviembre de 2012.⁽¹⁵⁾

(13) En la filiación que se deriva del acto sexual, biológica, o por naturaleza, el embarazo se produce en el cuerpo de la persona y allí comienza la protección de los derechos de esa persona (sucesorios, de alimentos, a reclamar daños y perjuicios, etc.); en cambio, cuando se trata de TRA, la existencia de la persona comienza con "la implantación del embrión en la mujer", ergo también con el embarazo. KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.; HERRERA, M. y LAMM, E., "Con el impulso de la ciencia", en *Diario La Nación*, 27/09/2012, [en línea] <http://www.lanacion.com.ar/1511918-con-el-impulso-de-la-ciencia>

(14) En este caso se trata de una solicitud de orden parental a favor de un matrimonio heterosexual incapaz de gestar en un caso de gestación por sustitución. El niño fue gestado de manera altruista por su tía, hermana de uno de los comitentes. Sucede que uno de los requisitos a cumplir para la aprobación del acuerdo de gestación por sustitución y que consecuentemente se confiera la orden parental, es el previsto en el s 22 (2), apartado ss (2) (e) (iv) de la *Surrogacy Act 2010* (Qld), a saber, que el acuerdo de gestación por sustitución se haya hecho "antes de que el niño sea concebido". En el caso, el embrión había sido creado años antes del acuerdo de gestación por sustitución, luego fue congelado y más tarde, meses después del acuerdo, implantado en el útero de la mujer. Por lo que la pregunta era: ¿la concepción se produjo cuando se creó el embrión (unión ovulo y esperma) o cuando se implantó? La respuesta que se brindó en este caso fue esta última.

(15) Ver KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.; HERRERA, M. y LAMM, E., "El embrión no implantado. El Proyecto de Código y su total consonancia con la CIDH", en *Revista La Ley*, 28/12/2012, p. 1 y ss., La Ley 2013-A, 907.

Cabe destacar, que no se trata de una voz más, sino de la expresión más autorizada de la región, obligatoria para todos los Estados que han ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos. Además, Argentina no solo ratificó la Convención, sino que le otorgó jerarquía constitucional.⁽¹⁶⁾

En este caso,⁽¹⁷⁾ la Corte IDH ratificó que el acceso a la reproducción humana asistida debe estar garantizado legalmente y por amplia mayoría —5 votos contra 1—⁽¹⁸⁾ condena a Costa Rica al encontrar conculcados los artículos 5.1°, 7°, 11.2 y 17.2 en relación con el artículo 1.1° de la Convención Americana.

El conflicto a dirimir y sobre el cual profundiza la Corte, gira en torno a la interpretación del art. 4.1° del Pacto de San José relativo al derecho a la vida, que se encuentra “protegido, en general, a partir del momento de la concepción” y el art. 1.2° que dispone que “persona es todo ser humano”. Es decir, si el embrión no implantado es una persona humana.

(16) Es dable recordar que la Corte Federal en el caso “Mazzeo” (Fallos 330:3248) enfatizó que “la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)” lo cual importa “una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado Argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos” (considerando 20). Esta pauta de interpretación no lo es solo para resolver conflictos judiciales, sino también como una manda para otros poderes del Estado como lo es el Legislativo, el encargado de dictar leyes infraconstitucionales para que estén a tono con el llamado “bloque de la constitucionalidad federal”.

(17) El 03/02/1995, Costa Rica reguló por decreto la práctica de la fecundación *in vitro* (FIV); restringió su acceso a parejas, con material genético propio y prohibió la crioconservación de gametos y/o embriones. El 15/03/2000, la Sala Constitucional declaró la inconstitucionalidad del referido decreto por considerar que la regulación de la fecundación *in vitro* trae como consecuencia una elevada pérdida de embriones de manera consciente y voluntaria incompatible con el derecho a la vida de tales embriones. A raíz de esta decisión, esta práctica se prohibió en el país. En enero de 2001, un grupo de personas se presentó ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos denunciando al Estado de Costa Rica por haberles prohibido el acceso al tratamiento de fecundación *in vitro*. La Comisión decretó la admisibilidad de la denuncia y el 14/07/2010 presentó el informe 85/10. Sostuvo que la prohibición efectuada por el Estado de Costa Rica constituía una injerencia arbitraria en los derechos a la vida privada, a la vida familiar (art. 11 de la Convención Americana) al derecho a conformar una familia (art. 17), y una violación al derecho de igualdad (art. 24). Recomendó a Costa Rica levantar la prohibición de la fecundación *in vitro* y asegurar que la regulación futura sea acorde con los artículos 11.2, 17.2 y 24 de la Convención. Ante el incumplimiento del Estado, luego de tres prórrogas, el 29/07/2011 la Comisión sometió el caso a la jurisdicción de la Corte. El 28/11/2012, ese Tribunal condenó a Costa Rica por violación a diversos artículos de la Convención Americana de Derechos Humanos.

(18) Ha tenido una disidencia a cargo del magistrado Eduardo Vio Grossi.

Para ello, la Corte indaga sobre el sentido y extensión de las palabras “persona”, “ser humano”, “concepción” y “en general”, desde cuatro diferentes tipos de interpretaciones: (a) el sentido corriente de los términos; (b) sistemática e histórica; (c) evolutiva, y (d) según el objeto y fin del tratado. Veamos cada una de ellas.

3.1. Interpretación conforme al sentido corriente de los términos

La Corte afirma que la prueba obrante en el expediente evidencia cómo la fecundación *in vitro* (en adelante, FIV) transformó la discusión en torno a qué debe entenderse por “concepción”. En efecto, la FIV refleja que puede pasar un tiempo entre la unión del óvulo y el espermatozoide, y la implantación. Consecuentemente, reconoce que la definición de “concepción” que los redactores de la Convención Americana tuvieron en miras ha cambiado, desde que antes de la FIV, científicamente, no se preveía una fertilización fuera del cuerpo de la mujer. Además, en el contexto científico actual, se destacan dos lecturas bien diferentes del término “concepción”: una corriente entiende por “concepción” el momento de encuentro o fecundación del óvulo por el espermatozoide; la otra, entiende por “concepción” el momento de implantación del óvulo fecundado en el útero.

Ante esta disyuntiva, la Corte considera que corresponde que se pronuncie sobre cómo debe interpretarse el término “concepción” contenido en el art. 4.1° del Pacto de San José. A ese fin, resalta que la prueba científica concuerda en la pertinencia de diferenciar dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación. Solo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite afirmar que existe concepción. Conforme esa prueba constata que, si bien el óvulo fecundado da paso a una célula diferente, con la consecuente información genética suficiente para el posible desarrollo de un “ser humano”, lo cierto es que si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas. Si un embrión nunca lograra implantarse en el útero, no podría desarrollarse, pues no recibiría los nutrientes necesarios, ni estaría en un ambiente adecuado. Concluye, entonces, que el término “concepción” no puede ser comprendido como un momento o proceso excluyente del cuerpo de la mujer, dado que un embrión no tiene ninguna posibilidad de supervivencia si la implantación no sucede. Prueba de lo expuesto, es que solo es posible establecer si se ha producido o no un embarazo una vez que se ha implantado el óvulo fecundado en el útero, al producirse la hormona denominada “Gonadotropina Coriónica”,

detectable solo en la mujer que tiene un embrión unido a ella. Antes, es imposible determinar si en el interior del cuerpo ocurrió la unión entre el óvulo y un espermatozoide, o si esta unión se perdió antes de la implantación.

En definitiva, de manera elocuente, la Corte afirma que el término “concepción” al que alude la Convención Americana se refiere al momento en que ocurre el implante.

3.2. Interpretación sistemática e histórica

La Corte analiza cuidadosamente cuatro Sistemas de Derechos Humanos: el interamericano (Convención Americana y de la Declaración Americana); el universal (Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer y la Convención sobre los Derechos del Niño); el europeo y el africano. Concluye que ningún artículo de todos estos tratados permite deducir que el embrión no implantado es persona en los términos del artículo 4.1° de la Convención. Tampoco es posible desprender dicha conclusión de los trabajos preparatorios ni de una interpretación sistemática de los derechos consagrados en la Convención Americana o en la Declaración Americana.

3.3. Interpretación evolutiva

La Corte afirma que las tendencias de regulación en el derecho internacional y comparado no conducen a considerar que el embrión deba ser tratado de manera igual a una persona nacida ni que titularice un derecho a la vida. En este sentido, la Corte recuerda que ha señalado en otras oportunidades que “los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales” (párrafo 245), destacándose que en el conflicto en análisis “la interpretación evolutiva es de especial relevancia, teniendo en cuenta que la FIV es un procedimiento que no existía al momento en el que los redactores de la Convención adoptaron el contenido del artículo 4.1 de la Convención” (párrafo 246).

Se reconoce que no existen muchas regulaciones normativas específicas sobre la FIV en la región y que, ante la ausencia normativa, los Estados permiten que la FIV se practique dentro de sus territorios. Ello significa que, en el marco de la mayoría de los Estados Parte, se ha interpretado que la Convención permite la práctica de la FIV. La Corte considera que estas prácticas en los Estados se relacionan con la manera en la que estos

interpretan los alcances del artículo 4° de la Convención, pues ninguno ha considerado que la protección al embrión deba ser de tal magnitud que no se permitan las técnicas de reproducción asistida o, particularmente, la FIV. Dicha práctica generalizada está asociada al principio de protección gradual e incremental —y no absoluta— de la vida prenatal y a la conclusión de que el embrión no puede ser entendido como persona.

3.4. El principio de interpretación más favorable y el objeto y fin del tratado

La Corte concluye que el objeto y fin de la expresión “en general” contenida en el artículo 4.1° de la Convención es la de permitir, según corresponda, un adecuado balance entre derechos e intereses en conflicto. En el caso, señala que dicho objeto y fin implica que no pueda alegarse la protección absoluta del embrión anulando otros derechos, en especial los derechos de la mujer.

Así, en un extenso fallo, la Corte IDH concluye que por concepción debe entenderse implantación y, consecuentemente, el embrión no implantado no cuenta con la protección del carácter de “persona” al que alude el art. 4.1° de la Convención Americana de Derechos Humanos. Con este punto de partida, afirma que las técnicas de fertilización *in vitro* son válidas y deben permitirse y regularse atento a que permiten el cumplimiento o protección de varios derechos: la vida íntima y familiar; el derecho a la integridad personal en relación con la autonomía personal y la salud sexual y reproductiva; el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico y el principio de no discriminación.

En suma, la Corte IDH define qué debe entenderse por “concepción” aclarando que es sinónimo de “implante”; consecuentemente, la protección comienza en ese momento, de modo que el embrión *in vitro* no es persona y por ello, es posible la práctica del FIV.

En este mismo sentido se ha pronunciado recientemente la Defensoría General de la Nación que ha tomado postura sobre el comienzo de la existencia de la persona humana y lo hace, como no podía ser de otro modo, en términos constitucionales-convencionales. Por eso, sigue la doctrina obligatoria que surge del caso *Artavia Murillo y otros contra Costa Rica*.

La Sra. Defensora General de la Nación se expide en un caso⁽¹⁹⁾ en el que se solicita la cobertura médica del diagnóstico genético preimplantatorio

(19) Dictámen del 15/07/2014 en los autos: “García Yanina Soledad C/ OSDE s/ prestaciones médicas (expte. FSM 433812013), inédito.

(DGP) por parte de una prepaga; ante la negativa, la parte interesada acude a la justicia. En ese proceso, se pone en crisis la actuación del Asesor de Menores en los términos del art. 59 del Código Civil aún vigente (art. 103 CCyC), pretendiéndose que al “encontrarse en juego derechos de personas por nacer, se dé intervención al Sr. Asesor de Menores” en representación de los embriones in vitro.

El planteo dio lugar a que la Defensoría General de la Nación, representada por su titular, la Dra. Stella Maris Martínez, se expida sobre la cuestión, tantas veces planteada, del rol que deben o no jugar los Asesores de Menores en los conflictos que involucran embriones in vitro.

En este marco, el Defensor Público Oficial ante los Tribunales Federales de Primera y Segunda Instancia de San Martín, el 07/07/2014 envió un oficio dirigido a la Secretaría General de Política Institucional de la Defensoría General de la Nación, con el objeto de conocer la opinión de la máxima instancia en el ámbito de intervención de los Asesores de Menores.

El oficio fue respondido el 15/07/2014, haciendo conocer la postura que asume la Defensora General de la Nación. En síntesis, se concluye que el defensor oficial no puede seguir interviniendo en la acción de amparo que tramita por las siguientes razones:

1. Lo decidido en el caso “Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica” dictado por la máxima instancia judicial regional en materia de Derechos Humanos;
2. La situación —posible generación de embriones que deban ser criopreservados *in vitro*— “no quedaría abarcada por los términos del art. 59 del Código Civil y del art. 54, inc. a) de la ley 24.946, por no encontrarse comprometidos los intereses de personas menores o incapaces, conforme lo previsto por las normas aludida”;
3. “Aún en el caso de sostenerse que el solo hecho de la fecundación exige otorgar al embrión el estatus de persona —en razón de las indudables condiciones genéticas que aquél presenta— no es posible aseverar sin más que debe otorgársele dicha condición, en el sentido técnico-jurídico del término y a los efectos de justificar la intervención de la Defensa Pública en casos como el presente”;
4. La conclusión a la que se arriba “no se propone la absoluta desprotección de los embriones no utilizados ante la realización de un tratamiento de fertilización in Vitro”, siendo “imperioso contar cuanto antes con una normativa específica que regule las distintas actividades que se suscitan respecto de aquellos”.

Esta importante pieza jurídica firmada por la Defensora General de la Nación dedica especial atención a la conclusión a la que arriba la Corte

Interamericana de Derechos Humanos. Recuerda que, con fundamento en “la interpretación histórica y sistemática de los antecedentes existentes en el sistema interamericano, no es procedente otorgar el estatus de persona al embrión”. Destaca, además, que “el embrión, antes de la implantación no está comprendido en los términos del artículo 4 de la Convención...”, y consagra, específicamente, “el principio de protección gradual e incremental de la vida prenatal”.

Siendo esta la postura de la Defensoría General de la Nación, el 17/07/2014, el defensor oficial contestó la vista que se le había conferido manifestando que “aún en el caso de sostenerse que el solo hecho de la fecundación exige otorgar al embrión el estatus de persona —en razón de las indudables condiciones genéticas que aquél presenta—, no es posible aseverar sin más que debe otorgársele dicha condición, en el sentido técnico-jurídico del término y a los efectos de justificar la intervención de la Defensa Pública en casos como el presente”; por lo cual, declinó su intervención.⁽²⁰⁾

4. El derecho comparado

La Corte IDH no es el único tribunal internacional que sostiene que el embrión *in vitro* no es persona. En igual sentido se pronuncian otros tribunales internacionales y algunos máximos tribunales de diferentes países.

4.1. Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)

El TEDH ha manifestado que el embrión *in vitro* no persona en varios casos, entre los que se cita, específicamente, el caso *Evans c. Reino Unido*⁽²¹⁾ resuelto por la Gran Sala del TEDH el 10 de abril de 2007.

(20) Véase KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA; LAMM; Eleonora y HERRERA, MARISA, “Cuando voces autorizadas se suman para llegar a buen puerto: No a la actuación del asesor de menores como ‘Defensor de los Embriones’” La Ley del 14/10/2014, p. 1.

(21) El 12 de julio de 2000, la demandante Natalie Evans y su compañero, J., iniciaron un tratamiento en una clínica especializada en reproducción médica asistida. El 10 de octubre de 2000, fueron informados de que las pruebas preliminares habían revelado en la joven graves tumores precancerosos en ambos ovarios y que debía someterse a una ovariectomía bilateral. Aunque, como los tumores se desarrollaban lentamente, sería posible obtener algunos óvulos antes de la ablación para su FIV, pero que la obtención debía efectuarse cuanto antes. Se les explicó que debían firmar cada uno un formulario para expresar su consentimiento en el tratamiento por FIV y que, conforme a las disposiciones de la ley de 1990 de fecundación y embriología humanas, cada uno de ellos tendría la posibilidad de retirar su consentimiento en todo momento mientras los embriones no hubiesen sido implantados en el útero de la demandante. Durante la reunión, la Sra. Evans consultó

En este caso, el Tribunal considera que los embriones creados por la demandante y J., no son titulares del derecho a la vida en el sentido del art. 2º.⁽²²⁾ El TEDH, aludiendo al precedente *Vo c. Francia*,⁽²³⁾ consideró que a falta de un consenso europeo sobre la definición científica y jurídica del inicio de la vida, el punto de partida del derecho a la vida dependía del margen de apreciación de los Estados que el Tribunal tiende a considerar se les debe reconocer en este ámbito. Tal como precisaron

acerca de la posibilidad de congelar sus óvulos no fecundados, pero se le respondió que la clínica no practicaba esta técnica que se caracterizaba por un índice de éxito menos elevado. En ese momento, J. tranquilizó a la demandante diciéndole que no tenía necesidad de prever la congelación de sus óvulos, que quería ser el padre del niño que trajese al mundo. Posteriormente, la pareja dio los consentimientos necesarios firmando los formularios. El 12 de noviembre de 2001, la pareja acudió a la clínica y se obtuvieron y fecundaron once óvulos, y se crearon y conservaron seis embriones. El 26 de noviembre, la demandante sufrió la ablación de sus dos ovarios, debiendo, como consecuencia, esperar dos años antes de tratar de implantar un embrión en su útero.

En mayo de 2002, la relación entre J. y la demandante finalizó. J. notificó a la clínica la separación y pidió la destrucción de los embriones. La clínica informó a la demandante sobre su obligación legal de destruir los embriones, ante el retiro del consentimiento de J. Frente a esta situación, la demandante entabló un procedimiento ante el High Court procurando, entre otras cosas, una prescripción para requerir que J. restaurare su consentimiento. Su demanda fue rechazada el 1 de octubre de 2003, por lo que apeló. El 1 de octubre de 2004, el Tribunal de Apelación mantuvo el juicio del Tribunal Superior. Agotada la vía interna, la Sra. Evans recurrió ante el TEDH.

(22) Véase LAMM, ELEONORA, "La custodia de embriones en la jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos. A propósito del caso Evans contra el Reino Unido", en *Revista catalana de dret públic*, n° 36, 2008, pp. 195/220.

(23) Véase Caso *Vo. c. Francia*, del 8 de julio de 2004. La demanda es interpuesta por una mujer de origen vietnamita (Thi- No Vo) que acude al hospital para una consulta de su embarazo, y que por una confusión de persona (con la señora Thi Thanh Van Vo), por un error médico se le provoca el nacimiento prematuro del niño, que fallece a las pocas horas. La demandante alega la violación del art. 2º, la cual fue rechazada por el Tribunal por entender que no se había violado este artículo que garantiza el derecho a la vida. El TEDH se negó a afirmar categóricamente que el feto era sujeto autónomo del derecho a la vida. Así, en el ap. 85, el TEDH sostiene: "la Corte está convencida que, dado como están las cosas, no resulta deseable ni posible siquiera responder de manera abstracta la pregunta de si el niño no-nato es persona para efectos del artículo 2º del Convenio" ("*personne*" en el texto francés). Tras afirmar que "el punto de partida del derecho a la vida entra dentro del margen de apreciación de los Estados", puesto que "no existe ningún consenso europeo sobre la definición científica y jurídica de los inicios de la vida" (párr. 82), señala que "todo lo más que se puede encontrar como denominador común a los Estados es la pertenencia del *nasciturus* a la especie humana", por lo que son "la potencialidad de este ser y su capacidad para convertirse en una persona, las que deben ser protegidas en nombre de la dignidad humana sin por ello hacer de él una 'persona' que tendría un 'derecho a la vida' en el sentido del art. 2º" (párr. 84). Vale aclarar que, en este caso, el Tribunal sostuvo que el derecho penal no es el único modo de protección de la vida.

los tribunales internos, en ese caso,⁽²⁴⁾ la legislación británica no reconoce al embrión la calidad de sujeto de derecho autónomo ni le autoriza a prevalerse —por persona interpuesta— del derecho a la vida garantizado por el artículo 2°. Encontró, por tanto, que no había habido violación del artículo 2°.

Más recientemente, en el Caso *Costa y Pavan c. Italia*, (N° 54270/10), cuya sentencia data del 11 de febrero de 2013, se vuelve a tratar la problemática de lo embriones.

Se trata de una pareja casada que padece de una enfermedad llamada mucoviscitosis (fibrosis quística) de la que ellos son portadores sanos. Tienen una hija, nacida por métodos naturales afectada con esa enfermedad. Ellos conocieron que eran portadores cuando nació esa hija. Por lo tanto, quisieron tener un segundo hijo, que no esté afectado, y recurrieron a las TRA. Sucede que la ley 40 reserva el acceso a las TRA a las parejas estériles o infértiles y contiene una prohibición generalizada del diagnóstico genético preimplantacional (en adelante, DGP).

Agotada la instancia interna, acuden al TEDH que resuelve que la prohibición de la ley italiana importa una violación del derecho a la vida privada y familiar atento a que si bien Italia prohíbe el DGP, al mismo tiempo, autoriza el aborto frente a las graves anomalías. Ante esto, el Tribunal afirmó que “no puede dejar de considerar, por una parte, el estado de angustia de la denunciante, que ante la imposibilidad de realizar el examen, tendría como única perspectiva de maternidad la vinculada a la posibilidad de que su hijo esté afectado por tan grave enfermedad y, por otro lado, el sufrimiento derivado de la opción dolorosa de proceder, si fuera necesario, al aborto terapéutico”. En consecuencia, el

(24) Debe estarse a las decisiones previas de los tribunales ingleses en el caso *Evans* para clarificar la remisión genérica del TEDH a la legislación inglesa y determinar a partir de cuándo se considera que existe vida humana protegible. Para la High Court, si de las sentencias de la Court of Appeal se desprende que un feto no tiene un derecho a la vida protegido por el artículo 2° [así, entre otros, *Re F (in utero)* (1988)]; *Re MB (Medical Treatment)* (1997)], como un embrión se encuentra en un estadio inferior de gestación, tampoco tendrá derecho a la vida. La Court of Appeal tiene en cuenta, en primer lugar, la *Abortion Act* de 1967, según la cual el límite para la interrupción del embarazo son las 24 semanas, excepto que haya un riesgo sustancial de discapacidad para el feto o un riesgo sustancial para la vida o salud de la madre [Sección 1(1) *Abortion Act* (1967), reformada por la HFEA]. En segundo lugar, afirma que un embrión tiene el potencial de ser una persona pero no es en sí mismo una persona, por lo cual no tiene un derecho calificado a la vida. Finalmente, considera que la HFEA tampoco reconoce ningún derecho a la vida al embrión, ya que este debe destruirse cinco años después de su creación (o antes, si cada parte revoca su consentimiento).

Tribunal Europeo consideró que la prohibición absoluta del diagnóstico preimplantacional no era proporcional, debido a la legislación nacional inconsistente respecto a los derechos reproductivos, que, prohibiendo el diagnóstico preimplantacional, permitía al mismo tiempo la terminación del embarazo si un feto posteriormente demostraba síntomas de una grave enfermedad.

En definitiva, al permitir el DGP, el TEDH no considera a los embriones persona; en este punto, la sentencia remite al Caso *Roche c. Roche* que se analizará luego.

4.2. Tribunal de Justicia de la Unión Europea

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el “Caso Oliver Brüstle vs. Greenpeace eV”⁽²⁵⁾ señaló que la directiva 98/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 6 de julio de 1998, relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas, “no tenía por objeto regular la utilización de embriones humanos en el marco de investigaciones científicas, y que su objeto se circunscribía a la patentabilidad de las invenciones biotecnológicas”. Precisó que “aunque la finalidad de la investigación científica debía distinguirse de los fines industriales o comerciales, la utilización de embriones humanos con fines de investigación, que constituía el objeto de la solicitud de patente, no podía separarse de la propia patente y de los derechos vinculados a ésta”, con la consecuencia de que “la exclusión de la patentabilidad en relación con la utilización de embriones humanos con fines industriales o comerciales contemplada en el artículo 6, apartado 2, letra c), de la Directiva también se refería a la utilización con fines de investigación científica, pudiendo únicamente ser objeto de patente la utilización con fines terapéuticos o de diagnóstico que se aplica al embrión y que le es útil”. Con esta decisión, el Tribunal de Justicia afirmó la exclusión de patentabilidad de embriones humanos, entendidos en un sentido amplio,⁽²⁶⁾ por

(25) Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, “Oliver Brüstle vs. Greenpeace eV”, sentencia del 18 de octubre de 2011, Asunto C-34/10.

(26) Ver Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, “Oliver Brüstle vs. Greenpeace eV”, cit., párr. 38. “Constituye un ‘embrión humano’ en el sentido del artículo 6, apartado 2, letra c), de la Directiva todo óvulo humano a partir del estadio de la fecundación, todo óvulo humano no fecundado en el que se haya implantado el núcleo de una célula humana madura y todo óvulo humano no fecundado estimulado para dividirse y desarrollarse mediante partenogénesis”. El artículo de la Directiva establece: “1. Quedarán excluidas de la patentabilidad las invenciones cuya explotación comercial sea contraria al orden público o a la moralidad, no pudiéndose considerar

razones éticas y morales, cuando esta se relaciona con fines industriales y comerciales.⁽²⁷⁾

En definitiva, el Tribunal de Luxemburgo declara excluido de patentabilidad el empleo de embriones humanos con fines de investigación, pues a su juicio la investigación no puede deslindarse de la posterior explotación comercial e industrial. En otras palabras, no se puede patentar porque la patente implica comercialización e industrialización.

Además, aunque adopta una definición amplia de embrión, lo hace en relación a la posibilidad de patente. Estando en juego la dignidad humana, y en base al principio de precaución, ningún organismo que pudiera ser considerado como un embrión humano debe quedar fuera del concepto de “embrión no patentable”.

Ahora bien, ni la directiva, ni la sentencia establecen que los embriones humanos deban ser consideradas “personas” o que tengan un derecho subjetivo a la vida.

4.3. Sentencia del Supremo Tribunal Federal del Brasil

La falta de personalidad del embrión *in vitro* también fue establecida en una importante sentencia emanada del Supremo Tribunal Federal del Brasil (en adelante, STFB),⁽²⁸⁾ en el que se cuestionaba la constitucionalidad del art. 5º de la ley de Bioseguridad (LEI Nº 11.105, del 24 de marzo de 2005) que establece:

Se permite para fines de investigación y terapia, el uso de células madre embrionarias obtenidas de embriones humanos producidos por fertilización *in vitro* y no utilizados en el respectivo procedimiento, siempre que se reúnan las condiciones siguientes:

como tal la explotación de una invención por el mero hecho de que esté prohibida por una disposición legal o reglamentaria. 2. En virtud de lo dispuesto en el apartado 1, se considerarán no patentables, en particular: (...) c) las utilidades de embriones humanos con fines industriales o comerciales”.

(27) Ver BERGEL, S. D., “La patentabilidad de genes humanos. Criterio de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, en *Revista Jurídica La Ley*, 13/08/2013, p. 1 y ss., LL 2013-D-1188; y del mismo autor, “De embriones, patentes y dignidad humana”, en *Revista Derecho de Familia y Persona*, La Ley, abril 2012, p. 227 y ss.

(28) Supremo Tribunal Federal del Brasil, ADI 3510 / DF - DISTRITO FEDERAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, Relator(a): Min. Ayres Britto, Julgamento: 29/05/2008, Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

I- que se trate de embriones no viables, o II- se trate de embriones congelados durante 3 (tres) años o más a la fecha de publicación de esta Ley, o que, ya estén congelados a la fecha de publicación de esta Ley y completen los tres (3) años a partir de la fecha de congelación. § 1 En cualquier caso, se requiere el consentimiento de los genitores. § 2 Las instituciones de investigación y servicios de salud que realicen/lleven a cabo la investigación o la terapia con células madre embrionarias humanas deberán presentar sus proyectos para la consideración y aprobación de los respectivos comités de ética en investigación. § 3 Se prohíbe la comercialización del material biológico al que se refiere el presente artículo y su práctica constituye el delito tipificado en el art. 15 de la ley 9434 del 4 de febrero de 1997.

El 29 de mayo de 2008, el STFB resolvió que “la investigación con células madre embrionarias no viola el derecho a la vida ni a la dignidad de la persona”.

Según esta sentencia, la Carta Magna Federal del Brasil no dispone sobre el inicio de la vida humana o sobre el momento preciso en que comienza. Este silencio constitucional es hermenéuticamente muy significativo en cuanto traspassa el poder normativo a la legislación ordinaria. La potencialidad de algo para tornarse persona humana es meritoria y suficiente para merecer protección infraconstitucional, contra las tentativas frívolas o desconsideradas de prevenir su continuidad fisiológica natural. Sin embargo, las tres realidades no se confunden: el embrión es embrión, el feto es feto y la persona humana es persona humana. Por lo tanto, no hay persona humana embrionaria, sino embrión de persona humana. El embrión al que se refiere la Ley de Bioseguridad (“*in vitro*”) no es una vida camino a otra forma de vida virginalmente nueva porque carece de las posibilidades de adquirir las primeras terminaciones nerviosas, sin las cuales el ser humano no tiene posibilidad como proyecto de vida autónoma e irrepetible.

4.4. Sentencia del Tribunal Supremo de Irlanda

En este caso,⁽²⁹⁾ se trata de una pareja, Mary y Thomas Roche, que se casaron en 1992 y en 1997 tuvieron su primer hijo. Poco después, a Mary le fue diagnosticado un quiste ovárico, que llevó a que ese ovario le fuera extirpado. En 2002, la pareja se sometió a FIV con gametos de ambos. Previamente, los

(29) Tribunal Supremo de Irlanda, “Roche -v- Roche & ors”, [2009] IESC 82, sentencia del 15 de diciembre de 2009.

esposos firmaron 4 formularios de consentimiento informado, uno en el que Mary autorizaba la extracción de óvulos, otro en el que el esposo consentía la FIV, un tercero en el que ella consentía la transferencia de 3 embriones, y un cuarto en el que autorizaban la crioconservación de los embriones restantes. Nada firmaron respecto a la disposición de los embriones para el caso de circunstancias sobrevenidas.

Con el tratamiento, se crearon 6 embriones. 3 fueron implantados y 3 fueron crioconservados.

A finales de 2002, la pareja se separó, poco después del nacimiento de su segunda hija, producto del tratamiento de FIV.

En 2004, la mujer solicitó al centro la disposición de los 3 embriones sobrantes a lo que el centro se opuso por falta de consentimiento de Thomas. Entonces la mujer comenzó un procedimiento judicial a los efectos de que se le autorice a disponer de los embriones y evitar su destrucción.

El 18 de julio de 2006, la High Court desestimó la pretensión de la actora y el 15 de diciembre de 2009, el Tribunal Supremo de Irlanda confirmó por unanimidad la sentencia de la High Court.

Sostuvo que lo embriones crioconservados no podían considerarse “no nacidos” a los efectos de ser titulares del derecho a la vida que el art. 40.3.3° de la Constitución irlandesa también reconoce a los no nacidos. En consecuencia, y en contra de lo que pretendía la actora, el Estado no tenía ninguna obligación de garantizar su implantación.

Como se puede observar, el Tribunal Supremo de uno de los países en el que el catolicismo está muy arraigado, también descarta la personalidad del embrión *in vitro*.

4.5. Tribunal Constitucional de España

En España, el Tribunal Constitucional (TC) no se ha expedido de manera expresa sobre la naturaleza jurídica del embrión, pero ha dicho que la vida humana es un proceso que se inicia con la gestación, afirmación que justifica la menor protección de la que son objeto los embriones *in vitro*.⁽³⁰⁾

(30) Ver STC 53/1985 del 11 de abril. En esa oportunidad —en el marco de un proceso en el que se debatía la declaración de inconstitucionalidad de la no punibilidad del aborto en determinados supuestos solicitada por un grupo de 54 diputados— sostuvo que “la vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la gestación, en el curso de la cual una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana, y que termina en la muerte”. La STC 212/1996, pleno del 19 de diciembre, reiteró la tesis anterior.

Esta menor protección explica que la STC 116/1999 declare constitucional la crioconservación de embriones,⁽³¹⁾ tras afirmar que “los preembriones *in vitro* no gozan de una protección equiparable a la de los ya transferidos al útero materno”. El TC español considera la implantación un momento de necesaria valoración biológica que justifica la menor protección del embrión *in vitro*.

4.6. Otra jurisprudencia relevante

Distintos fallos en el derecho comparado, con diferente alcance, también han descartado la personalidad del embrión.

Por un lado, en el caso “Davis v. Davis”⁽³²⁾ el juez de primera instancia resolvió a favor de la ex esposa, sobre la base de considerar al embrión como “un ser humano existente como un embrión *in vitro*”.⁽³³⁾ Este enfoque fue modificado por la Corte Suprema de Tennessee que consideró que los embriones no pueden ser considerados personas ante la ley, pero entendió que tampoco deben ser considerados como propiedad o meros objetos. La Corte entendió que constituyen una “categoría intermedia”, regida por normas propias (*sui generis*).⁽³⁴⁾ Consecuentemente, con este punto de partida, la Corte reconoció los intereses del ex marido para evitar su utilización en contra de sus deseos.

En otros casos, se consideró a los embriones como propiedad. Así se resolvió en el caso “Del Zio” del año 1978.⁽³⁵⁾ El fallo surgió cuando un médico deliberadamente eliminó los embriones *in vitro* de una pareja. Un jurado de Nueva York resolvió indemnizar a la pareja con USD50.000 por la imposición intencional de angustia emocional, evitando darle un valor monetario al propio embrión.

(31) Afirmó que la crioconservación no solo no resulta atentatoria a la dignidad humana, sino que, por el contrario y atendiendo al estado actual de la técnica, se nos presenta más bien como el único remedio para mejor utilizar los preembriones ya existentes, y evitar así fecundaciones innecesarias (FJ. 11).

(32) El caso tiene como base una demanda de divorcio. Junior Levis Davis y Mary Sue Davis habían seguido un procedimiento de fertilización *in vitro*, creándose 7 embriones, que en el momento del divorcio estaban crioconservados, no habiendo llegado a un acuerdo sobre la “custodia” de esos embriones. Junior Davis se oponía a la implantación de los embriones.

(33) “Davis v. Davis”, 15 Family Law Reports 2097 (Tennessee Circuit Court, 1989), at 2103.

(34) “Davis v. Davis”, 842 South Western Reports 588 (1992).

(35) “Del Zio v. Columbia”, Presbyterian Hospital, Case N° 71-3588 (SDNY, 1978).

También en Uruguay se adoptó una solución similar en el fallo del Juzgado Letrado Civil N° 3 de Montevideo en los autos “L. F., M. y otros c/ A. Española s/ daños y perjuicios. Responsabilidad médica” del 22/02/2012, en el que dos matrimonios demandan a un centro de fertilidad por la pérdida de un total de 7 embriones crioconservados producto de una falla mecánica en el aparato de unidad y almacenamiento criogénico. En la misma demanda, los actores reclaman incumplimiento contractual por: 1) la falta de consentimiento informado y 2) la destrucción de embriones. Con relación a este segundo tópico, la sentencia afirmó:

Esta decisora considera innecesario profundizar y/o polemizar acerca de la terminología que utilizan los actores en la demanda cuando hablan de pérdida de hijos, hermanos, de niños, niñas, etc. Con el mayor de los respetos se dirá que en el caso estamos ante la destrucción de embriones humanos como lo explicaron los peritos en sus informes, que conllevó en la especie a la pérdida de la posibilidad de tener hijos para Marisel y de tener más hijos en el caso de su hermana Mabel.

Los matrimonios reclamaron daño moral propio por la pérdida de sus hijos y por *iure hereditatis*. En el caso del matrimonio de Mabel, también reclamaron daño moral en representación de sus hijos por no poder tener hermanos.

La sentencia hace lugar al reclamo, aunque desestima todo reclamo por daño moral *iure hereditatis* por entender que el daño moral no se puede transmitir por ser un derecho de carácter personalísimo. Tampoco se hace lugar al daño moral solicitado en representación de los hijos del matrimonio por no haberse demostrado que hayan sido afectados por la depresión o tristeza que alega su madre, ni tampoco que sufran por no tener más hermanos, lo que era solo una posibilidad.

Por último, cabe citar el caso “York v. Jones”.⁽³⁶⁾ Se trata de una pareja que realiza un tratamiento de FIV en la clínica Norfolk, y que tenía un embrión crioconservado. Decide mudarse a California y entonces solicitaron a la clínica que les envíe el embrión a Los Ángeles para la implantación en la mujer. La clínica dio varias razones para su negativa: el riesgo de pérdida

(36) “York v. Jones”, 717 Federal Supplement 421 (Eastern District of Virginia, 1989).

o robo durante el transporte, la falta de aprobación por el comité de ética de investigación del instituto, y el trato indigno para el embrión humano que importaba su envío. El Tribunal de Distrito de Norfolk dictaminó que la pareja había dado la posesión del embrión a la clínica, que la clínica lo tuvo en fideicomiso y, en ausencia de cualquier acuerdo en contrario, estaba obligada a seguir las instrucciones de los propietarios para su disposición. En resumen, el Tribunal aplicó los principios ordinarios en cuanto a la entrega de la posesión de mercancías.

4.7. Leyes⁽³⁷⁾

Las argumentaciones antes expuestas son la base de un conjunto de leyes del derecho comparado⁽³⁸⁾ que ponen de resalto dos cuestiones que se relacionan: a) distinguen los embriones implantados de los conservados *in vitro* y b) ninguna atribuye calidad de persona a los segundos.

5. Argumentos bioéticos que descartan la personalidad del embrión *in vitro*

Conforme surge del marco jurídico anteriormente analizado, jurídicamente, el embrión *in vitro* no es persona y, por ello, tampoco es titular de derechos fundamentales, en concreto, del derecho a nacer. Esta conclusión, a su vez, se funda en los siguientes argumentos relacionados con los principios generales de la bioética.

(37) Véase también KEMELMAJER DE CARLUCCI, A; HERRERA, M. y LAMM, E., "El embrión no implantado - Proyecto de Código unificado. Coincidencia de la solución con la de los países de tradición común", en *Revista Jurídica La Ley*, 10/07/2012, p. 1 y ss., *La Ley* 2012-D, 925.

(38) Entre otras, España: ley 14/2006, del 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida; Reino Unido: *Human Fertilisation and Embryology Act* 2008; Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS)); Canadá: *Assisted Human Reproduction Act* 2004, c. 2; Bélgica: *Law on embryo research* (11 de mayo del 2003); Finlandia: N° 488/1999 *Medical Research Act*, Sección 2 (295/2004); Holanda: Act containing rules relating to the use of gametes and embryos (Embryos Act). División 1; República Checa: *Act on Research on Human Embryonic Stem Cells and Related Activities and on Amendment to Some Related Acts*. Citation: 227/2006 Coll. Part: 75/2006 Coll. Sección 2; Suiza: *Federal Act on Research Involving Embryonic Stem Cells (Stem Cell Research Act, StFG)* del 19/12/2003, modificada el 15/02/2005, etc. La ley de técnicas de reproducción asistida del Uruguay, ley 19.167, sancionada el 12/11/2013, si bien no se define el concepto jurídico de persona, un análisis sistémico de su articulado permite concluir que el embrión *in vitro* no es considerado persona. Véase HERRERA, M. y LAMM, E., "La fuerza de la realidad: la reciente ley de técnicas de reproducción humana asistida del Uruguay", en *Revista Jurídica La Ley*, 02/12/2013, p. 1.

5.1. No es persona porque no tiene posibilidad de desarrollo

La distinción entre embrión implantado y embrión *in vitro* es de toda lógica: los embriones **implantados** tienen viabilidad para desarrollarse; o sea, en las condiciones oportunas para su evolución, su tendencia o destino natural es convertirse en fetos y en individuos neonatos tras el nacimiento; en cambio, los embriones *in vitro* sin tal transferencia no tienen esa posibilidad, al menos en el estado actual de la ciencia.

En otras palabras, si bien desde el momento de la fecundación existe un genoma único que proviene de la unión de las dos gametas, la información genética del cigoto resultante no alcanza para constituir un individuo. Es la unidad persona-embrión la que posibilita el desarrollo. El embrión fertilizado *in vitro* necesita ser implantado en el útero para llegar a ser un feto y luego un niño. Esto implica una intervención externa adicional a la formación del cigoto.

Dice González Valenzuela:

... un cambio esencial es el que implica el paso del estado preimplantatorio del embrión a su implantación en el seno materno. Antes de ese momento el embrión está ciertamente separado, existe en sí, no ha comenzado para él ese hecho medular de su literal incorporación al otro que es el útero materno; allí desplegará su constitutiva condición de ser-en relación, rasgo humanizante de la vida.⁽³⁹⁾

Entonces, mientras el embrión no implantado no puede desarrollarse por sí mismo, el segundo puede evolucionar hasta constituirse en un ser humano.

5.2. No es persona, aunque sea persona en potencia

Se podría plantear que tanto los embriones implantados como los *in vitro* son personas en potencia; potencialidad que por cierto se presenta más evidente en el embrión ya implantado.

Ahora bien, si se supone, como lo hago en este trabajo, que el embrión humano no es una persona, entonces tampoco es una persona posible o potencial, debido a su potencialidad. ¿Acaso el que tenga potencialidad le da derecho a nacer, o derecho a realizar ese potencial? Creo que la respuesta debe ser negativa.

(39) GONZÁLEZ VALENZUELA, J., *Genoma humano y dignidad humana*, Barcelona, Anthropos, 2005, p. 153.

Hay un número enorme de “potenciales personas”, pensemos en todos los embriones crioconservados existentes⁽⁴⁰⁾ y la cantidad de embriones que se seguirán creando como consecuencia de las TRA.⁽⁴¹⁾ Ninguna de esas “potenciales personas” tiene derecho a llegar a existir como persona; de hecho, desde que las “potenciales personas” no son entidades en absoluto, no está claro cómo podrían ser titulares de derechos. Entonces, si los embriones *in vitro* ya existentes no pueden tener interés en convertirse en una persona porque no tienen ningún interés en absoluto, entonces no pueden tener derecho a convertirse en una persona y realizar su potencial.

La pregunta relevante para evaluar el impacto que tiene la potencialidad sobre el estatus moral de un embrión es cómo el hecho de que un embrión que tiene potencial para desarrollarse en persona humana, a pesar de que al mismo tiempo es un embrión que no es una persona humana, es suficiente para conferir al embrión el estatus moral que tendrá más tarde al convertirse en persona humana.

Si Sarah, que tiene una enfermedad terminal, escribe en su testamento que le deja su casa a su hija, entonces su hija es potencialmente heredera de la casa y, como heredera, tendrá derecho a vender la casa a terceros. Pero hasta que sea heredera, no solo heredera potencialmente, no tiene derecho a vender la casa. Si Sam tiene el potencial para correr más rápido que todos los demás competidores en la carrera, entonces él tiene el potencial para reclamar el premio, pero no tiene ningún derecho o reclamo existente para con el premio hasta que esa potencialidad se convierta en actualidad y haya corrido más rápido que todos los demás competidores.

(40) En España, por ejemplo, hay unos 400.000 embriones crioconservados, según han asegurado el director médico y el director de Laboratorio de Unilabs Reproducción Humana, Juan Martínez de María y Luis González-Viejo, quienes han informado que, una vez conseguida al menos una gestación, hasta el 50 por ciento de las parejas no toman una decisión sobre el destino de los embriones, declinando en ocasiones esta responsabilidad en los profesionales, [en línea] <http://www.europapress.es/salud/investigacion/noticia-espanahay-400000-embryones-congelados-20131021174637.html>

(41) La Sociedad sobre Tecnología Reproductiva (SART)-RAND recopiló datos de 430 clínicas de TRA que tenían embriones crioconservados en los Estados Unidos y reveló que casi el 4% de los 400.000 embriones estaban crioconservados por razones que incluyen: pérdida de contacto con el paciente; abandono, muertes de pacientes, espera del plazo de 7 años para descartar, falta de decisión sobre la transferencia a otro Estado, a la espera de una decisión sobre la disposición o la donación a la investigación o a otro pareja, en espera de la decisión final en caso de divorcio. HOFFMAN, D. I.; ZELLMAN, G. L.; FAIR, C. C.; MAYER, J. F.; ZEITZ, J. G.; GIBBONS, W. E. et al., “Cryopreserved embryos in the United States and their availability for research”, en *Fertil Steril* 2003, 79, pp. 1063/1069.

Los derechos tienen ese carácter: se basan en las propiedades presentes, y no solo potenciales; son derechos, si han superado la etapa de la mera potencialidad. De modo que la potencialidad del embrión para convertirse en una persona es relevante para el estatus moral que tendrá si se convierte en una persona, pero cuando todavía es un embrión no tiene el estatus moral que tendrá más tarde cuando se haya convertido en una persona.⁽⁴²⁾

5.3. No es persona, aunque es miembro de la especie humana

Sin duda, es correcto afirmar que un embrión humano es un miembro de la especie humana, no es miembro de algunas otras especies como las ranas o las vacas, pero eso no es suficiente para darle el mismo estatus moral de los seres humanos que son personas indiscutiblemente. Esto se debe a que la condición moral de la persona humana no deriva simplemente de su pertenencia a la especie. Más bien, debe haber algunas otras propiedades que dotan a los seres humanos como persona. Si por ser meros miembros de la especie se dota a los embriones con esta condición moral especial, sería similar a las pretensiones racistas o sexistas que exigen un estatus moral especial o de superioridad para su propia raza o sexo sin fundamento.

La propiedad que confiere personalidad y estatus moral a los seres humanos es algo discutido. Sin ánimo de ser exhaustiva, se puede decir que para algunos es la capacidad de adquirir sensibilidad; para otros, la conciencia, o la conciencia de uno mismo; mientras que para otros, sería la capacidad para la conducta intencional. Lo cierto es que cualquiera sea la propiedad que se piensa o se usa para conferir personalidad, los organismos o seres que carecen de ella no son personas. El punto crucial respecto de los embriones es que, evidentemente, carecen de cualquiera de las propiedades que han sido, o que plausiblemente podrían ser reclamadas para conferir personalidad. En la etapa de blastocisto, el embrión es un organismo indiferenciado de entre 100 y 200 células, que carece de un sistema de órganos, de cerebro o de cualquiera de las otras propiedades que generalmente se usan para conferir personalidad.⁽⁴³⁾

(42) BROCK, D. W., "Creating Embryos for Use in Stem Cell Research. Creating Embryos for Use in Stem Cell Research", en *Journal of Law, Medicine & Ethics* 38, n° 2, 2010, pp. 229/237.

(43) BROCK, D. W., "Is a consensus possible on stem cell research? Moral and political obstacles", en *Journal of Medical Ethics*, 32(1), 2006, pp. 36/42.

5.4. El embrión in vitro. Ni persona ni cosa

Ya se dijo que el embrión *in vitro* no es persona, mas tampoco es cosa.

El embrión —si atendemos a la mencionada división binaria entre persona y cosa— puede ser considerado, como en su momento lo sostuvo Hermitte, “como una cosa de origen humano y con destino humano”, lo cual lo diferencia de las demás cosas a las que se refiere la ley.⁽⁴⁴⁾

El embrión humano no puede ser considerado una persona humana completa, pero tampoco es mero tejido humano sin estatus moral. Considero que el embrión humano tiene un “estatus moral intermedio”.⁽⁴⁵⁾ Consecuentemente, al embrión se le debe cierto respeto, aunque no todas las protecciones de la persona humana.

De conformidad con los fundamentos del anteproyecto,⁽⁴⁶⁾ negar carácter de persona a los embriones no implantados no quiere decir que sean tratados como meras cosas sin protección de ningún tipo. Metodológicamente, esa protección debe estar regulada en la ley especial, tal como sucede en numerosas leyes del derecho comparado que, incluso por mandato legislativo, deben ser revisadas periódicamente.

En otras palabras, al sustentar la tesis de una personalización diferida, las etapas previas a la personalización no son carentes de valor dignidad y respeto; sin embargo, la manera de expresarle el respeto es lo que difiere. Para ilustrar esto, vale la pena el siguiente ejemplo teórico: la bióloga jefa de un laboratorio de reproducción asistida llega, un sábado

(44) HERMITTE, M. A., “*Le corps hors du comerse, hors du marché*”, en *Arch. du Philosophie du Droit*, 1970, t. 33, p. 323.

(45) RAPOSO, V. L. y OSUNA, E., “*Embryo dignity the status and juridical protection of the in vitro embryo*”, en *Med Law* 2007, n° 26, pp. 737/746; BROCK, D. W., “*Is a consensus possible...*”, *op. cit.*

(46) Estos dicen: “el Anteproyecto no varía el estatus legal del comienzo de la persona, en tanto se reconocen efectos desde la concepción en seno materno, como ocurre en el derecho vigente, a punto tal, que se ha conservado hasta su antigua terminología. Conforme con la regulación de la filiación por técnicas de reproducción humana asistida, el Anteproyecto agrega los efectos para el caso del embrión implantado en el cuerpo de la mujer; en este sentido, se tiene en cuenta que, conforme con el estado actual de las técnicas de reproducción humana asistida, no existe posibilidad de desarrollo de un embrión fuera del cuerpo de la mujer. Esta posición en el Código Civil no significa que los embriones no implantados no tengan protección alguna, sino que, tal como sucede en el derecho comparado, corresponde que esta importantísima cuestión sea regulada en leyes especiales que, incluso, prevén su revisión periódica, dado el permanente avance científico en la materia”.

de mañana, a revisar las incubadoras que contienen 20 embriones en desarrollo de 4 y 8 células; dado que no tiene a nadie con quien dejarla, la bióloga lleva a su hija de 2 años y la deja en la sala adjunta mientras va a preparar soluciones para ese día. En ese momento, ocurre un incendio y se requiere actuar rápido; un bombero acude al incendio, entra a la zona del laboratorio y se encuentra frente a la alternativa de salvar a la niña o salvar 20 embriones que están en el interior de la incubadora; si los embriones de 8 células tiene el mismo valor que la persona, debiera primar el criterio cuantitativo y salvar 20 es siempre mejor que salvar uno, sin embargo, lo más probable es que el bombero salve a la niña, echando mano a un juicio de valor en que prima la persona actual sobre los embriones.⁽⁴⁷⁾

Labrousse Riou señala que el embrión humano es una nueva realidad para la ley que debe juzgarla, no por lo que representa ontológicamente sino por lo que es lícito o ilícito hacer con esta realidad. Ahora bien, a ese fin, hay que representar la realidad, concebirla, darle una forma jurídica, preguntándose qué sentido tiene y qué consecuencias concretas están unidas a esa representación.⁽⁴⁸⁾

Para empezar a vislumbrar qué es lícito o ilícito hacer con esta realidad, se debería comenzar por restringir su uso para fines humanos importantes. Ese respeto especial justifica la existencia de normas que limiten el uso y la destrucción de embriones en investigaciones que importen una promesa razonable de curar o aliviar una grave enfermedad o el sufrimiento humano, así como los procedimientos para asegurar que se respeten estos lineamientos. Por lo tanto, si se tomó —como en el art. 19 “original”— la decisión de política pública que importa reconocer que los embriones humanos tienen un estatus moral intermedio y, por ende, exigen un respeto especial, se debe aprobar una regulación apropiada.⁽⁴⁹⁾

En esta regulación, esta protección debería concretarse, entre otras cosas, no solo en la prohibición de crear embriones humanos gaméticos⁽⁵⁰⁾ con otro fin que no sea el de la reproducción humana o el de investigación,

(47) ZEGERS- HOCHSCHILD, F., “Algunas consideraciones éticas en la práctica de la reproducción asistida en Latinoamérica”, en Casado, M., y Luna, F. (coords.), *Cuestiones de Bioética en y desde Latinoamérica*, Madrid, Civitas- Thomson, 2012, p. 184 y ss.

(48) LABROUSSE RIOU, C., *Écrits de bioéthique*, Paris, PUF, 2007, p. 161.

(49) BROCK, D. W., “Is a consensus possible...”, *op. cit.*

(50) Para la distinción entre embriones gaméticos y somáticos, véase CASADO, M., “En torno a células madre, pre-embriónes y pseudo-embriónes: el impacto normativo de los

o la prohibición de crear embriones somáticos con fines reproductivos —distinto es el caso de los embriones somáticos creados por transferencia nuclear mediante clonación terapéutica que, a mi juicio, sí deberían permitirse—⁽⁵¹⁾ sino también en la regulación taxativa de los destinos de los embriones sobrantes crioconservados que —al día de hoy, según el estado actual de la ciencia— no pueden ser otros que su utilización por los titulares, la donación con fines reproductivos,⁽⁵²⁾ la donación con fines de investigación, o el cese de su conservación sin otra utilización.⁽⁵³⁾ Quedando descartada siempre la comercialización de embriones.

Podemos concluir, entonces, que incluso si los embriones humanos tienen un estatus moral intermedio y exigen protección especial, esto no tiene por qué ser incompatible con el uso y la destrucción de ellos en investigaciones médicas que importen una promesa razonable de tratar o prevenir enfermedades humanas graves o sufrimiento, tal como fue decidido por la Corte brasileña en la sentencia antes reseñada.

5.5. La no personalidad del embrión es la solución bioéticamente compatible con otros derechos ya reconocidos legalmente

El no reconocimiento de la personalidad jurídica del embrión *in vitro* representa una solución bioéticamente correcta, debido a que permite el acceso a la fertilización *in vitro* y sus posibles derivados o consecuencias, como por ejemplo, el diagnóstico genético preimplantacional y la crioconservación de embriones.

Documentos del Observatorio de Bioética y Derecho de la UB”, en *Revista de bioética y derecho*, n° 19, mayo de 2010.

(51) En España, la Ley 14/2007, del 3 de julio, de Investigación biomédica en el punto primero de su art. 33 prohíbe “constituir preembriones o embriones para la investigación”, no obstante, en el segundo punto de ese mismo artículo, abre la posibilidad de “activación de ovocitos mediante transferencia nuclear”, para referirse a lo que se designa como embriones somáticos.

(52) En una postura actualmente minoritaria algunos autores nacionales y extranjeros (véase ANDERSON, M. L., “*Are you my mommy? A call for regulation of embryo donation*”, en 35 *Capital University Law Review*, 589, 2006, p. 607 y ss.; MERCER, B. S., “*Embryo adoption: where are the laws?*” 26, en *Journal of Juvenile Law* 73, 2006, pp. 82/83) propician la adopción de embriones. Esta posición deriva, obviamente, de considerar al embrión persona. Aunque este tema será objeto de otro trabajo, cabe anticipar que la adopción es una figura ajena a la situación, no solo en lo que respecta a la relación jurídica sustancial, sino también en cuanto al procedimiento judicial de la adopción, absolutamente inaplicable a los embriones.

(53) En una resolución interlocutoria del 16/09/2013, el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 82 dispuso que un centro médico (Hospital Italiano) procediera a la destrucción de los embriones de un matrimonio que en pleno proceso de divorcio solicitan conjuntamente tal proceder.

Hay que hablar sin eufemismos; decir que los embriones *in vitro* son personas implica prohibir la técnica de la criopreservación, cuya consecuencia directa es eliminar la práctica, pues el efecto necesario es que los embriones no se pueden usar en un segundo intento, lo que supone que hay que implantarlos todos de una vez, con grave riesgo para la salud de la madre.⁽⁵⁴⁾ O que solo se extraigan los óvulos a fecundar, provocando también consecuencias en la salud de la persona que acude a las TRA.⁽⁵⁵⁾

La crioconservación se nos presenta como el remedio para mejor utilizar los embriones *in vitro* ya existentes, y evitar así fecundaciones innecesarias. La crioconservación protege el derecho a la salud del niño por nacer y de la persona que acude a las TRA atento a que, por un lado, evita embarazos múltiples (y, consecuentemente, también las reducciones embrionarias), y por el otro, evita que no se vuelva a estimular ováricamente a la persona (con el riesgo de sufrir el síndrome de hiperestimulación ovárica) ni que tenga que pasar nuevamente por el proceso de extracción de óvulos, su transferencia e implantación, etc. Además, también se justifica por razones económicas, atento a que disminuye los costes porque evita repetir procesos que siempre serán más costosos que los gastos de la crioconservación. En lo que respecta a los embarazos múltiples, estos generan un importante problema de salud pública. Las gestaciones múltiples son seis veces más propensas a nacer prematuramente que las gestaciones singulares o únicas. Debido a la prematuridad, los embarazos múltiples tienen un mayor riesgo de causar problemas respiratorios, parálisis cerebral, sordera y ceguera en los recién nacidos.⁽⁵⁶⁾

(54) KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.; HERRERA, M. y LAMM, E., "El embrión no implantado - Proyecto de Código unificado. Coincidencia de la solución con la de los países de tradición común", *op. cit.*, p. 1 y ss.

(55) Aunque hoy es posible la vitrificación de ovocitos, esta técnica no reemplaza por completo la crioconservación de embriones. Existen supuestos en los que solo se pueden crioconservar embriones. Pensemos, por ejemplo, una pareja heterosexual en la que el hombre tiene una escasa reserva de esperma, de modo que al extraerlos sería su última muestra. Medicamente es aconsejable, atento a las posibilidades de alcanzar un embarazo, crioconservar embriones, y no solo el semen. Sin perjuicio de lo dicho, la creación de embriones aumenta la tasa de embarazo atento a que permite detectar errores cromosómicos y la posibilidad de evaluar los embriones antes de su transferencia.

(56) HELMERHORST, F. M.; PERQUIN, D. A. M.; DONKER, D. y KEIRSE, M. J. N. C., "Perinatal outcome of singletons and twins after assisted conception: a systematic review of controlled studies", en *BMJ* 2004, 328 (7434), pp. 261/265; STRÖMBERG, B.; DAHLQUIST, G.; ERICSON, A.; FINNSTRÖM, O.; KÖSTER, M. y STJERNQVIST, K., "Neurological sequelae in children born after in-vitro fertilisation: a population-based study", en *Lancet* 2002, 359 (9305), pp. 461/465; VAN VOORHIS, B. J.

En lo que respecta a la salud de la persona que acude a las TRA, los estudios revelan que las madres de gemelos tienen una peor salud general que las madres de hijos únicos. Las consecuencias de las gestaciones múltiples incluyen una mayor tasa de cesárea, hipertensión en el embarazo, hemorragia posparto, prolongado reposo debido a un parto prematuro, y, aunque no frecuentes, también muertes maternas.⁽⁵⁷⁾

Pero además, varios países, en particular aquellos con servicios nacionales de salud, han reconocido los elevados costes asociados a las gestaciones múltiples y han implementado estrategias para reducir los nacimientos múltiples. Por ejemplo, en Gran Bretaña, el Código de Prácticas de la Autoridad de Fertilización Humana y Embriología exigió a las clínicas desarrollar una "estrategia de minimización del parto múltiple" con el objetivo de reducir los embarazos múltiples del 24% al 10% en un plazo de 3 años.⁽⁵⁸⁾ Bélgica tiene una política de reembolso para los procedimientos de FIV que requieran la transferencia de un solo embrión en pacientes con buen pronóstico. Esta política, que está vinculada a los resultados previos de FIV, la edad materna y la calidad del embrión, ha eliminado en gran medida las gestaciones múltiples y se ha traducido en una reducción del 50% de los embarazos gemelares.⁽⁵⁹⁾ Al evaluar los costos totales de atención en salud por cada niño nacido hasta la edad de 3 meses, se ha demostrado que la transferencia de un solo embrión es más rentable que la transferencia de dos embriones, principalmente debido a costos mucho más altos que generan los gemelos recién nacidos.⁽⁶⁰⁾

y RYAN, G. L., "Ethical Obligation for Restricting the Number of Embryos Transferred to Women: Combating the Multiple-Birth Epidemic from In vitro Fertilization", en *Seminars In Reproductive Medicine*, n° 4, v. 28, 2010, pp. 287/294; PINBORG, A.; LOFT, A.; SCHMIDT, L. y ANDERSEN, A. N., "Morbidity in a Danish national cohort of 472 IVF/ICSI twins, 1132 non-IVF/ICSI twins and 634 IVF/ICSI singletons: health-related and social implications for the children and their families", en *Hum Reprod* 2003, 18 (6), pp. 1234/1243.

(57) VAN VOORHIS, B. J. y RYAN, G. L., *op. cit.*

(58) Para más información, ver [en línea], <http://www.oneatatime.org.uk/471.htm>

(59) OMBELET, W.; DE SUTTER, P.; VAN DER ELST, J. y MARTENS, G., "Multiple gestation and infertility treatment: registration, reflection and reaction - the Belgian project", en *Hum Reprod Update* 2005a, 11 (1), pp. 3/14; y GERRIS, J., "The near elimination of triplets in IVF", en *Reprod BioMed Online* 2007, 15 (3), pp. 40/44.

(60) GERRIS, J.; DE SUTTER, P.; DE NEUBOURG, D., et al., "A real-life prospective health economic study of elective single embryo transfer versus two-embryo transfer in first IVF/ICSI cycles", en *Hum Reprod* 2004, 19 (4), pp. 917/923.

Cabe agregar que en esta reducción del embarazo múltiple es clave la crioconservación. Solo así no se afecta la salud de la persona que se somete a las TRA; de lo contrario, serían necesarios varios procesos de estimulación ovárica, extracción de óvulos y su posterior implantación, con todas las consecuencias que generan en la salud física y psíquica de las personas involucradas.

Cabe tener en cuenta que casi la totalidad de las legislaciones que han regulado las TRA permiten la crioconservación de embriones. En este sentido, vale la pena destacar lo sucedido en Italia, ya que si bien su legislación prohibía la crioconservación (art. 14, inc. 1°, 2° y 3°), esta situación que fue declarada inconstitucional por la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 151/2009.

En nuestro país, la crioconservación y la posibilidad de acceder a la fertilización *in vitro* con todas sus consecuencias, es decir, los derechos a los que se hizo referencia en este apartado,⁽⁶¹⁾ ha sido regulada por la ley 26.862 y su decreto reglamentario, que garantiza el acceso a las TRA sin distinciones fundadas en la orientación sexual o estado civil, de modo que interpretar erróneamente que el embrión es persona conforme al art. 19 podría importar un retroceso que afectaría derechos adquiridos.

5.5.1. La ley 26.862

Como es sabido, en Argentina no hay aún una norma general que regule las técnicas de reproducción asistida, a pesar de que en nuestro país es una práctica frecuente⁽⁶²⁾ y de avanzada. No obstante, Argentina sí cuenta recientemente con una norma expresa que regula uno de los tantos aspectos de esta práctica médica como lo es la cobertura médica. Luego de casi tres décadas sin marco legal alguno, el 5 de junio

(61) Aunque el DGP no se menciona expresamente en la ley 26.862, ha sido autorizado en numerosas oportunidades en nuestra jurisprudencia y con posterioridad a la sanción a la ley mencionada existen ya fallos que reconocen su contemplación legal. Véase CNAC. APEL. CIV. Y COM., Sala II, "M. G. M. y otro c/ Union Personal Accord Salud s/ amparo", causa n° 7683/2010, 26/09/2013. Para ampliar, véase HERRERA, M. y LAMM, E., "Cobertura médica de las técnicas de reproducción asistida. Reglamentación que amplía el derecho humano a formar una familia", en *Revista Jurídica La Ley*, 1, La Ley 2013-D, 1037, 31/07/2013, cita on line: AR/DOC/2899/2013.

(62) Para mayor información relativa a la frecuencia e importancia de esta práctica en Argentina y en Latinoamérica, puede consultarse el Registro Latinoamericano de Reproducción Asistida (REDLARA) [en línea], http://www.redlara.com/aa_ingles/default.asp

de 2013 se aprobó la ley 26.862, publicada en el Boletín Oficial el 25 de junio de 2013 y reglamentada a través del decreto 956/2013.⁽⁶³⁾

A los fines de este trabajo,⁽⁶⁴⁾ cabe destacar que tanto la ley 26.862 como su decreto reglamentario 956/2013, no solo son normas amplias, permisivas e igualitarias, sino que también dejan entrever la naturaleza jurídica del embrión.

Así, la reglamentación se dedica expresamente a la cuestión del consentimiento y su revocación, sosteniendo que:

El consentimiento informado debe ser prestado por la persona que requiera la aplicación de técnicas de reproducción médicamente asistida, antes del inicio de cada una de ellas. El consentimiento informado y su revocación deben documentarse en la historia clínica con la firma del titular del derecho expresando su manifestación de voluntad. Se aplican, en lo pertinente, la ley 26.529 de derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud y la ley 25.326 de protección de los datos personales.

En lo que respecta a la revocación del consentimiento, se afirma que: "En los casos de técnicas de reproducción médicamente asistida de baja complejidad el consentimiento es revocable en cualquier momento del tratamiento, o hasta antes del inicio de la inseminación. En los casos de técnicas de reproducción médicamente asistida de alta complejidad, el consentimiento es revocable hasta antes de la implantación del embrión".

Tanto la ley 26.862 como su reglamentación tuvieron muy en cuenta el entonces Proyecto de CCyC. En lo que respecta al consentimiento,

(63) Publicado en el Boletín Oficial el 19 de julio de 2013.

(64) Para un análisis de la ley 26.862, véase HERRERA, M. y LAMM, E.; "Cobertura médica de las técnicas de reproducción asistida...", *op cit.*; HERRERA, M., "La ley de cobertura médica para los tratamientos de reproducción asistida. Saldando deudas", en *Revista Jurídica La Ley*, p. 1 y ss., 10/06/2013, cita on line: AR/DOC/2256/2013. Ver también, GARAY, O. E., "Cobertura, igualdad e inclusión en la ley de fertilización humana asistida", en *Revista Jurídica La Ley*, p. 1 y ss., 01/07/2013; CIRUZZI, M. S., "La Ley Nacional de Fertilización Asistida: algunos apuntes desde la bioética", en *Microjuris*, 19/06/2013, cita on line MJ-DOC-6326-AR | MJD6326; y MEDINA, G. y GONZÁLEZ MAGAÑA, I., "Ley nacional sobre fertilización asistida. Análisis doctrinario y jurisprudencial", en *Revista Jurídica La Ley*, 17/06/2013, p. 1 y ss.; FAMÁ, M. V., "Incidencia de la ley 26.862 sobre acceso integral a las técnicas de Reproducción Asistida en el Derecho de Familia y de las Personas", en *DFyP* 2013, agosto, p. 104.

está en total consonancia con lo dispuesto en art. 560 referido, precisamente, al “Consentimiento en las técnicas de reproducción humana asistida” en el que se establece que “El centro de salud interviniente debe recabar el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Este consentimiento debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones”. De esta manera, tal es la importancia del consentimiento informado en las TRA que no solo este elemento ocupa un lugar central en la regulación de la filiación en el Código CCyC, sino también en la ley 26.862 y en su reglamentación, previéndose en este último instrumento que tal acto puede acontecer hasta antes del inicio de cada procedimiento o técnica de reproducción médicamente asistida.

Lo mismo acontece con la revocación cuando se trata de técnicas de alta complejidad, que puede acontecer hasta el momento de la implantación del embrión, en total consonancia con lo dispuesto en el art. 561.

Como se puede observar, y se adelantó, se trata de una ley amplia, que consagra y contempla todos los modelos de familia, recepta y permite tanto las TRA homólogas como las heterólogas, intracorpóreas y extracorpóreas y expresamente habla de implantación, en total consonancia con el Código CCyC y con la jurisprudencia de la Corte IDH.

En definitiva, para la ley 26.862, la persona también comienza con la implantación y tampoco confiere calidad de persona al embrión *in vitro*.

6. Una aclaración. El art. 19 y su no repercusión en materia de aborto⁽⁶⁵⁾

En esta materia, corresponde diferenciar competencias o ámbitos de discusión. En este sentido, los Fundamentos del Proyecto explican: “Es importante señalar que, dentro de un Código Civil, la persona es regulada a los fines de establecer los efectos jurídicos que tienen fuente en esa personalidad, tanto en el orden patrimonial como extrapatrimonial en el ordenamiento civil, sin ingresar en otros ámbitos, como puede ser el derecho penal, conducido por otros principios”.

(65) Véase KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., “La bioética en el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación de 2012”, en JA 2012-IV-1215/1244.

Por eso, la regla fijada en la legislación civil proyectada no pone obstáculos a la despenalización de la interrupción del embarazo. Sostiene con razón, María Casado, que el derecho penal no es el único ámbito para regular las cuestiones bioéticas; más aún, diría no debe serlo.⁽⁶⁶⁾

Sin perjuicio de lo dicho, cabe recordar que, desde la perspectiva penal, todos los delitos de aborto previstos en el Código Penal presuponen una mujer embarazada, por lo que la protección penal de la persona por nacer se iniciaría desde el momento de su concepción en el seno materno. En otras palabras, los embriones *in vitro*, en la legislación argentina actual no gozan de protección penal.

El derecho al aborto no punible vigente en la actualidad en caso de peligro para la vida o la salud de la mujer, o si la gestación es producto de una violación, es constitucional y convencionalmente válido tal como resolvió la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "F., A. L. s/ medida autosatisfactiva" y no se ve alterado por el artículo 19.⁽⁶⁷⁾

El debate pendiente sobre la interrupción voluntaria del embarazo es una cuestión de políticas públicas; no es una cuestión a ser regulada por el Código Civil, sino de generar infraestructuras para que la interrupción se pueda realizar en forma segura. La regulación del Código Civil sobre el comienzo de la existencia de la persona humana en nada obstaculiza la "*despenalización y legalización del aborto*", cuestión que el legislador debe establecer en otros ordenamientos, eliminando la figura del Código Penal y dictando leyes que prevean las diversas situaciones en las que una mujer puede libremente interrumpir el embarazo si lo desea.

7. Palabras de cierre

Vivimos en una sociedad democrática, plural y liberal y formamos parte de un Estado laico. En este contexto, las decisiones legislativas que se adopten no deberían fundarse en concepciones religiosas, ni mucho menos ser consecuencia de concesiones de esta índole.

(66) CASADO, M., "Bioética y Derecho", en Gros Espiell, H. y Gómez Sánchez, Y. (coord.), *La declaración Universal sobre bioética y derechos Humanos de la Unesco*, Granada, Comares, 2006, p. 32; de la misma autora, "¿Por qué bioética y derecho?", en *Acta bioética*, año VIII, n° 2, 2002.

(67) [En línea] <http://www.ela.org.ar/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=1813&plcontempl=12&aplicacion=app187&cni=71&opc=32>

Como sostuvo la Corte IDH en la “Caso Artavia” analizado:

Hay posiciones que ven en los óvulos fecundados una vida humana plena. Algunos de estos planteamientos pueden ser asociados a quienes **confieren ciertos atributos metafísicos a los embriones**. Estas posiciones no pueden justificar que se otorgue prevalencia a cierto tipo de literatura científica al momento de interpretar el alcance del derecho a la vida consagrado en la Convención Americana, pues ello implicaría imponer un tipo de creencias específicas a otras personas que no las comparten.

No se trata de retomar la ambición del pensamiento simple de controlar y dominar lo real. Se trata de ejercitarse en un pensamiento capaz de tratar de dialogar, de negociar con lo real.⁽⁶⁸⁾



(68) MORIN, E., *Introducción al pensamiento complejo*, Barcelona, Gedisa, 1990, p. 22.

Los adultos mayores en la sociedad y la familia

CECILIA P. GROSMAN⁽¹⁾



“La idea es crecer siempre encontrando la oportunidad de cambiar”

1. Introducción

Nuestro objetivo es presentar en este trabajo la visión que hoy se tiene sobre el lugar de los adultos mayores en la sociedad, las creencias y estereotipos que aún permanecen, y los cambios que han ocurrido en la realidad y en el campo ideológico y que necesariamente deben ser considerados por el derecho y la justicia. Abordaremos, pues, dos temas centrales para este grupo vital, la discriminación y la nueva concepción del envejecimiento activo. Igualmente, de manera somera, enunciaremos diversos aspectos relativos a los adultos mayores en las relaciones familiares que han sido tratados ampliamente por los integrantes de un equipo de investigación, bajo mi dirección, en el marco de la Universidad de Buenos Aires, con subsidio de UBACYT, que culminará en la edición de una obra colectiva que da cuenta de los resultados del Proyecto.⁽²⁾

(1) Investigadora Superior, CONICET. Directora de la Maestría en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia, Facultad de Derecho, UBA. Profesora titular Consulta, Facultad de Derecho, UBA.

(2) Forman parte de la obra, por orden de los temas tratados: A) Cuadro normativo y orientaciones en el derecho comparado (Alicia Carnaval, Ida Sherman, Eliana Prach, Bárbara Stern); B) El poder en la vejez (Ricardo Iacub); C) Derecho al cuidado del adulto mayor (Laura Pautassi, Carla Zibecchi); D) El lugar y no lugar de los abuelos en el derecho de familia contemporáneo (Marisa Herrera); E) Salud Mental y Adultos Mayores (María Victoria Famá, Luz

Para comenzar, cabría plantearse la pregunta de a quiénes nos estamos refiriendo cuando hablamos de **adultos mayores**. Desde un punto de vista (teórico/médico/sociológico/biológico), se entiende que es un período de la vida del hombre que puede comenzar en torno a los 60, 65 o 75 años.

A nuestro juicio, esta franja vital no se halla delimitada por una edad determinada. Es un tramo de la vida con sus específicos requerimientos; y el modo en que la persona lo atraviesa se haya condicionado por múltiples factores como la salud, la ecuación personal, familiar o económica.⁽³⁾ No se trata de una etapa signada meramente por lo biológico, sino que estamos en presencia de un concepto histórico cultural⁽⁴⁾ que varía en las sociedades y en las personas que las integran.

En reemplazo de la voz **anciano**, teniendo en cuenta la gravitación de las representaciones sociales, se han ensayado términos que no evoquen una imagen desvalorizada de fragilidad y minusvalía. La semántica peyorativa de lo viejo (roto, gastado, acabado) no encaja con una nueva experiencia de la vejez entendida como una etapa de desarrollo personal, continuidad y contribución social.⁽⁵⁾

A nosotros nos parece necesario reemplazar las expresiones **viejo** o **anciano**—dada su connotación claramente peyorativa en la sociedad actual—,⁽⁶⁾ y la intención de lograr el lugar simbólico adecuado ha llevado a una multiplicidad de propuestas de reemplazo como: **la tercera edad, seniles, senectud, gerontes, veteranos, seniors, grande** o **personas de edad**.⁽⁷⁾

Pagano); F) Los adultos mayores y las directivas anticipadas (Adriana Bertini); G) Alimentos del adulto mayor (María Silvia Morello); H) Los adultos mayores y la movilidad jubilatoria (María Alejandra Laura Guillot); I) Aportes para un debate sobre el maltrato en la vejez (María Julieta Oddone, Gustavo Mariluz); J) La vejez, un asunto de todos (Mónica Roqué, Susana Ordano).

(3) MORELLO, AUGUSTO M., "La senectud de cara al derecho", en *La Ley* 2002-E, 1211.

(4) KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA, *El nuevo derecho de familia*, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2010.

(5) SÁNCHEZ MARTÍNEZ, MARIANO y DÍAZ CONDE, PILAR, "Análisis sociológico de la vejez en las sociedades occidentales actuales", en Francesc Torralba Roselló, Judit Barrera Meya, Juan Carlos Giménez-Salinas (coords.), *La ancianidad en nuestro mundo: más allá de los tópicos*, Barcelona, Prom. Edicions, 2009, p. 13 y ss.

(6) LLOVERAS, NORA y SALOMÓN, MARCELO, *El derecho de familia desde la Constitución Nacional*, Bs. As., Editorial Universidad, 2009, p. 478.

(7) GEWÜRZMANN, GUSTAVO, "Representación social de la vejez y patología familiar", en *Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, julio/agosto 2008, n° 40, Bs. As., Abeledo-Perrot, p. 55.

La Organización Mundial de la Salud estableció en el año 1984 el uso del término **adulto mayor** para referirse a las personas de 60 años y más, y también lo hizo la Organización de las Naciones Unidas conforme a la resolución 50/141 del año 1996 aprobada por su Asamblea General. En bioética y en numerosos artículos doctrinarios, la denominación más utilizada es la de **adultos mayores**.⁽⁸⁾ De todos los términos que circulan hemos preferido, pues, el de **adulto mayor** o **persona mayor**.

2. Datos demográficos

La atención puesta en los adultos mayores ha sido juzgada como un fenómeno nuevo e importante pues se ha invertido la tendencia demográfica histórica y natural, ya que por primera vez habrá en el mundo mayores de 65 años en mayor proporción que menores de 5 años (OMS).⁽⁹⁾ Ello se origina en la notoria disminución de la tasa de fecundidad y en el aumento de la población adulta mayor.

El desarrollo del avance científico y —dentro de este— el de la medicina, ha traído como consecuencia que la expectativa de vida se extienda cada vez más. Si a principios del siglo XX estaba en 47 años, entre las variadas estimaciones se considera que alcanzará los 110 años en el 2025. Ya hoy 100 millones de personas tienen más de 80 años en todo el mundo, y se calcula que casi $\frac{1}{4}$ de la población serán adultos mayores en el 2025.⁽¹⁰⁾ En el caso de América Latina, las proyecciones muestran que la población adulta mayor aumentará aceleradamente como consecuencia de la transición demográfica. En la región, en el año 2006 vivían más de 50 millones de personas de más de 65 años de edad, y se espera que para el año 2025 esta cifra se duplique (CELADE/UNFPA). A su vez, el envejecimiento aparece con características diferenciadas para varones y mujeres, en tanto son estas últimas quienes presentan una mayor esperanza de vida, configurando patrones de longevidad diferencial importantes.⁽¹¹⁾

(8) BOTINI LAURA I., "Un interesante abordaje de la prevención y asistencia de la violencia en adultos mayores". Programa Proteger GCBA, *Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria en Doctrina y Jurisprudencia*, n° 40, julio/agosto, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2008.

(9) Diario *Clarín*, 06/04/2012.

(10) *Ibid.*, 02/08/2009.

(11) El índice de masculinidad de los adultos mayores es de 82 hombres por cada 100 mujeres. En las áreas urbanas la proporción es de 100 mujeres mayores por cada 77 hombres mayores, y en las áreas rurales donde hay 100 mujeres hay 107 hombres adultos mayores, CEPAL (2007).

De acuerdo con procesamientos de los Censos de Población y Vivienda en Argentina (1991, 2001, 2010) el porcentaje de la población adulta mayor en el país presenta el siguiente comportamiento:⁽¹²⁾

CUADRO 1. EVOLUCIÓN DE LA POBLACIÓN ADULTA MAYOR. TOTAL PAÍS 1991-2010

	Año 1991	Año 2001	Año 2010	Variación 1991-2010
Adultos mayores	2.892.987	3.587.620	4.104.648	42%
Mujeres	1.680.328	2.130.728	2.430.506	45%
Varones	1.212.659	1.456.892	1.674.142	38%
% sobre el total de la población	8,90%	9,90%	10,20%	

Fuente: Elaboración propia en base a INDEC. Censo Nacional de Población, Hogar y Vivienda, 1991, 2001 y 2010 (resultados provisorios).

A partir de la lectura de los valores presentados, podemos concluir que desde el año 1991 la población adulta mayor ha crecido un 42%, superando actualmente los 4 millones de personas. Mientras que las mujeres de 65 años o más han aumentado su proporción en un 45%, los varones lo han hecho con menor intensidad (38%). Esto indica que, progresivamente, las mujeres tienen una mayor representación en el colectivo de adultos mayores, dato que debe ser tenido en cuenta en las políticas públicas que tomen como objeto esta población específica. Sin embargo, es necesario tener presente que hay realidades diferentes en las distintas regiones y provincias de la Argentina, con variados niveles de magnitud de la presencia de adultos mayores.

3. La discriminación de los adultos mayores

3.1. Sus significados

El término discriminación tiene una connotación negativa en el uso habitual, en tanto se trata de la exclusión de una persona por pertenecer a determinado sector. Pero tiene, además, otra acepción que da cuenta del reconocimiento de una diferencia. Todos somos iguales, pero solo en

(12) Los datos surgen de un estudio realizado por Ariel Tofalo en el marco del Proyecto de investigación (en curso) *Los adultos mayores y las relaciones familiares. Aspectos jurídicos sociales*, bajo la dirección de la Dra. Cecilia P. Grosman, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, UBACYT 2010-2013, N° 0020090100287.

cuanto a nuestros derechos. A partir de allí somos todos diferentes. Y en algunos casos, ignorar las diferencias implica imposibilitarle a ciertas personas acceder a sus derechos (el mismo asiento de avión para los obesos o el mismo acceso para quienes no caminan).⁽¹³⁾ Esto significa la necesidad de crear mecanismos para que la igualdad formal se transforme en igualdad de oportunidades y trato.⁽¹⁴⁾

Respecto del adulto mayor, se trata de reconocerlo como una persona igual a la otra, pero, a la vez, distinto, que le permita su participación en la familia y la sociedad.⁽¹⁵⁾

Bobbio recuerda que la descalificación social de la persona mayor no existía en las sociedades tradicionales, donde el viejo era absolutamente valioso pues encerraba en sí el patrimonio cultural de la comunidad. Pero también en la sociedad actual —señala este autor— se va consolidando la posición del adulto mayor “con el devenir del ‘tiempo de los derechos’ y la creciente conciencia del pluralismo jurídico”⁽¹⁶⁾ que se traduce prioritariamente en la necesidad de eliminar todas las formas de discriminación por la sola razón de edad, como la presunción de discapacidad, la afirmación de la imposibilidad de la autonomía, la sustitución en la toma de decisiones, o las diversas formas de violencia familiar, comunitaria, institucional y social.⁽¹⁷⁾

En todo Estado Constitucional de Derecho, todas las personas deben gozar de la libertad y la igualdad **en la mayor medida posible**. Y los límites que el Estado quiera imponer a la libertad o la igualdad de una persona, deben estar justificados en una razón válida y razonable.⁽¹⁸⁾

(13) GEWÜRZMANN, *op. cit.*, p. 55 y ss.

(14) GEROSA LEWIS, RICARDO T., “El derecho a la igualdad de derechos. Las protecciones especiales y las medidas de acción positiva en la Constitución de la Pcia. de Chubut”, en *LL Patagonia*, 2004, p.143.

(15) DABOVE, MARÍA I., “Razones iusfilosóficas para la construcción de un Derecho de la Ancianidad”; *Revista Jurisprudencia Argentina*, especial Bioética, Bs. As., 01/11/2000, pp. 17/23.

(16) BOBBIO, NORBERTO, *El tiempo de los derechos*, trad. Rafael de Asís Roig, Madrid, Sistema, 1991, p. 27 y ss.

(17) FERNÁNDEZ, SILVIA y KREBS, MARÍA GUILLERMINA, “La mayoría de edad en el final de la vida. Adultos mayores. ¿Autonomía regresiva? necesidad de graduación de la capacidad civil”, en *Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, n° 51, Abeledo-Perrot, p. 149 y ss.

(18) ALEXY, ROBERT, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 82/87.

3.2. Otra forma grave de discriminación

También puede darse otra forma de discriminación que puede ser muy grave y vulnerar los derechos humanos de los adultos mayores. Algunos piensan que el aumento de adultos mayores es culpable de los problemas económicos y sociales que tendrán muchos países en el futuro, pues no estarán en condiciones de cubrir los costos de pensión y salud de esta franja vital al disminuir el número de trabajadores y crecer el número de beneficiarios, lo cual ocasionará dificultades financieras. Otros rechazan esta argumentación sosteniendo que puede haber menos población activa pero la producción ha aumentado notablemente, lo cual significa que debe haber cambios de tipo estructural y social a través de un adecuado reparto de recursos. Además, se sostiene que la gente trabaja más años que en el pasado, pues se extiende la edad de la jubilación en proporción similar al aumento en la esperanza de vida.

Así como Malthus, en épocas pasadas, consideraba que el incremento de las penurias se debía al aumento de la población por encima de los medios de subsistencia, hoy se juzga que el crecimiento de la magnitud de las personas mayores sería responsable de la escasez de recursos. Expresión de este pensamiento y sus consecuencias se revela en la siguiente frase del economista Friedrich Hayek: "Beneficiaría al conjunto del género humano que los seres de mayor capacidad productiva fueran atendidos con preferencia, dejándose de lado a los ancianos e incurables".

Como se ha advertido, el planteo de cómo se distribuyen los recursos ante el problema de la escasez, constituye una elección trágica que permite que algunos sigan viviendo mientras que otros deban morir.

Un autor español, Carlos Lema Añón, relata que en el VII Congreso Nacional de Organizaciones de Adultos Mayores celebrado en Madrid en el año 2005, se pusieron de manifiesto las exclusiones que viven a diario los mayores de 65 años, que se expresan a nivel del **reconocimiento** y a nivel de la **distribución de recursos**. Las primeras construyen estereotipos sociales sobre la vejez o bien desconocen sus necesidades específicas. Las injusticias en la distribución de recursos, cuando se trata de adultos mayores, se muestran en la repartición desigual que se evidencia en servicios sociales infradotados, ausencias de especialistas en los hospitales, o racionamiento sanitario para estas personas. Esto significa que la aplicación del llamado **etarismo**, o sea, la diferencia de trato por

la edad, representa una discriminación para el adulto mayor en materia de salud.⁽¹⁹⁾

Sin embargo, hay quienes sostienen que la preferencia por los que tienen ante sí más tiempo para vivir puede estar justificada. Si se trata de distribuir recursos, si bien todas las vidas valen igual, se consideran los años vividos y los que quedan por vivir. Es en el interés de la propia gente que será mayor en el futuro gastar más en el cuidado de la salud de los jóvenes que son al fin al cabo los que producen recursos para costear la salud. En suma, la imagen de la persona mayor es que es improductiva desde el punto de vista económico y social: una carga para la sociedad.⁽²⁰⁾ A. B. Shaw, en un artículo en defensa del etarismo, sostuvo que una vez que la gente mayor ha disfrutado de más vida, y tiene menos vida para disfrutar, la edad supone un criterio ético, objetivo y eficiente para racionalizar el cuidado de la salud, pues de lo que se trata es de distribuir recursos y así el etarismo no mide el valor de vida, sino los años vividos y los que quedan por vivir. O sea, el cuidado de la salud debería ser dirigido a los pacientes más jóvenes, por tratarse de un imperativo de justicia. A esto se responde, que si se considera la cuestión en términos de justicia, todos sufriríamos la misma injusticia si nuestro deseo de vivir el resto de nuestras vidas se frustrara en forma deliberada. Por otra parte, los que apoyan el **etarismo** sostienen que, si bien todas las vidas valen igual, no debería financiarse las investigaciones médicas para prolongar la esperanza de vida, sino que las prioridades se deben orientar por otro camino, pues prolongar la vida en edades muy avanzadas resulta antisocial.⁽²¹⁾

Con una mirada distinta, otros economistas piensan en los adultos mayores como consumidores. De esta manera, afirman que esta franja etaria pueden crear un enorme mercado de tecnologías y servicios que promuevan la movilidad, autonomía y el bienestar de estas personas. Es decir, se habla de productos que van desde los pastilleros inalámbricos que transmiten el uso de la medicación, hasta nuevos servicios financieros que ayuden a planificar su vida. En Japón se han creado las industrias

(19) LEMA AÑÓN, CARLOS, "Justicia y Salud con las personas mayores. Etarismo y Antietarismo como criterios de justicia", en Blázquez, Martín, *Los Derechos de las Personas Mayores*, Madrid, Dickinson, 2006, p. 101 y ss.

(20) *Ibid.*, p. 110.

(21) *Ibid.*, p. 101 y ss.

denominadas **cabezas grises** (vivienda, turismo, esparcimientos) para los que tienen recursos y diversas empresas anunciaron la creación de la Coalición Global sobre el Envejecimiento (Bank of América, Cerril Lynch, Pfizer, Johnson & Johnson), una organización destinada a ayudar a gobiernos y empresas a manejar mejor el aumento de la expectativa de vida. Una nota periodística de Gabriela Samela nos informa de una tendencia creciente: la microsegmentación de los públicos consumidores, de la mano de estrategias de marketing.⁽²²⁾

Desde una visión diferente, alejada del mercado, Tom Kirkwood, experto en gerontología cultural, nos dice que el aumento en la esperanza de vida es rentable y los beneficios se obtienen de trabajos no remunerados que de otro modo tendrían que pagarse: “llevar los nietos a la escuela, ayudar en otras tareas familiares y trabajos de voluntariado aportan beneficios a la sociedad, pues habría que contratar personal para esas tareas”.⁽²³⁾ Datos del Eurobarómetro (*European Commission*) informan sobre la percepción ciudadana respecto del aporte fundamental de los adultos mayores como voluntarios en diferentes organizaciones. Veremos en el apartado siguiente cuál es el paradigma actual que anula con energía la discriminación en la distribución de recursos basada en la edad.

4. Los adultos mayores en la nueva concepción de un envejecimiento activo

4.1. El envejecimiento

La Organización Mundial de la Salud define el **envejecimiento activo**, como “El proceso donde se optimizan las oportunidades de bienestar físico, social y mental durante toda la vida, con el objetivo de ampliar la esperanza de vida saludable, la productividad y la calidad de vida en la vejez”. El envejecimiento es un proceso natural y gradual que se extiende a lo largo de toda la vida. Por ello, se ha destacado en la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Social, realizada en Copenhague en 1995, que el tratamiento del **envejecimiento** “incumbe a toda la sociedad, no exclusivamente a las personas en edad avanzada”. O sea, “una sociedad para todos”, en la que cada persona, con sus propios derechos y responsabilidades, tenga una

(22) SAMELA, GABRIELA, “Desde los chicos a los abuelos: todos bajo la lupa del marketing”, *Clarín*, 18/09/2013.

(23) *Clarín*, 30/10/2008.

función activa que desempeñar.⁽²⁴⁾ Esto significa, en palabras de Hooft, continuar con una vida activa que implica una realización personal y aportes a la sociedad.⁽²⁵⁾

Como bien nos dice Aída Kemelmajer de Carlucci, “la nueva mirada se dirige hacia el futuro, lo poco o mucho que puede hacer la persona, pero sobre todo hacer como persona productiva”.⁽²⁶⁾ Una comunicación de la Comisión Europea sobre “El futuro demográfico de Europa: transformar un reto en una oportunidad” nos dice que se debe sacar “el máximo de oportunidades que unas vidas más longevas, productivas y en un mejor estado de salud ofrecen”.⁽²⁷⁾

4.2. Etapas en las actitudes culturales y sociales⁽²⁸⁾

La vejez es un concepto histórico y culturalmente construido, por lo tanto varía de una sociedad a otra y en diferentes momentos.

Se han descrito diversas etapas en cuanto a las actitudes culturales y sociales frente a los adultos mayores. En la primera, prevalecen las actitudes negativas sobre el envejecimiento. El sistema económico pone el acento en la productividad, principalmente con fines de lucro. En este contexto, las personas de edad se consideran improductivas y la educación ofrece poco a este grupo etario. En la segunda etapa, la participación de las personas mayores ya no tiene lugar desde la perspectiva de los productores, sino que se los mira como consumidores y se pone el acento en las distintas actividades que pueden realizar en el tiempo libre. En la tercera etapa,

(24) Ver [en línea] www.un.org/esa/socdev/docs/summit.pdf, cit.; BLÁZQUEZ MARTÍN DIEGO, “Los Derechos de las personas mayores”, Madrid, Dykinson, 2006, cit. nota 8, p. 21.

(25) HOOFT, PEDRO F., “La bioética y el derecho de familia en las fronteras de la vida. El respeto a la libertad personal y las directivas anticipadas”, en *Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, n° 40, Bs. As., Abeledo-Perrot, p. 79 y ss.

(26) KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, “Las personas ancianas en la jurisprudencia argentina. ¿Hacia un derecho de la ancianidad?”, en Aída Kemelmajer de Carlucci y Leonardo B. Pérez Gallardo (coords.), *Nuevos perfiles del Derecho de Familia. Homenaje a la profesora Dra. Olga Mesa Castillo*, Bs. As., Rubinzal-Culzoni, 2006, p. 633 y ss.

(27) SÁNCHEZ MARTÍNEZ, MARIANO y DÍAZ CONDE, PILAR, “Análisis sociológico de la vejez en las sociedades occidentales actuales”, en *La ancianidad en nuestro mundo...*, op. cit., p. 13 y ss.

(28) Véase con mayor amplitud, MONDRAGÓN, J.; IZAOLA, A. y SANTAMARÍA E., “Condiciones de vida y ausencia de bienestar de las personas mayores”, Ponencia presentada en el workshop “Ancianidad, Derechos Humanos y Calidad de Vida”, coordinado por María Isolina Dabove y Eduardo V. Lapenta, Instituto de Sociología Jurídica de Oñati, España, 2010.

la participación implica preparar a los adultos mayores para asumir nuevos roles activos. En este modelo la educación asume un papel importante como una condición que les permita continuar la actividad a la par con la evolución de la sociedad. La cuarta etapa es de la auto-realización, apoyada en la experiencia acumulada que nutre la creatividad y el crecimiento. Estas dos últimas instancias constituyen las bases para establecer diversos programas y actividades de intervención comunitaria, donde la educación se asuma como una palanca para el fortalecimiento de la integración de las personas mayores en la sociedad, tratando de superar las limitaciones y prejuicios que son a priori impuestos a este grupo de edad.

4.3. Los avances normativos en el plano internacional

A diferencia de lo que acontece con la mujer o los niños y adolescentes, los derechos de los adultos mayores no han sido consagrados en un documento global de carácter vinculante, y no se cuenta con mecanismos que vigilen y hagan valer la obligatoriedad de los tratados de Derechos Humanos y el conjunto de principios de las Naciones Unidas. A nuestro entender una Convención internacional constituiría un instrumento valioso para los gobiernos a la hora de diseñar marcos normativos y políticas públicas e impulsar su efectividad, “en la medida que fijaría estándares internacionales mínimos para evitar la discriminación contra este grupo y contribuiría a promover el cambio de paradigma necesario para la eliminación de los prejuicios y estereotipos en todos los ámbitos”.⁽²⁹⁾ El Ministerio de Desarrollo Social de la Nación a través de la Dirección Nacional de Políticas para Adultos Mayores (DINAPAM) de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia (SENNAF), viene promoviendo de manera activa en el plano internacional y regional, tanto en la Organización de las Naciones Unidas (ONU) como en la Organización de Estados Americanos (OEA), la elaboración de una Convención sobre los Derechos de las Personas Mayores.⁽³⁰⁾

Citamos, en una breve crónica, algunos documentos relevantes de carácter internacional cuya problemática es la de los adultos mayores, capaces de orientar interpretaciones en la labor judicial y de, al mismo tiempo,

(29) MAUTONE, MARCOS ACLE, “El principio de igualdad y no discriminación en la vejez y la introducción de la perspectiva de edad”, en Sandra Huenchuan (editora), *Los derechos de las personas mayores en el siglo XXI*, CEPAL, México, 2012, pp. 66/67.

(30) MÓNICA ROQUÉ y SUSANA ORDANO, “La vejez, un asunto de todos”, inédito.

despertar ideas para las normativas, acciones y programas indispensables para mejorar la calidad de vida de esta franja vital en nuestro país:⁽³¹⁾

- a. **Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales** (Protocolo de San Salvador, art. 17), donde se incorporaron medidas específicas en favor de las personas mayores.
- b. **Principios de las Naciones Unidas en favor de las personas de edad**, aprobados en la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1991,⁽³²⁾ que agrupan cinco principios centrales: a) la **independencia**; b) la **participación**; c) el **derecho al cuidado**; d) la **autorrealización** —derecho de acceso a recursos educativos, culturales, espirituales y recreativos—; e) la **dignidad** y la **seguridad**, con exclusión de malos tratos físicos, mentales, independientemente de la edad, sexo, discapacidad u otra condición.
- c. **El Segundo Plan de Acción Internacional sobre el Envejecimiento, Madrid, 2002**, donde se amplifican las acciones necesarias para desarrollar políticas sociales y jurídicas que asuman de manera plena los problemas derivados de los cambios demográficos. Entre sus objetivos y recomendaciones nombramos algunos vinculados al modelo de envejecimiento activo y el derecho al cuidado del adulto mayor: a) el envejecimiento en condiciones de seguridad, lo que entraña reafirmar el objetivo de la eliminación de la pobreza en la vejez; b) la habilitación de las personas de edad para que participen plena y eficazmente en la vida económica, política y social de sus sociedades, incluso mediante trabajo remunerado o voluntario; c) ofrecer las oportunidades de desarrollo, realización personal y bienestar del individuo en todo el curso de su vida, incluso a una edad avanzada, por ejemplo, mediante la posibilidad de acceso al aprendizaje durante toda la vida y la participación en la comunidad; d) la atención de la salud, el apoyo y la protección social de las personas de edad, incluidos los cuidados de la salud preventivos y de rehabilitación; e) la utilización de las investigaciones y los conocimientos científicos y el aprovechamiento del potencial de la tecnología para considerar, entre otras cosas, las consecuencias individuales, sociales y sanitarias del envejecimiento, en particular en los países en desarrollo.
- d. Derivado del plan anterior, se elabora la **Estrategia Regional de Implementación para América Latina y el Caribe** (Santiago de Chile, 2003), que se sustenta en cinco principios: a) envejecimiento activo; b) protagonismo de las personas mayores; c) respeto a la heterogeneidad de las personas mayores;

(31) VILLARREAL MARTÍNEZ, MÓNICA, "La legislación a favor de las personas mayores en América Latina y el Caribe", Programa Regional de Población, Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía (CELADE), División de Población de la CEPAL/Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA), Santiago de Chile, diciembre de 2005.

(32) ONU, resolución 46/91, 16/12/1991.

- d) enfoque de ciclo de vida y visión prospectiva de largo plazo; e) solidaridad intergeneracional.
- e. Los países miembros de la **Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL)** aprobaron la **Carta de San José**, sobre los derechos de las personas mayores de la región. El documento es el resultado final de la **Tercera Conferencia regional intergubernamental sobre envejecimiento en América Latina y el Caribe**, que se realizó del 8 al 11 de mayo de 2012 en la capital de Costa Rica, organizada por el gobierno de ese país y la CEPAL. Entre los puntos acordados, mencionamos: a) que los sistemas de protección social respondan efectivamente a las necesidades de las personas mayores, por medio de la universalización del derecho a la seguridad social y a la salud, así como la creación de los servicios sociales necesarios para brindarles cuidado, promoviendo a la vez su independencia, autonomía y dignidad; b) de manera especial, los delegados hicieron hincapié en las obligaciones que tienen los Estados para erradicar las múltiples formas de discriminación que afectan a las personas mayores, con especial énfasis en la discriminación basada en el género.
- f. Al mismo tiempo, tuvo lugar en Costa Rica la **Reunión Regional de Sociedad Civil sobre Envejecimiento (6 a 8 de mayo de 2012)**, donde se produjo la **Declaración de la Sociedad Civil de América Latina y el Caribe sobre Envejecimiento**, en el marco del seguimiento al cumplimiento del Plan de Acción Internacional de Madrid y la Declaración de Brasilia sobre el Envejecimiento. Resulta de interés el punto general de la Declaración donde se evidencia la distancia entre los derechos que se proclaman y su efectividad. Se subraya **“que los derechos de las personas adultas mayores siguen siendo vulnerados. Hay una falta de coherencia entre el discurso que enfatiza los derechos y el cumplimiento de los mismos. En este contexto, las personas mayores continúan sufriendo de discriminaciones múltiples; diferentes tipos de maltrato y violencia; pobreza, y falta de acceso a la justicia”**.

4.4. Leyes especiales en los países de la región

Algunos de los países de la región han creado leyes especiales y su estudio constituye una fuente importante para crear una ley nacional en la Argentina.

Citamos la ley 7935 de Costa Rica denominada “Ley Integral para la Persona Mayor”, que plantea entre sus objetivos: a) garantizar a las personas adultas mayores la igualdad de oportunidades y vida digna en todos los ámbitos; b) promover su permanencia en su núcleo familiar y comunitario; c) la protección jurídica y psicosocial de las personas adultas mayores afectada por la violencia física, sexual, psicológica y patrimonial. Cuando la ley enuncia los deberes de la sociedad, hace expresa referencia a las obligaciones del Estado relativas a la salud, nutrición, vivienda, seguridad

social, educación, cultura, deportes y recreación de las personas mayores. Se establece, igualmente, el deber de garantizar su participación activa en la formulación y aplicación de las políticas que los afecten, como propiciar formas de organización que le permitan al país aprovechar la experiencia y el conocimiento de esta población.⁽³³⁾

El Estatuto de las Personas Mayores del Brasil, ley 10.471, formula una **garantía de prioridad**, que comprende atención preferencial inmediata e individualizada por los órganos públicos y privados, preferencia en la formulación y ejecución de políticas sociales públicas, asignación privilegiada de recursos públicos, prioridad a la atención por su familia, garantía de acceso a servicios de salud y de asistencia social locales.⁽³⁴⁾ Esta ley representa el golpe de gracia para aquella ideología que describimos más arriba y que considera que si se trata de distribuir recursos respecto del cuidado de la salud, se debe privilegiar a los pacientes más jóvenes.

4.5. En la Argentina

Los derechos humanos de los adultos mayores en la Argentina tienen un basamento constitucional. Por una parte, el **bloque de constitucionalidad** de los textos internacionales de Derechos Humanos mencionados en el art. 75, inc. 22, CN. Por la otra, el art. 75, inc. 23 CN establece una protección más enérgica respecto de los adultos mayores (bajo la designación de ancianos), cuando dice: "Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de 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, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad**".

En cuanto a la legislación infraconstitucional, las personas mayores no cuentan con una ley nacional específica que provea atención integral y establezca medidas para hacer efectivos sus derechos fundamentales. Es de destacar que se han presentado diversos proyectos de ley tendientes a superar esta ausencia. Muchas provincias han considerado de manera expresa en el plano constitucional a los adultos mayores, aun cuando los

(33) CHACÓN JIMÉNEZ, MAURICIO, "Comentario a la ley 7935 de Costa Rica 'Ley Integral Para la Persona Mayor'", en *Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, n° 40, Bs. As., Abeledo-Perrot, p. 7 y ss.

(34) FERNANDEZ, S. y KREBS, M. G, *op. cit.*, Las autoras advierten en este punto la analogía con la garantía de prioridad establecida por las leyes de protección integral de derechos de la niñez (ley 26.061; ley provincial 13.298).

designan con distintos nombres. Entre otras: Catamarca, art. 65; San Juan, art. 67; La Rioja, art. 37; Salta, art. 34; Jujuy, art. 49; Córdoba, art. 28; Río Negro, art. 35; Tierra del Fuego, art. 21; Ciudad de Buenos Aires.⁽³⁵⁾ Por razones de espacio omitimos en esta oportunidad el análisis de estos ordenamientos, como también los diversos programas existentes en el orden de las políticas sociales.

5. ¿Cuáles son los ejes esenciales para hacer efectiva la vida activa del adulto mayor asociado con su derecho al cuidado?

Son tres los aspectos fundamentales que el Estado debe considerar: la salud, el trabajo, la educación y vida social.

5.1. La salud

En primer término, para posibilitar al adulto mayor su derecho al cuidado y a una vida activa, el Estado debe garantizarle el acceso a los servicios necesarios para cuidar su salud, sin que la posibilidad de pago sea una condición excluyente. Al mismo tiempo, debe asegurarse una atención digna y no discriminatoria. Esto significa que es preciso diseñar estrategias efectivas para optimizar los recursos. El objetivo primordial de una política de salud dirigida a las personas mayores tiene carácter preventivo: fortalecer la capacidad del individuo para compensar y retardar las pérdidas normales que ocurren con el proceso de envejecimiento y, a la vez, evitar y limitar la aparición prematura del deterioro funcional. Este objetivo se expresa claramente en uno de los proyectos de ley presentados en la Argentina, cuando establece, entre los servicios de promoción de la autonomía, y de atención y cuidado, “prevenir las situaciones de dependencia, (...) la aparición o el agravamiento de enfermedades o discapacidades y de sus secuelas, mediante el desarrollo coordinado entre los servicios sociales y de salud, con programas específicos de carácter preventivo y de rehabilitación de las personas mayores” (Proyecto 1461-D-2008, art. 20).

La CEPAL, Comisión Económica para América Latina y el Caribe, ha planteado en una Conferencia regional intergubernamental⁽³⁶⁾ que es preciso

(35) Véase TOMASELLO, ANDRÉS, “Para efectivizar en el marco del derecho al cuidado del adulto mayor”, en *DJ*, 2002-3,928.

(36) CEPAL, Conferencia regional intergubernamental sobre envejecimiento: hacia una estrategia regional de implementación para América Latina y el Caribe del Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento, Santiago de Chile, 19-21/11/2003.

establecer la cobertura universal de las personas mayores a los servicios de salud, incorporando el envejecimiento como componente esencial de las legislaciones y políticas nacionales de salud, de modo tal de promover el acceso equitativo de todas las personas mayores a los cuidados de salud necesarios y adecuados, de conformidad con la normativa internacional de los derechos humanos. En este marco, se afirma en el documento, deben establecerse normas relativas al derecho a la prestación de servicios, la provisión de medicamentos básicos, equipamientos de ayuda y servicios integrales de rehabilitación, especialmente adaptados para mejorar la autonomía de las personas mayores con discapacidades. En suma, las acciones en salud deben estar dirigidas a prolongar el bienestar físico, mental y social, lo que constituye el componente básico de la calidad de vida en la vejez.⁽³⁷⁾

5.2. El trabajo

Posibilitar el trabajo forma parte de la función de cuidado a cargo del Estado pues cumple una función preventiva en el marco de la salud física y psíquica del adulto mayor y contribuye a mejorar su calidad de vida. El trabajo define algo más que un rol, provee de una serie de referencias vitales, expectativas de desarrollo personal y económico, relaciones sociales e incide en la autoestima.

La Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento de las NU —punto 23, 2002—, establece: “se debe permitir a las personas de edad que continúen realizando tareas remuneradas mientras lo deseen y puedan hacerlo productivamente”.

El Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (art. 17), entre las acciones alude: “...b) ejecutar programas laborales específicos destinados a conceder a los ancianos la posibilidad de realizar una actividad productiva adecuada a sus capacidades respetando su vocación o deseos”.

El Congreso Nacional de Mayores (CEOMA, Madrid, 2007) señala que lo contrario implica desaprovechamiento de conocimientos, experiencias y capacidades con consecuencias para la economía y salud mental y física de los adultos mayores.

(37) CEPAL, *Manual sobre indicadores de calidad de vida en la vejez*, Santiago de Chile, 2006.

Ya el Tribunal Constitucional Español, en una sentencia de larga data (22/1981, de 2 de julio), dijo:

... la incapacidad generalizada para trabajar basada en una presunción de ineptitud *iuris et de iure* carecería de base constitucional pues afecta a la raíz misma del derecho al trabajo, entendido como libertad de trabajar, anulando de hecho su contenido esencial y que la consideración de la jubilación como medida de protección obedece a criterios opuestos a los que sirven de fundamento a la jubilación forzosa, en tanto que lo que recomiendan las políticas internacionales (162 OIT) es que en todos los casos en que sea posible se adopten medidas encaminadas a lograr que el paso del trabajador a la situación de retiro se efectúe voluntariamente y establecer un sistema que permita una transición progresiva entre la vida profesional y un régimen de actividad libre, rasgos contrarios a la jubilación forzosa...⁽³⁸⁾

En una de las directrices en el ámbito comunitario europeo se propone que

Los Estados miembros desarrollarán políticas destinadas a prolongar la vida activa adoptando medidas positivas para mantener la capacidad laboral y las competencias de los trabajadores de más edad, y en particular mediante un acceso a la educación y formación e introducir formas flexibles de trabajo, incluido, por ejemplo, el trabajo a tiempo parcial en caso de que así lo elijan los trabajadores.⁽³⁹⁾

En el plano nacional, un Proyecto de ley establece: "Prohibida la discriminación en razón de la edad para cualquier trabajo y define acciones: programas de capacitación, profesionalización especializada, estímulo a empresas para la admisión de adultos mayores" (4280-D-2010, Cap., art. 28).

En el ámbito judicial, se han dictado varios fallos relativos al acceso al empleo. De esta manera, la Corte bonaerense resolvió que las normas que establecen como requisito para la inscripción en los listados oficiales de ingreso a la docencia el límite de 45 años es discriminatoria y contradice el derecho a trabajar y la igualdad ante la ley consagrado en la

(38) GARCÍA TRASCASAS, ASCENSIÓN, "Mayores y trabajo asalariado: de la jubilación forzosa a la prolongación de la vida activa", en Alonso Pérez, Martínez Gallego y Reguero Celada (coords.), *Protección Jurídica de los Mayores*, Madrid, La Ley-Actualidad SA, 2004, p. 511 y ss.

(39) GARCÍA TRASCASAS, *op. cit.*, p. 522 y ss.

Constitución Nacional, en la Constitución de la provincia de Bs. As., y en los tratados internacionales incorporados a dichas constituciones (SCBA, 19/2/2002, LL Bs. As., 2002-1392). Por otra parte, el Tribunal Supremo de la Ciudad de Buenos Aires, respecto del Estatuto docente municipal para el ingreso a la carrera docente tiene como límite la edad de 40 años. Se consideró que el requisito de edad tope es irracional y por tanto inconstitucional (T.S. Bs. As. 29/11/2000; LL 2001-B-580).

Con relación a la permanencia en la función, la CSJN decidió que el art. 32, inc. 1 decreto-ley 9020-78, en cuanto dispone como causal de inhabilidad para ejercer funciones notariales la edad de 75 años, establece una presunción *iuris et de iure* de que los que alcanzan esa edad se encuentran incapacitados para ejercer funciones notariales, resultando arbitraria debido a su generalidad y a su falta de sustento racional, además de vulnerar el derecho a trabajar y la garantía de igualdad ante la ley consagrados en la CN y en los tratados internacional de jerarquía constitucional (CSJN, 12/11/2002; LL 2003-D-286).

En el caso "Fayt", a su vez, la Corte declaró la inconstitucionalidad de la reforma constitucional que limitó la permanencia de los jueces en la Corte hasta los 75 años (art. 99) (CSJN, 19/08/1999; LL 2000-C-540).⁽⁴⁰⁾

5.3. La educación

El planteo de educar a los adultos mayores aparece recién con la teoría del ciclo vital que observa a la edad desde una perspectiva psicobiológica, con una visión de ver al ser humano con un potencial de cambio, con capacidad para aprender y progresar durante toda la vida, que no depende solo de factores biológicos sino que se trata de un proceso abierto a la influencia del contexto social y cultural en el que cada persona, independientemente de su edad, toma determinaciones encaminadas a producir su propio desarrollo.⁽⁴¹⁾

También se plantea la educación como una compensación de pérdidas capaz de paliar las deficiencias asociadas al envejecimiento, o sea, la prevención de ciertos deterioros cognitivos, dado que implicarse en nuevos aprendizajes se conecta con un ejercicio que tiene beneficios

(40) KEMELMAJER DE CARLUCCI, "El nuevo derecho de familia", *op. cit.*, p. 216, nota 60.

(41) BELLINA IRIGOYEN, JORGE, *Tres ensayos sobre la ancianidad*, Editorial del Centro Educativo Latinoamericano (UCEL), EdUNR, 2009, p. 101 y ss.

sobre el funcionamiento cognitivo general de las personas mayores. Esto significa que la educación con sus distintas variantes tienen incidencia en la salud del adulto mayor no sólo desde un aspecto biológico, sino que también influye el factor psíquico y la participación social.

Los programas universitarios para adultos mayores se encuentran en casi todos los países europeos. En la Argentina, 20 universidades han implementado programas de formación para los adultos mayores con la finalidad de asumir nuevos roles activos (entre ellas, las de Santiago del Estero, La Plata, Entre Ríos).⁽⁴²⁾ Una muestra de esta preocupación se expresa, igualmente, en el Estatuto del Anciano, ley 10.741 del Brasil (art. 20/21), donde se dispone que el Gobierno creará oportunidades para el derecho de las personas mayores a la educación. Ejemplo en ese país, es la Universidad Abierta Estatal para la Tercera Edad (UATI) de Ponta Grossa.

La Declaración de la Sociedad Civil de América Latina y el Caribe sobre Envejecimiento, en la Reunión Regional del 2012, declaró necesario “que los Estados destinen recursos y apoyos para estimular que las personas mayores se inserten en los espacios de enseñanza, creación cultural, deportivos, recreativos y de la vida pública que contribuyan a la eliminación de estereotipos”.

En este modelo positivo, la educación debe pensarse como un proceso continuo que no puede vincularse solo a un punto determinado de la vida. Las investigaciones demuestran el beneficio de estos programas. Reduce el aislamiento pues permite la formación de nuevos vínculos a partir de intereses comunes. Los programas educativos intergeneracionales tienen también un valor adicional, pues esta participación permite aunar los distintos puntos de vista generacionales y una modificación de actitudes o valores, a más de permitir la transferencia de competencias y experiencias de distintas cohortes. Por otra parte, promueve la autonomía y la autoestima y genera nuevos proyectos de vida, insertándose el adulto mayor en la familia desde un lugar diferente.⁽⁴³⁾

El planteamiento del envejecimiento activo de la Organización Mundial de la Salud:

... sustituye la planificación estratégica desde un planteamiento basado en ‘necesidades’ (que contempla a las personas como

(42) *Ibid.*

(43) *Ibid.*

objetivos pasivos) y reconoce los derechos de las personas mayores a la igualdad de oportunidades y de trato en todos los aspectos de la vida a medida que envejecen. Respalda su responsabilidad para ejercer su participación en el proceso político y en otros aspectos de la vida comunitaria.

En uno de los documentos advierte que los problemas laborales de los trabajadores mayores se originan en una educación relativamente escasa y no en el envejecimiento propiamente dicho, razón por la cual se sugiere una formación continua en los lugares de trabajo y oportunidades de aprendizaje durante toda la vida y al igual que los jóvenes la formación en las nuevas tecnologías.

Un proyecto de ley (4280-D-2010) abarca las dos miradas al establecer que:

El Estado estimulará la participación de las personas adultas mayores en los programas de educación general básica, técnica y superior. Becas de estudio para cualquier actividad educativa (art. 20). En los planes de estudio de todos los niveles educativos, el Estado incentivará la incorporación de contenidos relativos al respeto y valoración de los adultos mayores, a fin de contribuir a la eliminación de los prejuicios contra la vejez (art. 22).

5.4. El Plan Nacional de las Personas Mayores⁽⁴⁴⁾

En la Argentina, el Ministerio de Desarrollo Social de la Nación coordina la aplicación del Plan Nacional de las Persona Mayores, donde se hallan plasmadas diversas políticas y programas para el cuidado del adulto mayor y una vida activa. Es de interés destacar que para la elaboración de este Plan el Ministerio de Desarrollo Social convocó a personas mayores, gobiernos provinciales, universidades, técnicos, profesionales y representantes de la sociedad civil.

Son diversos los Objetivos y Criterios del Plan que asumen las metas del envejecimiento activo y la preocupación por la calidad de vida de las personas mayores. Para su cumplimiento, el Ministerio de Desarrollo Social, a través de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia y su Dirección Nacional de Políticas para Adultos Mayores lleva adelante,

(44) MÓNICA ROQUÉ y SUSANA ORDANO, "La vejez, un asunto de todos", inédito.

desde el 2003, los siguientes programas y acciones, que de manera sintética citamos:

1. **El Consejo Federal de los Mayores:** surgió como un espacio para coordinar políticas y programas en el ámbito nacional y provincial. En él se concentra el trabajo conjunto de todos los sectores comprometidos con la temática de las personas mayores, con participación mayoritaria de los representantes de los mayores (61% de representantes de organizaciones de adultos mayores) pertenecientes a todas las provincias del país.
2. **El Programa Nacional de Cuidados Domiciliarios:** comprende varias acciones: a) curso de formación de cuidadores domiciliarios; b) sistema de prestación que abarca un conjunto de servicios de apoyo sanitarios y sociales prestados a las personas en su hogar, con la finalidad de mantenerlos en sus casas el mayor tiempo posible y conveniente, insertos en su comunidad y conservando sus roles familiares y sociales, con el propósito de mejorar su calidad de vida.
3. **Programa de Promoción del Buen Trato:** su objetivo general es promover el buen trato hacia las personas mayores y prevenir las situaciones de discriminación, abuso y maltrato hacia los adultos mayores y su entorno inmediato desde una perspectiva de los derechos. Entre los objetivos específicos citamos: a) capacitar a los profesionales, técnicos e idóneos que trabajan con los adultos mayores y sus familias; b) sensibilizar a la comunidad sobre la existencia de situaciones de abuso y maltrato hacia la población mayor; c) brindar información acerca de los derechos de los adultos mayores; d) promover la constitución de redes de apoyo al adulto mayor y empoderar a los adultos mayores para ejercer sus derechos.
4. **Voluntariado Social de Adultos Mayores:** su objetivo es promover el desarrollo de acciones comunitarias voluntarias en la población adulta mayor. Entre los objetivos específicos mencionamos: a) generar espacios de encuentro y de actividades entre distintas generaciones; b) fortalecer la capacidad asociativa de las organizaciones de mayores; c) dar respuesta a cuestiones sociales y comunitarias de fácil resolución a través de actividades concretas; d) fortalecer la imagen positiva de los adultos mayores.
5. **Fortalecimiento Institucional:** su objetivo general es fortalecer la capacidad técnica y de gestión de las organizaciones que trabajan con la temática de adultos mayores, así como a fortalecer su participación social.
6. **Programa de Educación y Cultura en Gerontología:** entre sus objetivos mencionamos: a) promover y difundir el saber gerontológico tanto a profesionales y técnicos, como a adultos mayores, desde la perspectiva de los derechos; b) facilitar la transmisión de oficios y saberes tradicionales desde los adultos mayores hacia otras generaciones principalmente hacia las personas jóvenes y de mediana edad.

7. **La Experiencia Cuenta:** su objetivo es facilitar la transmisión de saberes y oficios tradicionales desde los adultos mayores hacia las personas jóvenes y de mediana edad que implica, entre otros fines: desarrollar la imagen positiva y los saberes de las personas mayores, promover el intercambio entre personas de distintas generaciones, mejorar la situación de empleo, estimular la articulación de las organizaciones sociales, las agrupaciones de Adultos Mayores, las empresas y los gobiernos locales.
8. **Residencias para adultos mayores (RAM):** son centros de alojamiento y convivencia, ya sea temporal o permanente, donde se presta a la persona mayor una atención integral.
9. **La Carrera de Posgrado en Gerontología Comunitaria e Institucional.** Se informa que esta Carrera lleva formados a 450 profesionales de todo el país. La Especialización es de carácter público, gratuito y federal. Sus propósitos son, entre otros: a) articular la formación académico-profesional de los cursantes con los procesos comunitarios en los que estén insertos, b) brindar conocimiento gerontológico comunitario e institucional, desde una perspectiva interdisciplinaria; c) promover el desarrollo de habilidades y destrezas para el abordaje integral de problemas relacionados con la gestión comunitaria e institucional del envejecimiento.

5.5. Conclusión

Considerar los tres ejes esenciales del envejecimiento activo descritos en el apartado anterior —salud, trabajo y educación— significa que frente a la óptica negativa en función de pérdidas, más como un final que como una etapa distinta, con énfasis en la discapacidad y deterioro cognitivo, se levanta el modelo positivo. Se habla así de la responsabilidad de la sociedad para prolongar el período de vida activa, limitar las restricciones al acceso y permanencia en los puestos de trabajo por la edad e incrementar las competencias para soslayar la dependencia.

En suma, el principio de continuidad implica considerar a la vida como una totalidad dinámica que debe ser valorada en cada una de las fases de su recorrido. El paso más importante es, pues, el cambio en las representaciones sociales: el reconocimiento de que las personas mayores tienen su valor y su actividad debe ser respetada por la sociedad.

6. Los derechos humanos de los adultos mayores en el espacio familiar

Nuestra indagación se propuso, en función de los derechos que corresponden a todos los ciudadanos, establecer en qué medida son efectivos estos derechos en relación con los adultos mayores y, particularmente, si son

respetados en las relaciones familiares. Partimos de la idea de que, pese a las decisivas transformaciones en la familia, la variación de sus formas y funciones, la solidaridad intergeneracional sigue siendo trascendente para la sociedad.⁽⁴⁵⁾

Nuestra meta final ha sido hallar, conjuntamente, un modelo normativo y las políticas sociales necesarias para preservar los derechos de las personas mayores en el ámbito familiar, que se manifiestan en diversos aspectos de naturaleza afectiva, a más de los indispensables cuidados y la asistencia moral y material.

Los adultos mayores cumplen funciones y aportan beneficios en el entorno íntimo, y si bien su lugar es positivo, también suceden conflictos, rechazos, aislamiento y acciones lesivas a su autonomía y derecho a la participación tanto en la vida familiar como social, situaciones que pueden generar incapacidad y mayor envejecimiento.⁽⁴⁶⁾ Hooft ha señalado que, a partir de cierta edad, se observa con frecuencia en el ámbito familiar que aun cuando la persona no está imposibilitada de autodeterminarse, los familiares adoptan decisiones respecto de su vida y tratamientos de su salud, al margen del deseo y elección de la persona mayor, con el apoyo del equipo médico.⁽⁴⁷⁾ Como ha señalado un autor, una de las representaciones sociales se agrupa alrededor del concepto de **vejez excluida**, en la cual los adultos mayores, muchas veces, son desautorizados, borrados y aislados fuera y dentro de su propia familia.⁽⁴⁸⁾

En una estructura familiar saludable, sería aplicable —según Gewürzmann—, la metáfora botánica del árbol genealógico. En este modelo, "cada generación tiene sus raíces en la que la precede, y sirve de sostén, a su vez, para la rama que nace de ella. Lo que para el árbol es sostén físico y nutrición, para las familias es sostén simbólico e identidad. Cada generación está estrechamente vinculada a la que la precede y a la que le sigue, es el motor que despliega la vida a través del tiempo".⁽⁴⁹⁾

(45) ZAREBSKI, GRACIELA, "De padres, hijos y nietos", en *Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, n° 40, julio/agosto 2008, Bs. As., Abeledo-Perrot, p. 157 y ss.

(46) KEMELMAJER DE CARLUCCI A., "Las personas ancianas en la jurisprudencia argentina...", *op. cit.*, p. 641.

(47) HOOFT, *op. cit.*, p. 77 y ss.

(48) GEWÜRZMANN, *op. cit.*, p. 55 y ss.

(49) *Ibid.*

Como lo adelantamos en la “Introducción”, abordaremos algunos aspectos relativos a las relaciones familiares de modo panorámico, más bien como un preludio, ya que los integrantes del equipo de investigación —nombrados en la nota al pie 2— han afrontado las diversas cuestiones de manera amplia y profunda.

6.1. Derecho al cuidado del adulto mayor⁽⁵⁰⁾

6.1.1. Su concepto

El primer interrogante que se abre es cuál es el contenido del derecho a ser cuidado del adulto mayor. El cuidado —se ha dicho— “denota la acción social encaminada a garantizar la supervivencia social y orgánica de las personas que carecen o han perdido la autonomía personal, las que necesitan ayuda de otros para realizar los actos esenciales de la vida diaria”. El cuidado de la persona mayor se asocia íntimamente a su calidad de vida que es la resultante de la interacción entre las distintas áreas de la existencia humana, cada una de las cuales contribuye de diferente manera para permitir un óptimo estado de bienestar, teniendo en cuenta el proceso evolutivo del envejecimiento.⁽⁵¹⁾ El contenido del derecho a ser cuidado del adulto mayor se relaciona con el grado de dependencia que ha sido definida en uno de los proyectos presentados, como “el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o la pérdida de la autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria”.⁽⁵²⁾

6.1.2. Su reconocimiento

El derecho al cuidado de la persona mayor implica un deber que corresponde a los integrantes de la familia y al Estado, quien debe proveer los medios necesarios para hacer realidad a este derecho, y al mismo tiempo

(50) GROSMAN, CECILIA, “Políticas de cuidado y experiencias de cuidadoras: factores que contribuyen a la marginación”, en Pautassi y Zibecchi (coords.), *Las fronteras del cuidado*, ELA, Bs. As., Biblos, 2013, p. 217 y ss.

(51) Fuente: [en línea] <http://www.elintransigente.com/notas/2010/2/25/editoriales-37405.asp>

(52) Proyecto de ley Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia, 1461-D-2008, art. 2. El Proyecto sigue los lineamientos de la ley española 39/2006 de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia.

garantizar que efectivamente los responsables lo están cumpliendo. En la Declaración y Programa de Acción de Viena, de 1993, se sostiene que el derecho al cuidado integra “el conjunto de los derechos universales de derechos humanos consagrados en los diversos instrumentos internacionales, a pesar de no estar explícitamente nominado como tal”. Al respecto, el Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y culturales, en su Observación General N° 6 ha señalado que si bien el Pacto:

... no contiene ninguna referencia explícita a los derechos de las personas de edad, sin embargo, teniendo presente que las disposiciones del Pacto se aplican plenamente a todos los miembros de la sociedad, es evidente que las personas de edad tienen derecho a gozar de todos los derechos reconocidos en el Pacto. Este criterio se recoge plenamente en el Plan de Acción Internacional de Viena sobre el Envejecimiento. Además, en la medida en que el respeto de los derechos de las personas de edad exige la adopción de medidas especiales, el Pacto pide a los Estados Partes que procedan en ese sentido al máximo de sus recursos disponibles.

El art. 17 del Protocolo de San Salvador expresa, que “toda persona tiene derecho a protección especial durante su ancianidad. En tal cometido, los Estados partes se comprometen a adoptar de manera progresiva las medidas necesarias a fin de llevar este derecho a la práctica...”. A partir de este reconocimiento, Pautassi considera el “derecho a ser cuidado y a cuidar (se)” como un derecho universal que no puede ni debe recibir otro tratamiento que el de universal. La consideración del cuidado como un derecho universal significa la incorporación de los adultos mayores como receptores de cuidado y ello exige que se asegure este derecho en condiciones de igualdad, calidad y cantidad suficiente.⁽⁵³⁾

6.1.3. *Un deber que corresponde a la familia y al Estado*

El derecho al cuidado de la persona mayor implica, al mismo tiempo, un deber que corresponde a los integrantes de la familia y al Estado, quien tiene la responsabilidad de proveer los medios necesarios para hacer realidad este derecho, y garantizar que, efectivamente, los responsables lo están cumpliendo.

(53) PAUTASSI, LAURA, “Contingencias resignificadas. Nuevos desafíos de las políticas públicas para adultos mayores”, en *Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, n° 40, julio/agosto, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2008, p. 111 y ss.

La ausencia de políticas sociales adecuadas ha significado intensificar las responsabilidades de cuidado del núcleo familiar con el cual vive el adulto mayor. De esta manera, señala Pautassi, se produce una disociación grave entre lo público y lo privado, dejando en manos de los hogares una función que implica tiempo y recursos, sin el apoyo del Estado.⁽⁵⁴⁾ La familia continúa siendo la principal responsable del cuidado e integración de las personas de edad,⁽⁵⁵⁾ y son las mujeres las que mayormente cumplen la función de cuidado de los integrantes de la familia, ya sea los niños o los adultos mayores, sea cual fuere el lugar donde vivan. Esta situación, unida a la falta de recursos (económicos y de tiempo, entre otros), ocasiona importantes dificultades para el pleno desarrollo de quienes asumen el papel de cuidadoras, que suelen ver afectados sus proyectos de vida. Al mismo tiempo, hoy en día, gran parte de las mujeres trabajan fuera del hogar, lo cual implica una sobrecarga injusta. Esto significa que es imperioso que, a través de las políticas públicas, se generen servicios para la atención de esta franja poblacional, que aseguren la máxima autonomía personal e integración de las personas de edad en todos los aspectos de la vida social (CELADE, 2009). Frente a esta situación es preciso instalar un modelo en el cual tenga lugar un reparto más igualitario de los papeles del hombre y la mujer.

Una de las preocupaciones que ha quedado reflejada, tanto en la Estrategia Regional de implementación para América Latina y el Caribe del Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento,⁽⁵⁶⁾ como en la Declaración de Brasilia, es el nuevo desafío que implica para los sistemas de cuidado el aumento de la población adulta mayor. La conformación actual de las familias, los cambios en los roles de las mujeres han transformado esta necesidad de cuidado en un asunto complejo, que requiere una profunda reflexión acerca de los mecanismos para atender a esta exigencia de la mejor manera posible.

Entre las acciones desarrolladas en la región, en este campo, se destaca la implementación de programas de cuidadores domiciliarios, es decir, la

(54) *Ibid.*, p. 111 y ss.

(55) WILDE, ZULEMA, "Deberes humanos de la familia hacia los ancianos", en *Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, julio/agosto 2005, Bs. As., Lexis-Nexis, p. 147.

(56) VILLARREAL MARTÍNEZ, MÓNICA, *De las personas mayores en América Latina y el Caribe*, Programa Regional de Población, Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía (CELADE), División de Población de la CEPAL/Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA), serie población y desarrollo 64, Santiago de Chile, diciembre del 2005.

capacitación de personas de la comunidad para asistir a las personas de edad en situación de dependencia. En otros países de Latinoamérica se han creado centros de día o residencias diurnas y se implementan programas de fomento del voluntariado, comedores comunitarios y planes de asistencia a los sectores más empobrecidos.

Se ha evaluado la conveniencia de invertir el gasto público en la asistencia de las personas mayores en su propio domicilio. Ello, se ha comprobado, no sólo es beneficioso en cuanto al costo, sino en cuanto a la calidad de vida de la persona asistida. En este sentido, Carla Zibecchi alude a diversos estudios donde se indica que las **relaciones de cuidado** se caracterizan por su carácter interpersonal e íntimo entre la persona que provee el cuidado y quien la recibe, sumado al componente afectivo vinculado con las emociones que se ponen en juego en el acto de cuidar al otro y con el amor hacia quien recibe el cuidado.⁽⁵⁷⁾ En este contexto, los cuidados domiciliarios para que la persona pueda continuar en su entorno familiar cobra gran importancia pues le permite al adulto mayor seguir viviendo con dignidad, alivia la carga emocional y económica de los cuidadores familiares y reduce los conflictos que pueden presentarse.

En los países desarrollados se potencian los servicios comunitarios, como una forma de hacer más viable y efectiva la ayuda que siguen proporcionando las familias a las personas mayores. Por ejemplo, en España, los servicios de atención domiciliaria engloban una serie de recursos dirigidos a prestar cuidados a la persona en su domicilio (higiene, arreglo personal, suministro medicación, compra de alimentos, etc.) cuando por cualquier circunstancia dejan de ser autónomos para realizar las actividades propias de la vida diaria. Esta asistencia permite la permanencia de la persona en su hogar y entorno social.⁽⁵⁸⁾

Se informa que en los países desarrollados solo el 2 al 5% de los mayores de 65 años viven en instituciones porque cuentan con asistencia domiciliaria y otros tipos de ayuda. De este modo se evita la claudicación familiar y

(57) ZIBECCHI, CARLA, "El cuidado en la agenda: notas sobre un estudio de opinión sobre la organización de cuidado", en *Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, n° 55, Bs. As., Abeledo-Perrot.

(58) MONDEJAR PEÑA, ISABEL, "La obligación de alimentos entre parientes como medio privado de satisfacción de las necesidades ante los procesos de envejecimiento de la población española. Análisis actual y tendencias de futuro", en *La protección de las personas mayores*, Madrid, Tecnos, 2007, p. 329 y ss.

el recurso de la internación geriátrica, además del aislamiento del adulto mayor y su desarraigo prematuro.⁽⁵⁹⁾

Se proponen actualmente servicios que manejen cada caso singular a partir de un diagnóstico de las necesidades de la persona mayor mediante la coordinación de una red de servicios tanto formales como informales para ofrecer un paquete básico de atención y apoyo. Todas las posibles modalidades de atención a las que pueden acceder las personas mayores buscan evitar la institucionalización que es la alternativa última y la menos deseada. Diversos proyectos de ley presentados en la Argentina tienen como objetivo promover la permanencia de las personas adultas en su núcleo familiar y comunitario (4280-D-2010, art. 2, c; 1461-D-2008, art. 15, a). En una de las iniciativas, se establecen acciones de apoyo a los cuidadores no profesionales y programas de formación, información y medidas para atender los períodos de descanso (1461-D-2008, art. 17.4).

6.1.4. El reconocimiento de la función de cuidado como un trabajo

Se ha conceptualizado el cuidado como un trabajo porque implica tiempo, desgaste de energía y genera valor. Tenga o no reconocimiento monetario, estos trabajos generan valor para la sociedad en gran escala y para quienes se benefician en forma directa (CEPAL, 2009). Entre las recomendaciones que se proponen, mencionaremos aquellas que se relacionan con el reconocimiento de la función de cuidado como un trabajo y, por consiguiente, las diversas formas destinadas a cooperar con las tareas del cuidador familiar, como ser: a) fomentar la creación de redes de apoyo a los cuidadores familiares para posibilitar la permanencia de la persona mayor en el hogar y a la vez prevenir el agotamiento físico y mental del cuidador; b) organizar alternativas comunitarias para los cuidados de largo plazo destinados a las personas mayores; c) promover incentivos para apoyar a las familias que brindan cuidado a las personas mayores; d) facilitar mecanismos de coordinación entre los sistemas de apoyo formales e informales.

6.1.5. La internación en un geriátrico

Asociado con este derecho al cuidado, la internación del adulto mayor en un geriátrico por decisión familiar es un problema cuyo alcance se debe precisar. En primer lugar, si la persona mayor tiene discernimiento

(59) ZAREBSKI, *op. cit.*, p. 166.

se requiere necesariamente su consentimiento informado, debiendo evitarse la coacción o imposición por parte de sus parientes.

Con frecuencia, los familiares que lo cuidan quizás no puedan afrontar con la debida eficiencia los tratamientos médicos que se requieren, pero en muchas otras ocasiones acontece que prefieran la internación para apartarse de una situación que les trae molestias y dificultades.

Un estudio hecho en 101 geriátricos de Capital y GBA con 304 entrevistas en profundidad demostró que 3 de cada 10 personas (30%) fue internada sin haber sido consultada (Univ. Isalud patrocinada, Org. Panamericana de la Salud y financiada por el BID).⁽⁶⁰⁾

Sobre este tema, en uno de los proyectos presentados en nuestro país se establece que la “institucionalización en residencias de larga estadía es el último recurso dentro del sistema de cuidados progresivos” (4280-D-2010, art. 18, i). Igualmente, como se observa en el Plan Nacional para las personas mayores, descrito *ut supra*, se busca implementar distintos recursos para posibilitar la permanencia del adulto mayor en su hogar en la medida de lo posible.

Citamos un fallo que resolvió rechazar la internación en un geriátrico peticionada por PAMI, después de haber incumplido esta obra social la sentencia donde se le ordenaba la provisión de un acompañante terapéutico a la persona afectada. El tribunal señaló que si la persona quiere continuar viviendo en su hogar, el aspecto emocional puede verse gravemente lesionado en una internación involuntaria. Por consiguiente, resolvió “que el derecho a ser cuidado debe ser proporcionado por PAMI, en la modalidad dictaminada por el perito psiquiatra de este tribunal y resuelta por la suscripta”.⁽⁶¹⁾

6.2. Una relación familiar significativa: abuelo-nieto⁽⁶²⁾

El aumento en la esperanza de vida, sumado a la mayor inserción de la mujer en el mercado laboral, ha significado que de manera creciente, los

(60) Se advierte que muchos geriátricos no se prestaron a la investigación.

(61) SILVIA FERNÁNDEZ, *Actualidad en Derecho de Familia*, Bs. As., Abeledo-Perrot, p. 210.

(62) Marisa Herrera desarrolla el tema de manera amplia en la “Introducción” del proyecto de investigación aludido en donde analiza diversos temas: 1) la obligación alimentaria, 2) el derecho de comunicación, 3) la guarda o figuras de cuidado y 4) la adopción y las soluciones previstas en el Código Civil y Comercial

adultos mayores, en su carácter de abuelos, realizan distintas tareas en relación con el cuidado de los niños y adolescentes.⁽⁶³⁾

Cuando los vínculos familiares son sólidos, la relación abuelos-nietos se valora ya que la figura del abuelo ocupa un lugar importante para los nietos, tanto en el plano afectivo como en su socialización. No solo como proveedores de cuidados y asistencia económica, sino también para la reafirmación de su identidad y su pertenencia al grupo familiar.⁽⁶⁴⁾

El sistema español ha regulado, de manera específica, los derechos y deberes de los abuelos (ley 42/2003). En la exposición de motivos se subraya el papel importante que cumplen en la “cohesión y transmisión de valores en la familia”, destacando que “pueden desempeñar un papel crucial para la estabilidad del menor” pues “disponen de una autoridad moral y de una distancia respecto de los problemas de la pareja que puede ayudar a los nietos a racionalizar situaciones de conflicto familiar, favoreciendo en este sentido su estabilidad y desarrollo”.⁽⁶⁵⁾ Mencionamos, igualmente, otros países de Latinoamérica que afirman de manera expresa este derecho, como el Código de Familia de Costa Rica (art. 152), el Código de Familia de Panamá (art. 329), el Código de Familia del Salvador (art. 217) y el Código de la Niñez y la Adolescencia de Uruguay (art. 39).⁽⁶⁶⁾

Un aspecto relevante se refiere a los conflictos que se suscitan en nuestra sociedad el trato y comunicación entre los abuelos y nietos, particularmente cuando los padres se han separado o uno de ellos ha fallecido. Uno de los progenitores puede oponerse a que los hijos tengan relación con los padres del cónyuge o conviviente, obstrucción que se origina en los sentimientos negativos y hostilidad de un integrante de la pareja hacia el otro que se canaliza con estos impedimentos de trato, lesionándose,

(63) CHECHILE, ANA MARÍA y HERRERA, MARISA, “El rol de los abuelos en el derecho de familia contemporáneo. Una mirada desde los conflictos de comunicación entre abuelos y nietos”, en *Derecho de Familia, Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*, n° 40, julio/agosto 2008, Bs. As., Abeledo-Perrot, p. 17 y ss.; GROSMAN, CECILIA y HERRERA, MARISA, “Una intersección compleja: Ancianidad, abuelidad y Derecho de Familia”, en Lloveras y Herrera, (dirs.), *Los Derechos Humanos en las relaciones familiares*, Nuevo Enfoque, Córdoba, 2010, p. 179 y ss.

(64) ZAREBSKI, op. cit., pp. 160/161.

(65) FAMA, M. VICTORIA, “Relaciones entre abuelos y nietos”, en *Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, n° 40, julio/agosto 2008, Bs. As., Abeledo-Perrot, p. 251 y ss.

(66) Descriptos por Marisa Herrera, a cargo del tema en la investigación emprendida.

como señalan Husni y Rivas, una relación positiva que trae beneficios tanto a los adultos mayores como a los nietos.⁽⁶⁷⁾

Sabido es que el derecho de comunicación entre abuelos y nietos tiene un fundamento constitucional porque forma parte del derecho a la identidad del niño o adolescente, tanto en su faz estática por el vínculo de parentesco, como en su faz dinámica.⁽⁶⁸⁾ La preservación de los vínculos familiares se asegura en el art. 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de jerarquía constitucional, al establecer en su primer párrafo que “Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas”. Similar compromiso se afirma en la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes y el art. 7 del decreto 415/2006 que reglamenta la mencionada ley.

Si bien estos casos se plantean, por lo general, en el marco de una separación, puede darse también —en menor medida— cuando los progenitores aún conviven y ambos se oponen al mantenimiento de vínculos entre los abuelos y los nietos.⁽⁶⁹⁾ El art. 376 bis CC asegura el derecho de comunicación entre abuelos y nietos al establecer que “Los padres, tutores o curadores de los menores e incapaces (...) deberán permitir las visitas de los parientes que conforme a las disposiciones del presente capítulo, se deban recíprocamente alimentos...”. La norma nos habla de “visitas”, término inadecuado porque la relación entre abuelos y nietos no se limita a la acción de visitar, sino que tiene un contenido más amplio pues implica un trato, una comunicación, una relación afectiva con el otro.⁽⁷⁰⁾

Nuestra jurisprudencia ha subrayado:

... que el derecho de los abuelos a tener una adecuada comunicación con sus nietos, es de carácter inalienable e irrenunciable,

(67) HUSNI, ALICIA y RIVAS, MARÍA FERNANDA, *Familias en litigio. Perspectiva psicosocial*, Bs. As., Lexis-Nexis, 2007, p. 149.

(68) Para profundizar sobre este derecho, se puede encontrar un tratamiento actualizado en HERRERA, MARISA, *El derecho a la identidad en la adopción*, Bs. As., Editorial Universidad, 2008, capítulo I y II.

(69) CHECHILE, y HERRERA, *op. cit.*, p. 17 y ss.; JAGGLI, MARISA ANDREA, “El niño y la familia extendida”, *Foro de Córdoba*, año XIV, n° 83, 2003, p. 39.

(70) BELLUSCIO, AUGUSTO C., *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Bs. As., 1969, p. 744.

por lo que solo puede ser suspendido cuando medien causas de extrema gravedad que pongan en peligro la seguridad del menor o su salud física o moral, todo lo cual requiere la incorporación a la causa de elementos suficientes como para descartar la continuidad de las visitas.⁽⁷¹⁾

Es preciso marcar con energía que la voz del niño o adolescente tiene una importancia relevante en la resolución de estos conflictos. Al respecto, el art. 27 de la ley 26.061 garantiza este derecho a ser oído “cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente”, a “que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte” y a “... ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya”.

6.3. La familia. La cuestión médica y la capacidad de los adultos mayores⁽⁷²⁾

Las personas tienen la titularidad y ejercicio de sus derechos hasta la muerte, salvo las causas legales que dan lugar a la declaración de su incapacidad o la inhabilitan judicialmente (art. 152 bis CC). Es decir, la capacidad es la regla y persiste a lo largo de los años. Nuestro Código Civil derogado establecía tipologías rígidas en cuanto a la capacidad de una persona. Por una parte, se hallaba el insano (con incapacidad total y absoluta) y, por la otra, el inhabilitado (con capacidad asistida en algunos supuestos). Hoy en día se rechaza esta idea que resulta perjudicial para la persona⁽⁷³⁾ pues contraría los postulados actuales de la ciencia psiquiátrica que, precisamente, enfoca la rehabilitación y la resocialización a través de generar **capacidades**.⁽⁷⁴⁾ Al respecto, Cifuentes estima que “Sería recomendable,

(71) CC. Sala L, “G., G. R. v. S. C. M. de las N.”, sentencia 05/07/008, Abeledo-Perrot N° 20090164.

(72) María Victoria Famá y Luz Pagano, en la investigación emprendida, después del desarrollo del marco teórico, analizan el binomio adultos mayores/salud mental, es decir, el tratamiento que recibe esta franja etaria en dos tipos de procesos judiciales: por un lado, aquellos destinados a la determinación del ejercicio de su capacidad jurídica y, por el otro, los procesos de control de internación.

(73) CIFUENTES; RIVAS MOLINA y TISCORNIA, *Juicio de Insania. Dementes, sordomudos e inhabilitados*, 2ª ed., Bs. As., Hammurabi, 2007, p. 204.

(74) Sobre este tema, FAMÁ, MARÍA VICTORIA; HERRERA, MARISA y PAGANO, LUZ, “Salud mental en el derecho de familia,” *op. cit.*, p. 653 y ss.; y KRAUT, ALFREDO J., *Los derechos de los pacientes*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1997, p. 332.

no establecer categorías cerradas de incapacidad absoluta y de capacidad restringida con inhabilitación".⁽⁷⁵⁾ Pedro Hooft señala que "la autonomía no es una cuestión de 'todo o nada' sino que presenta diversos grados en cuanto a la capacidad de ejercicio de una mayor o menor autonomía, problemática que se presenta de un modo muy particular en el ámbito de atención psiquiátrica".⁽⁷⁶⁾ En este orden de ideas, se ha considerado que es menester que la ley conceda a los magistrados una mayor libertad para enmarcar a cada enfermo en su incapacidad, mediante un sistema gradual que prevea la posibilidad de declarar incapacidades parciales y con el reconocimiento del derecho a la autodeterminación de la persona para realizar ciertos actos jurídicos, principalmente aquellos relativos al ejercicio de sus derechos fundamentales. Es decir, se requiere una solución personalizada, más ajustada a las problemáticas que presenta cada caso en concreto.⁽⁷⁷⁾

Esta orientación moderna es particularmente relevante cuando se trata de adultos mayores, quienes muchas veces por la mayor fragilidad que padecen son ubicados como personas incapaces por su familiares, lesionando su independencia y sus derechos cuando en realidad pudieron haber sufrido algunos cambios que no les impidan tomar decisiones. Es decir, se equipara la edad avanzada con la enfermedad y ello condiciona la mirada de quienes rodean a los adultos mayores.⁽⁷⁸⁾ La construcción de este estereotipo es analizado en la investigación por Ricardo Iacub, en su trabajo *El poder en la vejez*. Méndez Costa señala que estos cambios pueden ser expresiones de un proceso biológico normal que no deben dar lugar a una interdicción por discapacidad.⁽⁷⁹⁾ La incompreensión sobre el verdadero estado de salud de la persona

(75) CIFUENTES; SANTOS, "Tutela de los enfermos mentales", LL, 2005-A-1051.

(76) HOOFT, PEDRO F., "El respeto a la autonomía personal en la atención psiquiátrica: perspectivas bioéticas y jurídicas", JA, 2000-IV-1055.

(77) FAMÁ; HERRERA y PAGANO, *op. cit.*, p. 653 y ss.

(78) "Las afecciones propias de la edad avanzada, no pueden convertirse por sí solas en fuente de disminución de la capacidad civil. De ser ello así todo anciano se encontraría en la situación aludida, o la ley habría contemplado límites de edad máxima para la capacidad plena", C. Apel. Civ. y Com. Paraná, Sala 2, Zeus 12-J-116, n° 1892.

(79) MÉNDEZ COSTA, MARÍA JOSEFA, "Adultos incapaces en la legislación argentina proyectada", en *Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, n° 31, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2005, p. 203.

mayor por parte del entorno familiar puede llevar, como ya lo hemos señalado, a situaciones de maltrato.

A partir del rechazo a la automática inclusión del adulto mayor en las categorías de incapacidad tradicionales, Silvia Fernández ha sugerido algunas propuestas como **tutelas diferenciadas** para su protección personal y patrimonial, con respeto a su capacidad jurídica (arg. art. 12 Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, CDPD, ley 26.378). O sea, formas de tutela o cuidado de los adultos mayores, sin necesidad de su incapacitación. Asimismo, propone la aplicación del “sistema de apoyos” de la CDPD, ley 26.378, como mecanismo para el reconocimiento de la capacidad jurídica del adulto mayor, mediante la complementación por un tercero cuando ello resulte necesario, en contraposición a la representación propia de la curatela.⁽⁸⁰⁾

6.4. El derecho alimentario del adulto mayor⁽⁸¹⁾

Cuando los adultos mayores no viven en el mismo hogar con sus hijos o nietos (falta de espacio, dificultades para la convivencia, aspiración del adulto mayor a conservar su independencia), la solidaridad se define con el pago de una cuota alimentaria, sin que por ello se deba descuidar el soporte afectivo.⁽⁸²⁾

En la Argentina, el art. 266 CC dispone que los hijos, aunque estén emancipados, están obligados a cuidar a sus padres en “su ancianidad y en estado de demencia o enfermedad y a proveer a sus necesidades, en todas las circunstancias de la vida en que les sean indispensables sus auxilios”. Y de manera concordante, el art. 367 CC dispone que se deben alimentos entre ascendientes y descendientes y entre ellos estarán obligados preferentemente los más próximos en grado.

Es necesario tener presente que el deber de alimentos hacia los ascendientes comprende la subsistencia, habitación, vestuario y lo necesario

(80) FERNÁNDEZ y KREBS, *op. cit.*, p. 149 y ss.

(81) El amplio desarrollo de los alimentos al adulto mayor ha sido abordado por María Silvia Morello en la investigación realizada, donde se considera, entre otros aspectos: los diferentes tipos de familia y la ayuda intergeneracional, el acceso a la justicia desde una perspectiva integral de derechos humanos, los distintos recorridos de la jurisprudencia y el Código Civil y Comercial de la Nación.

(82) DI TULLIO BUDASSI, ROSANA G., “El derecho alimentario de los ancianos”, *Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, n° 38, noviembre/diciembre, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2007, p. 65 y ss.

para la asistencia en las enfermedades (art. 372 CC), y abarca, como se ha sostenido, la atención psicológica, afectiva y social,⁽⁸³⁾ educación y cultura.⁽⁸⁴⁾ Respecto al modo en que se deben satisfacer estos alimentos, en la doctrina se ha entendido que esta obligación tiene carácter alternativo, es decir, que puede ser satisfecha en dinero o en especie, o sea, mantener al alimentado en el hogar del alimentante. Para unos es el alimentante el que puede elegir cómo cumplir con su obligación y para otros le corresponde al alimentado.⁽⁸⁵⁾ La respuesta a este interrogante debe tomar en cuenta la calidad de vida del adulto mayor. Si, por ejemplo, el hijo decidiera mantener en su casa a su padre mayor carente de recursos, es menester evaluar el derecho de este último para oponerse por una causa razonable o cuando la convivencia sea inviable.⁽⁸⁶⁾ No debe olvidarse que los alimentos no solo atienden al aspecto material, sino también preservan derechos humanos esenciales como la autonomía y la libertad al posibilitar que el adulto mayor pueda continuar viviendo en su hogar. En uno de los escasos fallos judiciales, se consideró en la fijación de alimentos la contratación de una persona para el cuidado del padre ya mayor.⁽⁸⁷⁾

Recordemos al respecto la resolución 46/91 de la Asamblea de las Naciones Unidas, donde, dentro del principio de **independencia** destaca el derecho de la persona mayor de vivir “en un entorno seguro y adaptable a sus preferencias personales”, como así también “poder residir en su propio domicilio por tanto tiempo como sea posible”.

Por último, vinculado con el derecho de acceso a la justicia, cabe señalar que son pocos los casos en que se produce la reclamación judicial de alimentos a los parientes debido a la renuncia voluntaria de la persona mayor necesitada,⁽⁸⁸⁾ por lo que debe pensarse en estrategias para hacer efectivo este deber de asistencia.

(83) LLOVERAS, NORA y SALOMÓN, MARCELO, *El derecho de familia desde la Constitución Nacional*, Editorial Universidad, 2009, p. 478.

(84) BOSSERT, GUSTAVO, *Régimen jurídico de los alimentos*, Bs. As., Astrea, 1993.

(85) ARIANNA, CARLOS ALBERTO, “El cumplimiento de la obligación alimentaria y sus modalidades posibles”, en *Alimentos 2001-1*, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, p. 7.

(86) MONDEJAR PEÑA, I., *op. cit.*, p. 341.

(87) CCiv. y Com. Córdoba, 20/3/90, LL Córdoba, 1990-710; DI TULLIO BUDASSI R. G., *op. cit.*, p. 81.

(88) MÉNDEZ COSTA, MARÍA JOSEFA, *Visión Jurisprudencial de los alimentos*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2000, p. 78 y ss.; MONDEJAR PEÑA, *op. cit.*, p. 335.

La situación del adulto mayor se agrava porque el sistema argentino de seguridad social, destinado a satisfacer las necesidades de este grupo etario, funciona de manera deficiente.⁽⁸⁹⁾ En franjas importantes de la población, los adultos mayores se encuentran con dificultades para afrontar su sustento, pues las jubilaciones o pensiones son exiguas y tampoco se respeta la movilidad de las mismas de acuerdo con los aumentos salariales. La única forma hasta ahora de fijar la garantía de movilidad del art. 14 bis de la Constitución Nacional ha sido mediante sentencias judiciales.⁽⁹⁰⁾ Igualmente son absolutamente limitadas las vías para acceder a pensiones no contributivas.⁽⁹¹⁾

6.5. La violencia familiar sobre el adulto mayor⁽⁹²⁾

La violencia respecto al adulto mayor en el ámbito familiar se ha definido como “el acto único o reiterado, u omisión, que causa daño o aflicción a una persona mayor y que se produce en cualquier relación donde exista una expectativa de confianza”.⁽⁹³⁾ El maltrato puede ser físico, emocional o psicológico; abandono o negligencia. También se puede manifestar a través de una actitud de indiferencia (no visitar al adulto mayor internado, no acompañarlo, no darle sostén emocional, etc.). La violencia se configura, igualmente, por actos de explotación o abuso financiero (disponer de los ahorros, haberes o rentas sin consentimiento de la persona).

(89) Sobre este tema ver el trabajo de María Alejandra Laura Guillot, quien participó en la investigación con un artículo sobre “Los adultos mayores y la movilidad jubilatoria”.

(90) Cabe destacar que la mayoría de los jubilados cobran de acuerdo a lo estipulado por ANSES, otros que han optado por iniciar juicios al Estado cobran de acuerdo a los criterios establecidos por la CSJN en “Chocobar, Sixto c/ Caja Nac. de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos”, 27/12/1996, otros según “Sánchez, M. C. c. ANSES “Mayo 2005 y otros cobrarán de acuerdo a nuevas pautas impuestas recientemente en el caso “Badaro, Adolfo V. c/ ANSES s/ reajustes varios”, noviembre 2007.

(91) El sistema de pensiones no contributivas por vejez fue creado por ley 13.478 y se encuentra vigente desde 1948.

(92) El desarrollo del tema desde un enfoque sociológico forma parte de la obra colectiva ya aludida, a cargo de ODDONE, MARÍA JULIETA y MARILUZ, GUSTAVO, en “Aportes para un debate sobre el maltrato a la vejez”.

(93) Declaración de Toronto para la Prevención Global del Maltrato de las Personas Mayores del año 2002, citado en FAMÁ; HERRERA y PAGANO, *op. cit.*

Se ha considerado que el maltrato en el caso de los adultos mayores tiene características especiales, pues, a menudo, como lo hemos señalado, los familiares absorben los estereotipos y prejuicios que circulan en el escenario social donde se identifica al adulto mayor como una persona incapaz, enferma o senil, y ello origina actos de denigración que hieren la dignidad de la persona⁽⁹⁴⁾ y provoca situaciones de violencia **sutil**, más que violencia física. Se manifiesta bajo la forma de abuso verbal, acciones de manipulación, control del dinero, prohibición de salidas y encuentros, presiones o coacciones en que se desconoce la autonomía de la persona mayor.⁽⁹⁵⁾ Esta última situación se observa cuando algunos familiares, sin tomar en cuenta la voluntad de la persona, lo fuerzan para que realice actos no queridos, como internarlo sin su consentimiento o vender un inmueble bajo la promesa de una renta vitalicia. Es lo que se ha llamado **teoría de los hechos consumados**.⁽⁹⁶⁾ También la captación dolosa de su voluntad para impedir que exprese su real intención en un testamento constituye una forma indudable de abuso.⁽⁹⁷⁾ La justicia ha debido actuar frente a estas situaciones que han sido el fundamento de acciones de nulidad testamentaria.⁽⁹⁸⁾

De igual modo, es necesario tener en cuenta que cuando los adultos mayores conviven con sus familiares pueden suscitarse conflictos por falta de tolerancia, incomunicación, carencia de espacio físico, factores que dan lugar, muchas veces a situaciones de maltrato, entre ellas, la internación geriátrica no querida. En suma, son distintas expresiones que definen el ejercicio de un poder, propio de todos los hechos de violencia familiar.

(94) BOTTINI, *op. cit.*

(95) DABOVE, MARÍA ISOLINA, "Violencia y ancianidad: Perspectiva iusfilosófica", trabajo realizado en base a la disertación efectuada por la autora en el Seminario sobre "violencia y vida cotidiana", organizado por la Escuela de Graduados y el Centro de Investigaciones en Derecho de Menores de la Facultad de Derecho, UNR, durante el mes de octubre de 1998.

(96) KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, *op. cit.*, p. 666.

(97) UGARTE LUIS A., "Captación de la voluntad testamentaria y ancianidad", *Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, n° 40, Bs. As., Abeledo-Perrot, p. 143 y ss.

(98) CNAC. APEL. Civ., Sala F, 20/08/98, *Jurisprudencia Argentina* 2000-I-595; CNAC. APEL. Civ., Sala G, 5-6-95, ED 163-521.

En cuanto al cuadro normativo que garantiza los derechos del adulto mayor a no sufrir tales padecimientos que lesionan sus derechos a la vida, la integridad psicofísica, autonomía, seguridad y dignidad, su plataforma esencial son los tratados de derechos humanos, con rango constitucional (art. 75, inc. 22 CN). Ya en el orden infraconstitucional, las situaciones de violencia en el ámbito familiar son reguladas por la ley 24.417, “de protección contra la violencia familiar” y su decreto reglamentario 235/96, como también por las respectivas legislaciones provinciales. Entendemos que los avances expresados en la ley 26.485 de Protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, deberían extenderse a los niños y hombres víctimas de violencia en virtud del principio *pro homine*, o sea, aquella interpretación más favorable al reconocimiento y satisfacción de los derechos humanos.⁽⁹⁹⁾

La violencia ejercida sobre los adultos mayores es un problema absolutamente silenciado pues las personas afectadas se inhiben en hacer conocer los hechos por distintas razones, entre ellas: temor a perder la relación con sus familiares, que no les crean, que terminen abandonándolos o internándolos.⁽¹⁰⁰⁾ Con la finalidad de intensificar la visibilidad de este problema que afecta profundamente a los adultos mayores, se han estudiado indicadores que permiten detectarlo requiriéndose profesionales con un entrenamiento especial para determinar el nivel de riesgo y al mismo tiempo proponer medidas preventivas especiales.⁽¹⁰¹⁾ En un medio periodístico se informó que en el marco del Programa Proteger en la ciudad de Buenos Aires, las denuncias por maltrato a mayores de sesenta años había crecido un 35% respecto del año anterior, indicando como causa del incremento una mayor conciencia por parte de los adultos mayores sobre los derechos que los asisten.⁽¹⁰²⁾

(99) GROSMAN, CECILIA P. y HERRERA, MARISA, “Comentario a la ley 24.417”, en Bueres (dir.) y Highton (coord.), *Actualización del Código Civil y normas complementarias*, Bs. As., Hammurabi, (en prensa).

(100) BOTTINI, *op. cit.*

(101) RIVERO, MARÍA ROSA, “Maltrato hacia los ancianos en Violencia Familiar”, en Cadoche (dir.) *Violencia Familiar*, Rubinzal-Culzoni, 2002, p. 297. En la Provincia de Río Negro donde se prevé una guarda protectora provisoria a cargo de quien el juez considere idóneo para tal función para “preservar la salud e integridad psicofísica de (...) los ancianos”.

(102) FAMÁ M. V.; HERRERA; M. y PAGANO; L. M., *op. cit.*, p. 167.

7. Palabras finales

Solo hemos querido presentar una somera imagen de los problemas que afectan a los adultos mayores en la sociedad y en la familia. Nuestra conclusión es que si bien las familias constituyen un soporte valioso para esta franja vital y ello se manifiesta de manera clara en los afectos y diversos apoyos, no faltan casos en que se observa la falta de asistencia, la indiferencia, la vulneración del deber de cuidado, la obstrucción del trato y comunicación de la relación entre abuelos y nietos y distintos actos de violencia y abuso que lesionan, entre otros, el derecho a la integridad psicofísica, la salud y la libertad de los adultos mayores. Si bien la consagración de los derechos representa una herramienta valiosa para fortalecer las demandas ciudadanas, resultan insuficientes si no se garantiza el ejercicio efectivo de los derechos. Es preciso, pues, analizar y profundizar los conflictos e interrogantes que se plantean respecto de la responsabilidad familiar hacia los adultos mayores y cuáles serían los cambios requeridos en el modelo normativo que permitan asegurar de manera más eficiente sus derechos humanos, articulado necesariamente con la responsabilidad del Estado y la sociedad en su conjunto.



Fallo “Fornerón e hija”

El desafío de las reparaciones

MARISA GRAHAM⁽¹⁾ y LAURA SARDÁ⁽²⁾



La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), el 27 de abril de 2012, dictó sentencia en el “Caso Fornerón e hija vs. Argentina” (Fondo, Reparaciones y Costas) y declaró responsable al Estado argentino por la violación de derechos a las garantías judiciales, a la protección judicial y a los derechos del niño, consagrados en los arts. 8.1, 25.1 y 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), de conformidad con lo establecido en los párrafos 44 a 57 y 65 a 111 de la sentencia.

Asimismo, declaró responsable al Estado argentino por la violación al derecho a la protección a la familia en perjuicio del Señor Fornerón y su hija, consagrado en el art. 17 CADH, de conformidad con lo establecido en los párrafos 44 a 57 y 11 a 124 de la sentencia.

Por último, declaró que el Estado argentino incumplió con su obligación de adoptar las disposiciones de derecho interno, establecida en el art. 2 CADH, conforme lo establece en los párrafos 129 a 144 del fallo.

La sentencia de la Corte recepta otros precedentes jurisprudenciales del mismo Tribunal —los casos los “‘Niños de la Calle’ (Villagrán Morales y

(1) Abogada, Facultad de Derecho, UBA. Profesora adjunta de la Facultad de Derecho de la UBA, especialista en derecho de familia. Directora Nacional de Promoción y Protección Integral de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, dependiente del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación.

(2) Abogada. Coordinadora General del Área de Promoción del Derecho a la Convivencia Familiar y Restitución de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, Ministerio de Desarrollo Social de la Nación.

otros) vs. Guatemala” y “Gelman vs. Uruguay”— y considera: “... las alegadas violaciones a los derechos a las garantías judiciales, a la protección judicial, a la protección a la familia y a los derechos del niño debe interpretarse a la luz del corpus juris internacional de protección de los derechos de los niños y niñas (...) el que definir el contenido y los alcances de las obligaciones que ha asumido el Estado cuando se analizan los derechos de niños y niñas”,⁽³⁾ quienes como titulares de los derechos establecidos en la Convención Americana deben contar con las medidas especiales de protección, las que deben ser definidas según las circunstancias particulares en cada caso concreto.

En el presente artículo analizaremos algunos aspectos de la sentencia a los fines de analizar las distintas violaciones que se le alegan a nuestro Estado, por las cuales se encuentra respondiendo ante el Sistema Regional.

Antes de dar comienzo al análisis de la sentencia, es importante destacar que, dentro del marco fáctico, la Comisión sometió a la jurisdicción de la Corte a la totalidad de los hechos descriptos en el Informe de fondo 83/10 y no consideró que los hechos alegados por las representantes estuviesen relacionados con una práctica sistemática de tráfico o venta de niños que pudiera existir en la Argentina —y, por lo tanto, que los hechos de los que fuera víctima el Señor Fornerón y su hija no pudieron tener ese encuadre jurídico—. Además de considerar improcedente este señalamiento, el Estado argentino también descartó que los hechos pudieran ser asimilables a la apropiación ilegal y sustitución de identidad de niños ocurrida en el marco del plan criminal de la última dictadura militar en Argentina.

1. Los hechos reprochados

La niña nació el día 16 de junio de 2000 en la ciudad de Victoria, provincia de Entre Ríos. El día posterior a su nacimiento, y sin el consentimiento de su padre biológico, su madre la **entrega** en guarda provisoria con fines de adopción a un matrimonio residente en la Ciudad de Buenos Aires, ante el Defensor de Pobres y Menores subrogante de esa jurisdicción.

Transcurridos diecisiete días de dicha **entrega**, el Señor Leonardo Fornerón, una vez confirmada con la madre biológica la paternidad de la niña,

(3) CORTE IDH, “Caso Fornerón e hija vs. Argentina” (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 27/04/2012, párr. 44.

se presentó junto a ella ante la Defensoría de Pobres y Menores de Rosario del Tala a los fines de reconocer a su hija. Sin embargo, en dicha oportunidad la madre de la niña desconoció la paternidad del Señor Fornerón, alegando que su hija se encontraba en la casa de un familiar en la provincia de Buenos Aires. Al día siguiente, la madre de la niña reconoció que, ante la falta de recursos que sufría, había decidido **entregar** a la niña en guarda a un matrimonio para su futura adopción.

El día 18 de julio de 2000, al mes y dos días del nacimiento de la niña y pasados quince días de haber acudido a la Defensoría de Menores, el Señor Fornerón se presentó ante el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas y reconoció legalmente a su hija.

2. El incumplimiento del derecho en las distintas instancias judiciales

2.1. La causa penal sobre posible comisión de supresión de estado civil

A los 25 días del nacimiento de la niña, y ante las imprecisiones de la madre en relación al paradero de su hija, el Señor Fornerón puso en conocimiento de la situación al Agente Fiscal, quien el 2 de agosto de 2000 y mediante requerimiento de instrucción, impulsa la causa "Agente Fiscal solicita medidas previas. Posible comisión de supresión de estado civil", a los fines de que se investigue la presunta comisión de los delitos previstos en los arts. 138 y 139 CP.

El día 4 de agosto de 2000, el Juez Penal que intervino en la causa resolvió archivar las actuaciones por considerar que los hechos no encuadraban en figura penal alguna y manifestó que "... independientemente de la valoración ético legal que pueda darse al comportamiento de Diana Elizabeth Enríquez y de quienes la secundaron y/o instigaron en su accionar, la misma no resulta punible en los términos del art. 138 del Código Penal".⁽⁴⁾

Los fundamentos de la decisión se encontraban relacionados a que en el proceso no se hallaban incorporados elementos probatorios que acreditaran la paternidad del Señor Fornerón respecto de la niña. En esa instancia del proceso, la consideración del Juzgado de Instrucción era que el Señor

(4) COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH), Informe 117/06, Petición 1070/04, "Admisibilidad. M. Fornerón y Leonardo Aníbal Fornerón Argentina", 26/10/2006. Dice el art. 138 CP: "Se aplicará prisión de uno a cuatro años al que, por un acto cualquiera, hiciere incierto, alterare o suprimiere el estado civil de otro".

Fornerón, quien ya había reconocido legalmente a su hija, carecía de la condición de padre y, por tanto, no podía ser sujeto pasivo del delito.

Refiere la Corte al respecto "... en los referidos artículos 138 y 139 los sujetos pasivos víctimas del delito son menores de edad, y (la alteración en ellos contemplada) se refiere al estado civil de otra persona, porque si se refiriese al propio autor, no se incurriría en ese delito..."⁽⁵⁾

Además, cabe aclarar que la sanción prevista en el art. 139 es para quien, por un acto cualquiera, hiciera incierto, alterare o suprimiere la identidad de un menor de 10 años.

Ante dicha resolución, el 10 de agosto de 2000 la Fiscalía interpuso un recurso de apelación, que fue resuelto el 12 de octubre de 2000 por la Cámara en lo Criminal de Gualeguay (de la provincia de Entre Ríos, la que revocó el auto apelado y ordenó la continuidad de la investigación. Finalmente, el 31 de enero de 2001 se arribó a idéntica conclusión, decisión que fue nuevamente apelada por la Fiscalía, quien resaltó que el Señor Fornerón no solo había reconocido a su hija sino que también se había sometido, el 13 de noviembre de 2000, a un estudio de prueba ADN que confirmaba su paternidad.

Sin perjuicio de ello, el Juez Instructor insistió en el archivo de las actuaciones ignorando su condición de padre.

El 26 de abril de 2001 la Cámara en lo Criminal rechazó la apelación, confirmó el auto apelado y, además, señaló que la reforma de la ley 24.410 "no tuvo como propósito la represión de actividades de quienes lucran con la venta o intermedian con la entrega de niño, con fines benévolos o humanitarios".⁽⁶⁾

En síntesis, no caben dudas de que no hubo voluntad de investigar por parte de la Justicia Penal, la que no solo archivó la causa por inexistencia de delito en base a no poder acreditar suficientemente la paternidad del Señor Fornerón —y, por lo tanto, no haber vulnerado el estado civil del padre (debe recordarse que este ya había reconocido legalmente a su hija)—, sino que omitió considerar a la verdadera víctima o sujeto pasivo del ilícito, la niña, tornando incierto su derecho a la identidad.

(5) CORTE IDH, "Caso Fornerón e hija vs. Argentina", cit., párr. 28.

(6) *Ibid.*, párr. 30. Resolución de Cámara de Gualeguay.

Además, es de resaltar que la ausencia de una investigación penal sería impidió acreditar con el grado de certeza suficiente si existió una transacción onerosa o gratuita por parte del matrimonio B-Z cuyo objeto era una niña.

Debe tenerse en cuenta que fue el Fiscal quien indicó que "habría existido una maniobra de compraventa de bebé" y que el propio Juez de Instrucción, en coincidencia con dicha apreciación, refirió que detrás de estos hechos

... existe un conglomerado de intereses fundamentalmente de naturaleza económica, dentro del cual, los más poderosos se organizan para captar mujeres embarazadas, jóvenes, solteras (las más débiles y necesitadas) a fin de que éstas, por un dinero que nunca es tanto como el que reciben quienes lucran con dicha intermediación, entreguen el fruto de la concepción a matrimonios con carencias afectivas dispuestas a adoptar a los recién nacidos y pagar por ello...⁽⁷⁾

Esta decisión, teniendo en cuenta el pronunciamiento de la Corte, ha contrariado el *corpus iuris* internacional de protección de los derechos del niño: art. 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que exige al Estado brindar las medidas de protección necesarias que todo niño requiera en su condición de tal; y el art. 35 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que exige que los Estados partes asuman el compromiso de tomar todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma. Y más aún cuando nuestra propia Constitución Nacional hace referencia, en su art. 15, a que "todo contrato de compra y venta de personas es un crimen de que serán responsables los que lo celebren, y el escribano o funcionario que lo autorice".

2.2. La causa civil sobre guarda judicial

El matrimonio B-Z, al mes y medio del nacimiento de la niña, ya siendo el 1° de agosto de 2000, se presentó ante la Defensoría de Pobres y Menores para solicitar la guarda judicial de la niña. El 28 de agosto, la Defensoría puso en conocimiento del Juez el reconocimiento de la niña por parte del Señor Fornerón. El 27 de septiembre, el Juez cita al Señor Fornerón,

(7) CORTE IDH, "Caso Fornerón e hija vs. Argentina", cit., párr. 132.

quien manifiesta su oposición a la guarda otorgada. El 3 de octubre de 2000 el Juez se anoticia del impulso de la causa penal y, finalmente, el 18 de octubre de ese año, el Señor Fornerón solicitó ante el Juez de Primera Instancia en los Civil de Victoria —en la causa “Enriquez Milagros S/ Guarda judicial”— la interrupción de la guarda judicial de la niña otorgada al matrimonio, peticionando en la oportunidad que se le conceda la guarda provisoria de su hija.

Dado que la madre de la niña negaba la paternidad al Señor Fornerón, este se sometió a un estudio de prueba de ADN cuyos resultados —positivo, por cierto— fueron recibidos por el Juez de Primera Instancia el 11 de diciembre de 2000.

El 14 de febrero de 2001, el Señor Fornerón solicitó nuevamente la interrupción de la guarda y restitución de su hija. Sin embargo, en el mes de marzo de 200, y con base en la solicitud de la Defensoría de Menores, el Juez ordenó la práctica de una pericia psicológica. Esta concluyó que “sería sumamente dañino psicológicamente para la niña el traspaso de la familia a la que reconoce (...) a otra a la que desconoce y que el alejamiento de la niña de sus afectos y de su ambiente sería sumamente traumático, pudiendo ocasionar daños emocionales, graves e irreversibles, más aún si a través ya por una primera situación de abandono”.⁽⁸⁾

El 7 de mayo de 2001, el Señor Fornerón reiteró su solicitud, manifestando que “... esta realidad será para M cada vez más dolorosa, difícil y traumática cuanto más sea el tiempo que transcurra para la restitución...”.⁽⁹⁾

Finalmente, el 17 de mayo de 200, el Juez de Primera Instancia, en base a fundamentos cargados de prejuicios discriminatorios y estereotipos respecto a supuestos ideales de familia, decidió otorgar la guarda judicial al matrimonio B-Z por un plazo de un año, concluyendo que “... de así acceder en un futuro el padre biológico (...) se podría instrumentar un régimen de visitas para mantener un contacto con la niña”.⁽¹⁰⁾

El 4 de junio de 2001 el Señor Fornerón recurrió la sentencia. Esta fue revocada el 10 de junio de 2003 —es decir, dos años después de la interposición del recurso—, luego de la práctica de varias diligencias probatorias

(8) *Ibid.*, párr. 32.

(9) *Ibid.*

(10) *Ibid.*, párr. 33.

que habían sido omitidas en su oportunidad. Así, deja sin efecto la guarda judicial, por no haber sido ajustada a derecho.

En dicha revocatoria se señalaron distintas situaciones:

- a. La irregularidad en la entrega de la niña en guarda judicial por parte de la Defensoría de Menores.
- b. La falta de advertencia del Juez de Primera Instancia de la existencia del proceso penal en curso.
- c. La ausencia de debida evaluación del vínculo entre la niña y el matrimonio B-Z, así como la omisión de entrevistar tanto al Señor Fornerón como al matrimonio guardador en el informe psicológico que tiene en cuenta el Juez para fundamentar su decisión. Tampoco se tuvo en cuenta el derecho a la identidad de la niña.
- d. El reconocimiento legal de la niña realizado previamente a contar con el resultado de ADN que le otorgaba al Señor Fornerón el carácter de padre, hasta tanto fuera impugnada su paternidad.
- e. La falta de consentimiento del Señor Fornerón para otorgar la guarda con fines de adopción, conforme lo dispone el art. 317 CP.

El 27 de junio de 2001 el matrimonio B-Z interpuso un recurso de inaplicabilidad de la ley contra esta decisión. El 20 de noviembre de 2003 el Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos declaró procedente el recurso, revocó la decisión de la Cámara y, en consecuencia, confirmó la sentencia de del Juez de Primera Instancia.

Las consideraciones del Superior Tribunal Provincial, en base al tiempo transcurrido desde el nacimiento de la niña, consideró que a esa altura del proceso el vínculo biológico entre M y su padre era "no significativo" y concluyó que era "... inconveniente cambiar la situación de la menor por los efectos muy perniciosos que tal hecho acarrearía sobre la psiquis en la conformación de su personalidad".⁽¹¹⁾

Habían transcurrido tres años desde su nacimiento.

2.3. La causa civil sobre derecho de visitas

El 15 de noviembre de 2001 el Señor Fornerón promovió un juicio de derecho de visitas ante el Juzgado Civil y Comercial de Rosario del Tala. Debido a distintos planteos de competencia entre dicho Juzgado y el de la ciudad de Victoria, la cuestión se resolvió luego de dos años y medio

(11) *Ibid.*, párr. 37.

—cuando finalmente el Juez de Primera Instancia de la ciudad de Victoria, en el mes de abril de 2004, aceptó la competencia—. A esa altura, el Señor Fornerón había reiterado su planteo del establecimiento del derecho a visitas. El 8 de abril de 2005, el Señor Fornerón compareció espontáneamente y, sin patrocinio letrado, solicitó una audiencia para establecer un régimen de visitas. La audiencia tuvo lugar el 29 de abril del 2005. A la misma comparecieron el Señor Fornerón y el matrimonio B-Z.

El 19 de mayo de 2005 el Señor Fornerón efectuó una propuesta de régimen de visitas y, a recomendación de la perito por él ofrecida, propuso que el lugar de los encuentros sea un lugar cercano al domicilio de la niña.

El 21 de octubre de 2005 se llevó a cabo el único encuentro entre el Señor Fornerón y su hija; la niña tenía cinco años y cuatro meses. El encuentro se realizó en un hotel, a propuesta del matrimonio. Duró solo 45 minutos.

El Señor Fornerón requirió en varias ocasiones al Juez el dictado de una sentencia sobre régimen de visitas para comenzar de inmediato la vinculación con su hija. Incluso, había sido evaluado por un equipo interdisciplinario del Poder Judicial, que había indicado “que se encuentra en condiciones psíquicas para enfrentar un régimen de visitas, teniendo como objetivo lograr restituir a su hija a su núcleo familiar, respetando sus tiempos y los pasos que se requiera a tal efecto”.⁽¹²⁾

Sin embargo, el 17 de junio de 2010, la Jueza rechazó el régimen de visitas solicitado. El Señor Fornerón apeló la sentencia, pero el 9 de noviembre de 2010, el recurso fue rechazado en la Sala Primera de la Cámara Segunda del Poder Judicial de Entre Ríos. El Señor Fornerón interpuso recurso de inaplicabilidad de la ley y, el 28 de febrero de 2011, la Cámara Segunda elevó los autos al Superior Tribunal de Justicia.

El 4 de mayo de 2011 se celebró una audiencia ante la Sala Civil y Comercial del Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos. En ella, por primera vez se escuchó a la niña, a Fornerón y al matrimonio B-Z. Las partes, ante el Tribunal Superior, firmaron un acuerdo que preveía:

- a. Establecer un régimen de visitas en forma progresiva.
- b. El desistimiento por parte del progenitor del recurso de inaplicabilidad de la ley.
- c. Un pacto de confidencialidad por el cual debía cesar todo tipo de publicación, entrevistas o declaraciones sobre el caso.

(12) *Ibid.*, párr. 41.

- d. El compromiso de Fornerón de no realizar más denuncias que perturben la vida familiar de la niña y de sus padres adoptivos.

Si bien era la primera vez, en once años, que se escuchaba a la niña, el acuerdo firmado en esa instancia por el Señor Fornerón fue absolutamente condicionado: se aprovechó su situación de vulnerabilidad derivada del hecho de que, a la fecha, no había podido avanzar en el conocimiento de su hija ni vincularse con ella. El acuerdo, lejos de ser una manifestación libre de la voluntad de las partes, se transformaba para el Señor Fornerón en un pacto de silencio y obediencia a las condiciones del matrimonio B-Z.

El 6 de julio de 2004 el matrimonio B-Z interpuso una demanda de adopción plena. El 8 de abril de ese año el Señor Fornerón fue citado para comparecer al Juzgado de Primera Instancia de la ciudad de Victoria. Manifestó su oposición a la adopción en varias ocasiones e informó de la interposición de una petición a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

El Señor Fornerón solicitó el rechazo de la adopción por cuanto esta no contaba con la voluntad paterna. Sin embargo, otra vez no fue escuchado, en franca infracción al art. 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño y al art. 317, inc. a) CC,⁽¹³⁾ que exige su consentimiento previo, dado que no se cumplía con ninguna de las circunstancias de excepción.

El matrimonio B-Z solicitó la adopción plena de la niña, alegando que la falta de consentimiento del Señor Fornerón no era vinculante para que el magistrado tomara una decisión a los fines de otorgar la adopción.

Finalmente, el 23 de diciembre de 2005 se otorgó la adopción simple de M al matrimonio B-Z.

3. Análisis de algunos aspectos de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte, al efectuar el análisis de las distintas causas iniciadas por el Señor Fornerón bregando por los derechos de su hija, reconoce que se han conculcado derechos fundamentales de rango constitucional, como el derecho a las garantías judiciales, la protección judicial y la protección de la familia, previstos en la Convención Americana de Derechos Humanos.

(13) Art. 317. "Son requisitos para otorgar la guarda: a) Citar a los progenitores del menor a fin de que presten su consentimiento para el otorgamiento de la guarda con fines de adopción..."

El art. 8 CADH establece un conjunto de garantías judiciales, de observancia obligatoria en todo proceso. Estas deben ser reconocidas por los Estados dentro de un proceso judicial o en cualquier otro proceso⁽¹⁴⁾ dentro de un plazo razonable. Y, ello, no solo “en la sustanciación de cualquier acusación penal...”, sino también “... para la determinación de [sus] derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter...”.

Tal como se enuncia en la OP 11/90 de la misma Corte, “Las garantías judiciales no son exclusivas de las acusaciones penales contra una persona”, sino que también proceden para “la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter...”.

Entre ellas se encuentran los siguientes derechos:

- a. A ser oído, con las debidas garantías y en un plazo razonable.
- b. A tener un Juez competente, independiente e imparcial.
- c. A contar con patrocinio letrado (particular o público).
- d. A tener una sentencia fundada.
- e. A recurrir el fallo ante Tribunales superiores.

En el fallo, la Corte sostiene que el Señor Fornerón fue privado de las garantías judiciales. Los procesos civiles –guarda judicial y régimen de visitas— no cumplieron con la garantía de plazo razonable. Fue el retardo en la sustanciación de las causas y no el análisis de los hechos conforme a derecho, lo que terminó constituyendo el sustento de las decisiones de las autoridades judiciales; decisiones que violaron tanto el derecho de familia del Señor Fornerón y su hija M como el de la niña a la identidad, a crecer y desarrollarse en su propia familia.⁽¹⁵⁾

Debe tenerse en cuenta que recién en el año 2011 —a once años del reconocimiento legal del Señor Fornerón de su hija, acto jurídico a partir del cual surgen todos los derechos inherentes a la paternidad extramatrimonial—, y como consecuencia de una importante actividad procesal, se pudo acordar un régimen de visitas progresivo y, tal como ya se afirmó, condicionado, teniendo en cuenta los términos del acta firmada ante el

(14) CIDH, OC17-2002, punto 117.

(15) CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO (CDN), art. 8.1. “Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas...”.

Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos —el que una y otra vez se vio frustrado—. En efecto, el Señor Fornerón pudo finalmente ver y relacionarse con su hija luego del dictado de la Sentencia en análisis.

3.1. Plazo Razonable

La Corte, para analizar este concepto, ha tenido en cuenta varios elementos

3.1.1. La complejidad del asunto

En este caso, los juicios iniciados por el Señor Fornerón no revestían complejidad alguna para que sean resueltos por parte de las autoridades judiciales. Los juicios relacionados con procesos de familia —como son el reclamo de un padre biológico de la guarda judicial de su hija, por un lado, y el establecimiento del derecho de visitas que permita instaurar un vínculo entre ambos, por el otro— no reunían elementos de una complejidad extrema que pudiera afectar la razonabilidad del plazo en las decisiones judiciales.

3.1.2. La actividad procesal del interesado

Tampoco faltó actividad procesal del interesado. De acuerdo a lo que se describe en los párrafos anteriores, queda clara la magnitud de la actividad procesal del Señor Fornerón, dentro las normas procesales vigentes, a los fines de poder restablecer su derecho a asumir la responsabilidad del desarrollo y crianza de su hija. No fue él quien puso obstáculos a la intervención judicial para evitar una solución al conflicto dentro del plazo razonable, sino todo lo contrario: tal como recepta el fallo, "... hizo todo lo posible para avanzar en la resolución de los mismos...".⁽¹⁶⁾

Téngase en cuenta que, siendo objeto principal del conflicto resolver los derechos vulnerados de una niña, eran las autoridades judiciales quienes tenían la obligación de resolver la cuestión con celeridad.

3.1.3. La conducta de las autoridades judiciales

Sobre este particular, la Corte analizó los lapsos de tiempo transcurridos entre cada acto procesal, y a lo largo de todas las instancias del proceso, y determinó que "las autoridades no aceleraron el proceso a su cargo y no tuvieron en cuenta los efectos que el tiempo tendría sobre el Señor Fornerón y su hija, ello en consideración del interés superior de la niña".

(16) CORTE IDH, "Caso Fornerón e hija vs. Argentina", cit., párr. 60.

Ante las tibias excusas de algunos miembros del Superior Tribunal en cuanto a que el retardo en el trámite de las causas había obedecido a “un papeleo amontonado (...) demostrativo de la morosidad que padece el poder judicial” y que “la demora en el trámite incidió en la decisión”, la Corte fue contundente al reiterar lo resuelto en el caso “Garibaldi vs. Brasil”: no es posible alegar obstáculos internos, tales como la falta de infraestructura o personal para conducir los procesos judiciales, para eximirse de una obligación internacional; como en el fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la causa “Probstmeier v. Alemania”: una sobrecarga crónica de casos pendientes no es una justificación válida del retraso excesivo

3.1.4. La afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso

Por último, debe tenerse en cuenta la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada. Ha dicho la Corte que cuando los efectos del transcurso del tiempo inciden en la situación jurídica del individuo, resulta necesario avanzar con mayor diligencia para que el asunto se resuelva en un tiempo breve.⁽¹⁷⁾

Todos los hechos, desde el nacimiento de la niña hasta la sentencia de la Corte, han sido determinantes en su vida y en la de su padre biológico. Por años, los derechos de familia del Señor Fornerón y su hija han sido vulnerados. Y sus efectos aún hoy, con el fallo de la Corte, tienen consecuencias.

En suma, el derecho de acceso a la justicia debe asegurar la determinación de los derechos de la persona en un tiempo razonable.

Esta doctrina también es receptada en nuestro país en la Ley de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes (ley 26.061) y en el Código Civil y Comercial de la Nación. En ambas normas, a los fines de resolver situaciones jurídicas en las que se encuentran niñas y niños involucrados —como las medidas excepcionales de protección o el proceso de adopción—, existen plazos que deben cumplir tanto los órganos administrativos como los judiciales. Se trata de plazos que garantizan el justo equilibrio entre celeridad y seguridad jurídica, en tensión en estos procesos. Todo ello, en el marco de la nueva condición jurídica de la infancia en relación al plus de protección o protección especial.

(17) *Ibid.*, párr. 75.

Concluyendo, la falta de razonabilidad en el plazo constituye *per se* una violación a las garantías judiciales.

3.2. Los estereotipos. Ideales y prejuicios

La Corte analizó pormenorizadamente los fundamentos de la sentencia de Primera Instancia en los autos de guarda. En la misma se manifiesta que

"entre los padres biológicos de la niña (...) no existió un noviazgo formal de más de 12 meses, (...) sino encuentros ocasionales (...) que el fruto de esa relación (...) no fue el resultado del amor o del deseo de formar una familia. (...) Añadió que la niña "no contaría con una familia biológica, entendiéndose por tal al padre y a la madre, faltándole en consecuencia (...) la presencia maternal, reiterando en su argumentación que el padre biológico "no conoce a la menor y no se encuentra casado", por lo que la niña no contaría con una madre, lo cual "[añadiría] un (...) elemento que perjudicaría a su salud mental y seguramente física".⁽¹⁸⁾

Tales argumentos son por demás arbitrarios, irrelevantes y contrarios a la mejor doctrina y jurisprudencia sobre derechos humanos. Ello, por cuanto para convalidar la guarda irregular de la niña M concedida al matrimonio B-Z, se recurre a un discurso estigmatizante y prejuicioso basado en estereotipos y conceptos tradicionales de familia que se encuentran muy alejados de la realidad y de la cultura de nuestro país.

¿Por qué pensar que era mejor la entrega de la niña a una familia desconocida y no a su padre biológico, quien la reclamó desde el conocimiento de su nacimiento? Además, ¿cuáles son las razones para convalidar la decisión de una madre que considera no encontrarse en condiciones de asumir la maternidad de su hija y decide entregarla, impidiendo que su padre pueda asumir su crianza? ¿Cuál es la relevancia jurídica de la formalidad de la unión y del tiempo del noviazgo y, más aun, de la existencia de amor entre los progenitores al momento de la concepción y el deseo de construir una familia? Y si, disparatadamente, estos factores la tuvieran, en este y en todos los casos, ¿cómo podríamos probar estos extremos?

(18) *Ibid.*, párr. 91.

3.3. Algunas definiciones del fallo

La Corte dedica un capítulo particular a los estereotipo que, sobre los roles de la mujer y del hombre en relación a las funciones de “maternidad” y “paternidad”, se evidencian en la sentencia de Primera Instancia.

En el fallo Fornerón, la Corte incursiona por primera vez en interesantes definiciones con perspectiva de género. Así, en el párrafo 94 establece:

... tales afirmaciones responden a ideas preconcebidas sobre el rol de un hombre y una mujer en cuanto a determinadas funciones o procesos reproductivos, en relación con una futura maternidad o paternidad. Se trata de nociones basadas en estereotipos que indican la necesidad de eventuales vínculos afectivos o de supuestos deseos mutuos de formar una familia, la presunta importancia de la ‘formalidad’ de la relación, y el rol de un padre durante un embarazo, quien debe proveer cuidados y atención a la mujer embarazada, pues de no darse estos presupuestos se presumiría una falta de idoneidad o capacidad del padre en sus funciones con respecto a la niña, o incluso que el padre no estaba interesado en proveer cuidado y bienestar a esta...⁽¹⁹⁾

¿Acaso podríamos afirmar que todos los niños y niñas concebidos, por ejemplo, en el seno de una pareja unida en matrimonio fueron fruto del deseo y del amor, y que sus padres tienen *per se* la idoneidad y capacidad suficiente para asumir su crianza?

En “Atala Riffo e hijas vs. Chile” y en “Loayza Tamayo vs. Perú”, la Corte expresó definiciones destacables en relación a prejuicios, estereotipos, ideales y adscripción a modelos únicos de familia, al señalar:

... la determinación del interés superior del niño en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales, probados y no especulativos o imaginarios, en el bienestar del niño (...) no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre las características

(19) *Ibid.*, párr. 94.

personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de familia...⁽²⁰⁾

La Corte no determina un concepto cerrado de familia, ni mucho menos protege un modelo único de la misma. Ha establecido que el término "familiares" debe entenderse en sentido amplio, abarcando a todas las personas vinculadas por un parentesco cercano.⁽²¹⁾

En ese sentido, es interesante resaltar el pronunciamiento que, por primera vez emite la Corte en relación a las familias monoparentales. Dice al respecto: "... no hay nada que indique que las familias monoparentales no puedan brindar cuidado, sustento y cariño a los niños. La realidad demuestra que no en toda familia existe una figura materna o paterna y ello no es obstáculo para brindar los cuidados necesarios para el desarrollo y crianza de un niño".⁽²²⁾

Y reprocha la decisión del Juez de Primera Instancia al referir "... el juez tampoco indicó qué riesgos reales y probados derivan del crecimiento de una niña en una familia monoparental o ampliada, ni determinó por qué la ausencia de la madre, en el caso concreto, 'perjudicaría la salud mental y seguramente física' de la niña...".

El estado civil, la situación de soltero, la informalidad de la relación, no pueden de modo alguno constituirse en fundamentos para negar el derecho a la paternidad y al estado de familia del Señor Fornerón y de su hija. Dichas aseveraciones denigratorias, prejuiciosas, discriminatorias, no consideraron el interés superior de la niña y beneficiaron a quienes contaban con un estado civil que se ajustaba a un concepto de familia valorado positivamente por el Tribunal.

Es el propio fallo del Superior Tribunal de Justicia el que dice que

... la determinación del interés superior de la niña está llena de subjetividades y depende de la escala de valores del juez, de su formación ideológica, de su experiencia de vida, como así también de quienes participan en la decisión, la que por otra

(20) CORTE IDH, "Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile", citado en "Caso Fornerón e hija vs. Argentina", párr. 50.

(21) CORTE IDH, OC 17/02, "Caso Atala Riffo vs. Chile" y "Caso Loayza Tamayo vs. Perú".

(22) CORTE IDH, "Caso Fornerón e hija vs. Argentina", cit., párr. 98.

parte es aleatoria, porque cuando se conozcan los resultados el tiempo habrá consumido muchos años en la vida de M...⁽²³⁾

Teniendo en cuenta que hay infinidad de decisiones que se toman en relación a los niños, niñas y sus familias plagadas de preconceptos, prejuicios, estereotipos, estigmatizaciones, idealizaciones, podríamos afirmar que la doctrina de la Corte en los fallos *ut supra* comentados —y, particularmente, en este fallo— avanza en la necesidad de despojar el principio del interés superior del niño de estas ideaciones.

Podríamos concluir, entonces, que nunca el interés superior del niño o niña puede fundarse en ideales, preconceptos y prejuicios de los decisores, tanto en los procesos judiciales como en los administrativos.

En el caso Fornerón, el Estado argentino ha sido declarado responsable por:

- a. La violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial consagrados en los arts. 8.1 y 25.1 CADH, en relación con los arts. 1.1 y 17.1 de la misma en perjuicio del Señor Fornerón y de su hija M, así como en relación con el art. 19 del mismo instrumento en perjuicio de esta última;
- b. La violación del derecho a la protección a la familia reconocido en el art. 17.1 CADH, en relación con los artículos 1.1., 8.1 y 25.1 de la misma, en perjuicio del Señor Forneron y de su hija M; y el art. 19 en relación a esta última;
- c. El incumplimiento del Estado de su obligación de adoptar las disposiciones de derecho interno, establecida en el art. 2 CADH, en relación a los arts. 19, 8.1., 25.1 y 1.1, en perjuicio de la niña M y del Señor Fornerón.

4. La parte dispositiva

La Corte ha establecido, a fin de reparar los daños al Señor Fornerón y su hija, una serie de medidas de reparación integral: restitución, satisfacción y garantías de no repetición, que se describen a continuación.

1. La sentencia constituye *per se* una forma de reparación.
2. El Estado debe establecer de manera inmediata un procedimiento orientado a la efectiva vinculación entre Fornerón y su hija M., conforme lo establecido en los párrafos 156 a 166.
3. El Estado debe verificar la conformidad a derecho de la conducta de los funcionarios que intervinieron en los distintos procesos internos y establecer responsabilidades conforme lo dispone el párrafo 172.

(23) CORTE IDH, "Caso Fornerón e hija vs. Argentina", cit., que refiere la sentencia del Superior Tribunal de Justicia, párr. 37.

4. El Estado debe adoptar medidas para tipificar la venta de niños y niñas, atento a los párrafos 176 y 177 de la sentencia.
5. El Estado debe implementar un programa o curso obligatorio dirigido a operadores judiciales —incluyendo jueces, defensores, fiscales, asesores y demás funcionarios de la provincia de Entre Ríos—, que incluya en los temarios los estándares internacionales de derechos humanos —particularmente, en materia de derechos de los niños y niñas y su interés superior— y el principio de no discriminación, conforme lo establece el párrafo 182 de la Sentencia.
6. El Estado debe publicar el resumen oficial de la sentencia en el Boletín Oficial Nacional y de la provincia.
7. El Estado debe pagar los daños materiales admitidos y el daño inmaterial.

4.1. *Proceso de Restitución o Vinculación*

La sentencia, en el punto primero de su parte dispositiva, refiere que ella constituye, *per se*, una forma de reparación.⁽²⁴⁾

La Corte señala que, si bien correspondería que el Tribunal deje sin efecto las decisiones de los procesos internos que culminaron con la decisión de entregar la guarda y posterior adopción de la niña, no puede obviar lo excepcional de este caso, esto es, la circunstancia de que la niña ha desarrollado vínculos con sus padres adoptivos y con su entorno social en el que se ha desenvuelto por casi doce años.

Si bien la reparación del daño ocasionado por la infracción de la obligación internacional requiere la plena restitución —es decir, el restablecimiento de la situación anterior—, el Tribunal considera que dicho restablecimiento no resulta posible dado que la relación padre-hijo no se produjo durante casi doce años.

Es así que establece de manera inmediata un procedimiento orientado a la efectiva vinculación entre Fornerón y su hija, mediante un proceso de acercamiento progresivo.

Dice la Corte que este proceso debe ser una instancia para que ambos puedan relacionarse en encuentros periódicos, orientados a que, en el futuro, ambos puedan desarrollar y ejercer sus derechos de familia —como, por ejemplo, el derecho a vivir juntos—, sin que ello suponga un conflicto con la familia adoptante.

(24) CORTE IDH, "Caso Fornerón e hija vs. Argentina", cit., p. 61.

Por otro lado, la Corte hace referencia a que el Estado debe adoptar todas las medidas judiciales, legales y administrativas para que el proceso de vinculación se lleve a cabo, así como para remover cualquier obstáculo que impida el desarrollo del mismo. En particular, deberá adoptar las medidas necesarias para garantizar que, por el bienestar de la niña y el adecuado desarrollo del proceso de vinculación, la familia adoptiva de la niña facilite, colabore y participe de este proceso.

4.2. Algunas consideraciones

En primer lugar, como lo hizo el Superior Tribunal de la Provincia de Entre Ríos, la Corte asumió que la cantidad de tiempo que ya había transcurrido demandaba que se disponga el establecimiento de un proceso de vinculación progresivo, pero que se descartara la restitución de la niña, lo que reclamaba el Señor Fornerón. De la lectura del fallo no surge ninguna referencia al posicionamiento que ha sostenido el matrimonio B-Z durante los doce años de pleito. Solo se hace referencia a él al momento de ordenar al Estado argentino la remoción de obstáculos para el cumplimiento de la sentencia en lo que hace a la construcción del vínculo entre la niña M y su padre biológico.

En efecto, la Corte IDH impuso al Estado argentino la obligación de garantizar un proceso de vinculación progresiva para que padre e hija puedan construir un vínculo sin que ello signifique algún tipo de conflicto con la familia adoptiva. No obstante, parece haber obviado que los derechos en colisión entre el matrimonio primero guardador y luego adoptante y el padre biológico se dirimieron durante años y que es evidente que, así como el tema no se resolvió con la adopción simple, tampoco se resuelve con el propio fallo de la Corte, que es parte de la historia de este conflicto.

Al mismo tiempo, la Corte IDH reconoce que uno de los obstáculos que el Estado deberá remover se relaciona justamente con la familia adoptiva, cuando dice que debe tomar las medidas necesarias para que ésta facilite, colabore y participe en el proceso.

Nos animamos a considerar que, en el Fallo Fornerón, las exigencias que la Corte realizó en busca de la reparación de los derechos de la niña y de su padre biológico evidencian la insuficiencia de la respuesta de los Estados —en este caso, del Estado argentino—, pero también del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Es decir, no se nos escapa que el fallo reconoce los derechos vulnerados de Fornerón y de la niña M; que

la condena al Estado argentino es justa, y que ello, *per se*, constituye una reparación para el peticionante. Pero también es esperable que el fallo resuelva el hecho y el derecho.

En segundo lugar, en este fallo la Corte ha dicho que el Estado deberá tener en consideración el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afecten su vida. Y también que los expertos a cargo del proceso de vinculación deberán asegurar que la niña tenga conocimiento de sus derechos, su voluntad, su opinión, en consideración de su grado de desarrollo y del nivel de autonomía personal en cada momento, al margen de los intereses o interferencias de terceros.

Sin embargo, observamos que la niña no solo no fue escuchada en las distintas instancias procesales nacionales (lo fue solo una vez, ante el Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos), sino que tampoco fue escuchada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, conforme su edad y madurez. Tampoco lo hizo la Corte.

La Corte, no conoció a la niña, no la escuchó, ni tampoco efectuó una evaluación de su relación con el matrimonio B-Z —evaluación que, por otra parte, no se hizo en ninguno de los procesos—. Es así, que reiteró algunas de las faltas advertidas en los procesos internos.

Es probable que la restitución inmediata de la niña a su padre podría haber sido traumática para ella (el Estado argentino se opuso a la restitución inmediata y abogó por una vinculación progresiva) si se tiene en cuenta que habían transcurrido doce años desde su nacimiento. Tan traumático como fueron la separación de su progenitor y los años de pleitos judiciales que todas las partes involucradas vivieron.

Advertíamos, en una anterior publicación, sobre el informe de admisibilidad de la CIDH respecto del caso Fornerón:

... nos preguntamos acerca del probable trauma que podría tener una niña o niño cuando años más tarde, ya adolescente o adulta, ejerciendo su derecho a la identidad, toma conocimiento de que en sus orígenes fue comprada por los padres que la criaron frente a un padre biológico presente, reconociendo y reclamante que ha desplegado un importante activismo judicial, y que nunca dejó de pelear por sus derechos llevando incluso su causa a la decisión de admisibilidad de la CIDH.

¿Qué pasará allí con el trauma, con esta presencia-ausencia de su padre biológico? No lo sabemos”.⁽²⁵⁾

Pues bien, es esta la situación en la que se encuentra actualmente la niña M. Ahora, en el marco de un fallo del Sistema Regional de Protección de Derechos Humanos que la reconoce como damnificada junto con su padre biológico, la sentencia incluye una reparación material para ambos y un proceso de vinculación entre ellos que hace un año que se viene desarrollando.

Ahora bien, el proceso de vinculación ordenado, con las características que se describieron, los condicionan. Lo que la Corte define como obstáculo, opera como resistencia en este proceso.

El Estado argentino debe garantizar la construcción del vínculo entre la niña y el Señor Fornerón para que ambos puedan desarrollar y ejercer sus derechos de familia —como, por ejemplo, el derecho de vivir juntos—, sin que ello suponga un conflicto con la familia adoptante. Por otra parte, se impone al Estado que adopte medidas de todo tipo —incluidas las judiciales— para que el matrimonio B-Z facilite, colabore y participe de este proceso.

La sentencia intenta una reparación, pero no podemos afirmar que se constituya *per se* en ella; al menos en lo que hace a la construcción del vínculo entre padre e hija.

En cuanto al cumplimiento del punto dos, el Superior Tribunal de Justicia de dicha provincia recepcionó y dio trámite a las siguientes denuncias:

- a. Causa N ° 211 F° 87: “Del Valle Raúl, Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de Victoria S/ Denuncia”,
- b. Causa N° 210 F° 87: “Balbi Marcelo Santiago, Defensor de Pobres y menores de Victoria S/ Denuncia”;
- c. Causa 212 F° 88: “Guaita, Julio Ramón, Secretario del Juzgado de Instrucción de Victoria. Denuncia”;
- d. Causa N ° 213 F° 88, iniciada el 05/07/2010 por Olarte Daniel Lorenzo.

(25) GRAHAM, MARISA, “El Caso Fornerón: Reproche Ético. Reproche Jurídico Los desafíos del Derecho de Familia del siglo XXI”, en *Los desafíos del Derecho de Familia del siglo XXI. Homenaje a la Dra. Nelly Minyersky*, enero de 2011, [en línea] http://www.infojus.gov.ar/doctrina/dacf110150-graham-caso_forneron_reproche_etico.htm;jsessionid=1gev2dewq8yz2z355idnwfvtv?0

Además, la provincia de Entre Ríos, desde el año 2005, viene desarrollando distintas propuestas académicas relacionadas con el Derecho de Familia y el Paradigma Protectorio de Derechos Humanos —que involucra a niños, niñas y adolescentes—, en el Instituto de Formación y Perfeccionamiento Judicial de la Provincia de Entre Ríos "Dr. Juan Bautista Alberdi". En el año 2013 se ha diseñado el curso anual denominado "Curso de Actualización en Derecho de Familia", que es parte integrante del Plan Integral de Gestión Educativa del Instituto de Capacitación —aprobado por Acuerdo General 05/13 (12/03/2013) y declarado de carácter obligatorio por el Superior Tribunal de Justicia de la provincia para los magistrados y funcionarios de todas las instancias con competencia en materia de Derechos de Familia, Niños y Adolescentes—.

En el año 2012 se ha publicado en el Boletín Oficial el resumen de la sentencia dando cumplimiento al punto dispositivo de la misma.

En relación a los daños inmateriales ocasionados, la sentencia ha establecido una suma de dinero en concepto de indemnización que el Estado argentino debe abonar como forma de reparación de los daños inmateriales. Para establecer el daño, el fallo ha tenido en consideración las circunstancias del caso, las violaciones cometidas, los sufrimientos ocasionados, el tiempo transcurrido, la denegación de justicia, y el cambio de las condiciones de vida del señor Fornerón y de su hija.

El Poder Ejecutivo Nacional, el 22 de mayo de 2014, a través del decreto presidencial 751/2014, dispuso el pago de la suma fijada en el fallo, por lo que dicho pago se encuentra en proceso de ejecución.

5. Otra vez el tiempo

El Señor Leonardo Fornerón efectuó su petición a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos contra el Estado Argentino en el mes de octubre de 2004 por violación del derecho a la protección de la familia y de su hija biológica.

Transcurridos dos años, el día 26 de octubre de 2006, la Comisión declaró admisible su petición mediante el Informe de Admisibilidad N° 117/06.

Recién el día 13 de julio del 2010 aprobó el Informe de Fondo N° 83/10 y sometió el caso a la Corte Interamericana; es decir, pasados seis años de la presentación del Señor Fornerón ante la Comisión.

En febrero de 2011 la Corte informa a las partes (Fornerón y sus representantes y el Estado argentino) el sometimiento del caso frente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Finalmente, el 27 de abril de 2012, se pronunció la sentencia.

Como podrá advertirse, este breve relato de las actuaciones ante nuestro Sistema Regional de Protección de Derechos Humanos no es inocente.

Transcurrieron ocho años desde la primera presentación del Señor Fornerón a la Comisión Interamericana hasta el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En el fallo, la Corte reiteró la doctrina dirigida a resolver la tensión entre celeridad y seguridad jurídica sobre los procedimientos administrativos y judiciales que conciernen la protección de los derechos humanos de personas menores de edad, "particularmente aquellos procesos judiciales relacionados con la adopción, la guarda y la custodia de niños y niñas que se encuentra en su primera infancia, deben ser manejados con una diligencia y celeridad excepcionales por parte de las autoridades..."⁽²⁶⁾

Que así sea.



(26) CORTE IDH, "L.M medidas Provisionales respecto de Paraguay", citado en "Caso Fornerón e hija vs. Argentina", cit., párr. 57.

Transformaciones y tensiones en territorio



Los puntos de encuentro familiar en la Provincia del Chubut

MARTÍN B. ALESI⁽¹⁾



1. Introducción

Con la promulgación de la ley III 40 (BO Chubut, 07/06/2013), la Provincia del Chubut se ha convertido en la pionera de América Latina en dejar firmemente asentadas las bases normativas para la implementación de los “Puntos de Encuentro Familiar” (en adelante PEF), organismos administrativos especializados en concretar el régimen de comunicación en situaciones de ruptura familiar, facilitando el ejercicio del derecho de los niños y adolescentes a mantener la relación personal con ambos progenitores, otros familiares y referentes afectivos (art. 2, ley cit.).

Al comentar la valiosa experiencia española de los PEF, que ha servido de fuente directa para la redacción de la ley chubutense, Blanco Carrasco sintetiza que la creación del servicio obedeció a la constatación de que existían situaciones en el ejercicio del derecho de comunicación a las que ni el Poder Judicial ni las instituciones de la Administración podían dar una respuesta adecuada con los recursos que había hasta ese momento, por lo que era necesario ofrecer una serie de mecanismos que permitieran tener en cuenta no solo ciertos aspectos jurídicos, sino también psicológicos, sociales o estructurales del propio niño y de su familia.⁽²⁾

(1) Juez de Familia de la Ciudad de Rawson, Chubut.

(2) BLANCO CARRASCO, MARTA, “Los puntos de encuentro familiar y el derecho de los menores a mantener una relación con sus progenitores”, en *Cuadernos de Trabajo Social*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2008, vol. 21, p. 27.

Es que hay progenitores que viven en un conflicto permanente y ni convocándolos a una audiencia, ni realizando informes que determinan el eje del incumplimiento y las alternativas, ni reiterando los requerimientos se consigue normalizar el cumplimiento de la resolución judicial, continuando los escritos contradictorios que informan al juez sobre la actitud y culpabilidad de uno y otro progenitor. Así, es la propia necesidad de los procedimientos judiciales la que impulsa la creación de los PEF, debido a que esta problemática precisa, además de medidas del juez, de un trabajo complementario de contenido psicopedagógico y social, con intervenciones técnicas específicas y recursos sociales adecuados.⁽³⁾

Tal como acontece en aquellas latitudes, los magistrados del fuero de familia chubutense afrontamos diariamente un sinnúmero de dificultades a la hora de fijar o ejecutar el régimen comunicacional a raíz de los graves conflictos, la beligerancia y las versiones encontradas de los progenitores sobre los incumplimientos que se enrostran entre sí, debiendo, en varias ocasiones, acudir a organismos administrativos que no siempre se encuentran capacitados o predispuestos para asumir la responsabilidad de intermediar en la entrega y restitución del niño o de supervisar los encuentros con el progenitor no custodio a fin de garantizar su integridad personal.

En otros casos, el vínculo del niño con su padre o madre no conviviente se encuentra deteriorado y debe recomponérselo a través de un régimen de visitas con intervención de profesionales. Sin embargo, es frecuente que deba encomendarse la delicada tarea de revinculación al propio Equipo Técnico Interdisciplinario del Fuero de Familia, desbordando de ese modo las funciones de elaboración de diagnósticos, pericias e informes⁽⁴⁾ que le asigna el art. 82 de la ley U 21 de Protección Integral de la Niñez, la Adolescencia y la Familia de la Provincia del Chubut, ante la existencia en ámbitos oficiales y privados de algunos facultativos de la salud mental proclives a mantener a toda costa la situación de ruptura actual, motivados por la convicción o el pretexto de evitar al niño el padecimiento de una angustia meramente conjetural, que aparecería ante cualquier intento revinculatorio.

(3) PEÑA YÁÑEZ, MARÍA ÁNGELES, "Intervención de los equipos técnicos y punto de encuentro familiar". [en línea] www.uhu.es/TE_mediacionfamiliar/archivos/ARTICULOS.pdf, consultado el 17/09/2013.

(4) Pese a que la función principal de cualquier cuerpo auxiliar interdisciplinario radica en informar al juez, también es posible encargarle otras labores distintas a fin de solucionar la contienda o prevenir su profundización. Dentro de este enfoque, el art. 12 de la ley bonaerense 13.634 establece que el Equipo Técnico Auxiliar "colaborará con el juez y el Consejero en las tareas y funciones que estos les asignen".

Lejos de esos voluntarismos, el proceso de revinculación exige que sea articulado por profesionales responsables, que respeten el encuadre terapéutico realizado por el juez sobre la base de los informes interdisciplinarios agregados en la causa, y advertidos de que el verdadero interés del niño radica en restituirle su derecho a mantener un régimen de relaciones personales con su progenitor/a no conviviente (art. 9º, Convención sobre los Derechos del Niño).⁽⁵⁾

Frente a ese bloqueo ilegítimo de las relaciones familiares que repercute negativamente sobre el normal desenvolvimiento emocional y psicológico del niño y del adolescente, es innegable que los Poderes del Estado están obligados a implementar las acciones necesarias para asegurar el goce del régimen de comunicación, en virtud del principio de efectividad receptado en los arts. 4º de la Convención sobre los Derechos del Niño y 29 de la ley 26.061, que impone a los organismos estatales el deber de adoptar distintas medidas para garantizar el efectivo cumplimiento de los derechos y garantías de los niños y adolescentes.

Siguiendo de cerca las regulaciones forales de España, la normativa provincial organiza los PEF sobre la idea-fuerza de “una intervención de carácter temporal, llevada a cabo por profesionales en un espacio idóneo y neutral, que tiene como objetivo principal la normalización de las relaciones familiares, garantizando durante su desarrollo la seguridad de los usuarios del programa” (art. 2º, párr. 2º, ley III 40).

En ese sentido, un ex juez de familia de aquel país, Francisco de Asís Serrano Castro, explica claramente que el PEF es el lugar idóneo y neutral donde se produce el encuentro de los miembros de las familias cuando el ejercicio del derecho de visitas está interrumpido o es conflictivo, atendido por profesionales que facilitan la relación materno/paterno-filial y garantizan la seguridad y el bienestar del niño, contando para ello con los recursos materiales y humanos necesarios con el fin de realizar una atención y seguimiento integral y pluridisciplinar.⁽⁶⁾ A su vez, la Asociación para la Protección del

(5) Lógicamente que si el juez ordena que la revinculación se concrete en el espacio terapéutico del hijo, será indispensable contar con la aquiescencia del profesional interviniente para que la medida no se vea frustrada, de modo que resultará conveniente citarlo a una audiencia con carácter previo a la resolución con el objeto de que participe en la toma de decisiones (ALESI, MARTÍN B., “El proceso de ejecución del régimen de comunicación ante el incumplimiento del progenitor custodio”, en *Derecho de familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*, Bs. As., AbeledoPerrot, 2013-VI, en prensa).

(6) SERRANO CASTRO, FRANCISCO DE ASÍS, *Relaciones paterno-filiales*, Madrid, El Derecho, 2010, p. 130.

Menor (APROME), que organizó en 1994 el primer PEF de España en una experiencia piloto con el Juzgado de Familia de la Ciudad de Valladolid, asevera que el recurso apunta primordialmente a dos objetivos generales: a) Favorecer el cumplimiento del derecho fundamental del niño de mantener la relación con ambos progenitores después de la separación, estableciendo los vínculos necesarios para su buen desarrollo psíquico, afectivo y emocional, y b) Preparar a los progenitores para que consigan autonomía y puedan mantener las relaciones con sus hijos sin depender de ese servicio.⁽⁷⁾

Por esa razón, un agudo y reciente fallo español esclareció que el PEF tiene como finalidad "garantizar la seguridad y bienestar de los menores, constituyendo una alternativa de intervención temporal orientada a la normalización del régimen de visitas, hasta que desaparezcan las circunstancias personales que motivaron la necesidad de este recurso o que los progenitores asuman sus responsabilidades parentales a la hora de llegar y cumplir acuerdos relativos al régimen de comunicación y/o estancia con sus hijos", agregando posteriormente que entre sus objetivos se encuentra "facilitar el encuentro del menor con el progenitor no custodio y/o la familia biológica en un espacio neutral, garantizando los intereses de los menores en situaciones de conflicto, así como la orientación profesional para la mejora de las relaciones paterno filiales y las habilidades de crianza en pro de la coparentalidad".⁽⁸⁾

De lo expuesto, se colige que el PEF no se circunscribe a garantizar la seguridad física de los niños y adolescentes en ocasión de la ejecución del régimen comunicacional, sino que trasciende ampliamente esa perspectiva al enfocarse en la recomposición de las competencias parentales de los adultos que utilizan el espacio a través de intervenciones de carácter psico-social orientadas a eliminar los obstáculos y actitudes negativas de los progenitores y otros familiares involucrados en la conflictiva, además de aplicar técnicas de mediación y de resolución de conflictos para la consecución de acuerdos que permitan la adecuación del régimen de comunicación a la realidad familiar y el favorecimiento del ejercicio de la coparentalidad (art. 13).

Dicha concepción se refleja en los principios de subsidiariedad y temporalidad enumerados en el art. 4° de la ley que brindan las líneas directrices que sustentan la actuación del PEF. Con respecto al primero, se entiende

(7) MORTE BARRACHINA, ELENA y LILA MURILLO, MARISOL, "La alternativa al conflicto: Punto de Encuentro Familiar", en *Intervención Psicosocial*, 2007, vol. 16, n° 3, p. 289.

(8) Audiencia Provincial Cartagena, Sección 5ª, 28/05/2013, n° 213/2013 [en línea], <http://www.poderjudicial.es>

que las derivaciones al recurso en cuestión se efectuarán cuando sea el único medio posible para facilitar las relaciones entre el niño o adolescente y su familia tras haber agotado otras vías de solución; mientras que el restante, alude a que la intervención será transitoria y su objetivo último será la normalización de las relaciones familiares y la autonomía con relación al servicio, evitando que adquiera carácter permanente.

Acorde a ello, en las VIII Jornadas de Magistrados de Familia, celebradas en el año 2012 en la Ciudad de Málaga, se concluyó que, si una vez iniciada la intervención el PEF conoce de la existencia de alguna forma de llevar a cabo las comunicaciones y/o intercambios fuera de su ámbito sin que ello suponga un peligro o perjuicio para el niño, lo deberá comunicar a la autoridad derivante para que por esta se valore esa circunstancia, a efectos de decidir si se mantiene o no la actuación del PEF.

La pauta central, pues, es que el PEF no proporcione más asistencia que la estrictamente exigida por el nivel de conflicto familiar existente.⁽⁹⁾

Sobre esas premisas, el art. 3º de la ley dispone expresamente que el PEF tiene los siguientes fines:

- a. Favorecer el cumplimiento del régimen de comunicación como derecho de los niños y adolescentes a mantener el contacto con ambos progenitores, otros familiares y referentes afectivos, estableciendo los vínculos necesarios para su buen desarrollo psíquico, afectivo y emocional;
- b. Garantizar la seguridad y el bienestar físico y psicológico de las personas menores de edad, de las víctimas de violencia doméstica y de cualquier otro familiar vulnerable durante el transcurso del régimen de comunicación;
- c. Constatar el cumplimiento efectivo del régimen de comunicación en sus horarios de salida y regreso;
- d. Propiciar en las personas usuarias la posibilidad de arribar a acuerdos orientados a resolver el conflicto en que están inmersos, de modo que el servicio llegue a resultar innecesario para la familia;
- e. Proporcionar la orientación profesional para desarrollar las habilidades parentales necesarias que mejoren las relaciones familiares y permitan que el vínculo con los hijos goce de autonomía;
- f. Disponer de información objetiva sobre las aptitudes parentales que permitan proponer las medidas que se consideren adecuadas;

(9) Así lo dice el art. 6º, inc. 2º, ap. "b", del decreto 124/2008 de la Comunidad Autónoma del País Vasco, regulador de los Puntos de Encuentro Familiar por derivación judicial.

- g. Brindar asistencia al juez de familia cuando sea necesaria la intervención del PEF para la adecuada realización de alguna actividad relacionada con el ejercicio de la custodia o el cumplimiento del régimen de comunicación.

En síntesis, el PEF constituye una alternativa positiva a los tradicionales sistemas de intercambio de los hijos establecidos hasta la fecha, puesto que ante el conflicto y tensión en las relaciones entre los progenitores, sirve de espacio mediador y favorece la interacción paterno-filial, preservando los derechos del niño y de los padres a ejercer como tales.⁽¹⁰⁾

2. Modalidades de intervención del punto de encuentro familiar

De la lectura armónica de los arts. 5° y 12 de la ley, el PEF desarrolla las siguientes modalidades de intervención para hacer efectivo el derecho de los niños y adolescentes a mantener la relación personal con ambos progenitores, otros familiares y referentes afectivos.

2.1. Acompañamiento

Consiste en que un profesional del Equipo Técnico del PEF acompaña al niño al establecimiento hospitalario o penitenciario en que se encuentra su progenitor, familiar o referente afectivo (art. 12, inc. a). Se trata de las denominadas "visitas semi-acompañadas", en las que no existe una supervisión directa del régimen comunicacional, por lo que su aplicación, en la práctica, queda reducida a la existencia de graves conflictos entre los adultos que hagan necesaria la actuación de un integrante del servicio para habilitar el contacto en los lugares indicados.

2.2. Intermediación

La actividad del PEF se concentra básicamente en apoyar y supervisar la entrega y restitución del niño cuando el régimen de comunicación no se desarrolle en el espacio físico del servicio y medie una dificultad en su cumplimiento (art. 5, inc. a y art. 12, inc. b).

No hay dudas de que es sumamente útil la actuación del PEF cuando en la ejecución del régimen de comunicación se producen frecuentes incumplimientos que uno de los progenitores le atribuye al otro con respecto a actitudes o comportamientos indebidos en el momento de la entrega o la restitución del hijo. También si surgen de manera permanente

(10) MORTE BARRACHINA, ELENA y LILA MURILLO, MARISOL, *op. cit.*, p. 289.

problemas con motivo de los horarios o la forma en que se entrega o devuelve al niño; en caso de que se alegue que este se niega a ir con el progenitor no conviviente, familiar o allegado que titulariza el derecho de comunicación, e inclusive cuando el padre o madre que tiene atribuido su cuidado personal aduce toda suerte de pretextos para impedir que se cumplan las visitas.⁽¹¹⁾

Ante las versiones opuestas y la dificultad para acreditarlas en el trámite de ejecución de sentencia, González del Pozo subraya que

... la simple intervención del PEF actúa en muchos casos como elemento pacificador que sirve para dar solución al problema, pues los informes periódicos que el PEF remite al juzgado sobre el grado de cumplimiento, por parte del progenitor, de las obligaciones derivadas del régimen de visitas, preconstituye una prueba objetiva y plenamente fiable para determinar cuál de los progenitores incumple, lo que actúa, respecto del incumplidor, como elemento que le disuade la realización de nuevas conductas obstructivas u obstaculizadoras de las visitas ante el riesgo evidente de sufrir, en otro caso, las consecuencias anudadas a tales incumplimientos (imposición de multas coercitivas, apercibimiento de cambio de guarda y custodia, y finalmente, en casos extremos, concurriendo otros requisitos, el cambio de progenitor custodio).⁽¹²⁾

No obstante, otro magistrado de familia y tratadista español, Antonio Pérez Martín, explica que la jurisprudencia de su país no es muy partidaria de derivar todos los incumplimientos del régimen de visitas al PEF al interpretar que el recurso está previsto para los casos más graves, por lo que antes de acudir a esta solución, debe instarse la ejecución del régimen comunicacional para que se cumpla en los términos en que fue establecido.⁽¹³⁾

En vinculación con ello, la Audiencia Provincial de Oviedo ha resaltado que el PEF "es un recurso social cuya intervención viene justificada en

(11) GONZÁLEZ DEL POZO, JUAN, "Algunas consideraciones sobre el régimen de visitas, los puntos de encuentro familiar y la orden de alejamiento", en *Diario La Ley España*, n° 6998, 28 de julio de 2008.

(12) GONZÁLEZ DEL POZO, JUAN, *ibid.*

(13) PÉREZ MARTÍN, ANTONIO J., "La ejecución de las resoluciones dictadas en los procesos de familia", en *Tratado de derecho de familia*, t. III, 3ª ed., Valladolid, Lex-Nova, 2013, p. 233.

situaciones extremas en las que o bien por falta de habilidades o capacidades de alguno de los progenitores o bien por falta de apoyo de las familias extensas de los menores no es posible arbitrar una solución dentro del entorno familiar de los mismos para que la necesaria comunicación con el progenitor no custodio se lleve a cabo de la forma más normalizada posible”, por lo que si ese recurso familiar existe no puede reputarse justificada la intervención permanente del servicio.⁽¹⁴⁾

Siendo un recurso subsidiario en la medida en que deben agotarse previamente todas las posibilidades para que la entrega y retiro del hijo se haga entre los padres, es exigible una razón poderosa que justifique la intervención del PEF, no bastando simplemente la voluntad de las partes de no verse si no hay otras causas que lo aconsejen, puesto que es un servicio para facilitar la relación entre el hijo y uno de sus progenitores y no para evitar que estos se encuentren.⁽¹⁵⁾

En esa dirección, se dijo en un decisorio zamorano que la pretensión de la madre de que la entrega y restitución del niño sea en el PEF es un intento más de judicialización de la vida familiar, olvidando que los progenitores deben realizar todos los esfuerzos posibles para conseguir y mantener el equilibrio emocional y afectivo del hijo, máxime cuando el régimen de visitas comenzará con el padre esperándolo a la salida del colegio.⁽¹⁶⁾

Durante la implementación del intercambio, el PEF debe garantizar la no coincidencia de los progenitores, otros familiares y referentes afectivos en aquellas situaciones de violencia familiar que motivaron el dictado de una medida cautelar, a la vez que no entregará al niño o adolescente a la persona a la que le corresponda la visita si advierte que sus condiciones físicas o psíquicas no son las apropiadas (art. 15, incs. d y e).

A dicho fin, el profesional actuante verificará que el proceso se desarrolle sin contratiempos, ya que su tarea no es solo la de un “intercambiador de niños”, sino que ha de observar e informar la actitud y reacción del menor,

(14) Audiencia Provincial Oviedo, Sección 6ª, 25/01/2010, n° 34/2010 [en línea], <http://www.poderjudicial.es>

(15) SANTANA PÁEZ, EMELINA, “Régimen de estancias y visitas”, en Hijos Fernández, Eduardo (coord.), *Los procesos de familia: una visión judicial*, 2ª ed., Madrid, Colex, 2009, p. 897.

(16) Audiencia Provincial Zamora, Sección 1ª, 24/02/2011, n° 13/2005, citado por ZARRALUQUI SÁNCHEZ Y EZNARRIAGA, LUIS, *Marco jurídico paterno - filial en las rupturas de pareja*, Barcelona, Bosch, 2013, p. 612.

si marcha contento o triste con el progenitor no custodio; las experiencias y sentimientos que exterioriza al regreso; la forma en que se despide de ambos padres, si uno o ambos dan mensajes que puedan provocar un conflicto con el otro, etc.⁽¹⁷⁾

2.3. Régimen supervisado

El régimen de comunicación se cumple en las instalaciones del PEF bajo la supervisión y presencia continuada del Equipo Técnico, aunque también puede desarrollarse fuera de ese ámbito como una fase intermedia de adaptación previa a la adopción de un régimen sin supervisión (art. 12, inc. c).

Esta modalidad de intervención presenta distintas variantes, que analizaremos a continuación:

2.3.1. Interrupción del contacto del hijo con uno o ambos de los progenitores y necesidad de orientación profesional en la revinculación paterno o materno filial (art. 5, inc. b)

Cuando la relación del niño con su padre o madre no conviviente está dañada y debe reconstruírsela con la asistencia de un profesional del PEF, es aconsejable fijar un régimen de comunicación limitado en su duración, que se irá ampliando en forma progresiva, de acuerdo a la evaluación del estado psicológico del hijo.

Según las circunstancias del caso, la asistencia del PEF busca generar un espacio de confianza entre el hijo y su progenitor que facilite su encuentro emocional y posibilite el conocimiento recíproco en un ámbito de seguridad física y psíquica y de estabilidad afectiva, conteniendo la ansiedad y angustia del niño.⁽¹⁸⁾

Cuanto menor sea la edad del hijo, más necesario será un restablecimiento paulatino y supervisado de los encuentros, pues el padre o madre no conviviente pueden haberse convertido en desconocidos para aquel, mientras que si es mayor, es probable que la supervisión sea menos necesaria si eran sólidos los vínculos afectivos previos a la ruptura. En cualquier

(17) PÉREZ SALAZAR y RESANO, MARGARITA, "Patria potestad", en González Poveda, Pedro y González Vicente, Pilar (coords.), *Tratado de derecho de familia*, Madrid, Sepin, 2005, p. 219, citado por GONZÁLEZ DEL POZO, Juan, *op. cit.*

(18) LUQUIN BERGARECHE, RAQUEL, "Los puntos de encuentro familiar de Navarra: Fundamento jurídico, marco normativo, actualidad y perspectivas de evolución", en *Revista jurídica de Navarra*, julio-diciembre de 2011, n° 52, p. 51.

caso, la revinculación a través de las visitas supervisadas por profesionales del PEF, al menos durante los primeros encuentros, busca asegurar una mínima adaptación y conocimiento entre ambos y la recuperación del vínculo afectivo para que puedan relacionarse autónomamente fuera de las dependencias del servicio.⁽¹⁹⁾

En este contexto, se ha resuelto acertadamente que ante el trauma sufrido por el hijo, las visitas no tienen que cumplirse en forma inmediata ya que los tiempos de los sentimientos tienen su ritmo propio, de manera que el restablecimiento del vínculo debe hacerse en forma paulatina y supeditada al estado psicológico del niño, de carácter prioritario, y que marcará las pautas temporales de la relación.⁽²⁰⁾

En un caso de revinculación con la participación de un PEF, la Audiencia de Las Palmas expresó que queda perfectamente justificado, debido al tiempo transcurrido sin que el padre haya mantenido relación con el niño y la situación de este, el establecimiento temporal de unas visitas tuteladas en el PEF, siendo necesario este sistema para analizar y valorar la posibilidad de conseguir una normalización futura de las relaciones paterno filiales, estando a cargo del equipo del recurso determinar el programa de actuación que al efecto ha de instaurarse, incluyendo el número de encuentros semanales, la duración de cada uno de ellos y la extensión temporal de la medida.⁽²¹⁾

En la praxis española, los profesionales del PEF solo tienen facultades para acordar el pase de una fase a la siguiente del régimen de comunicación progresivo si la resolución judicial expresamente autoriza esa posibilidad, debiendo, en tal caso, ponerse en conocimiento del juez la modificación efectuada y sus razones, para que este la ratifique o no. Por el contrario, el PEF no puede variar el tipo de intervención (visitas tuteladas, no tuteladas, intercambio), ni reducir o suspender las visitas sin previa autorización judicial.⁽²²⁾

(19) GONZÁLEZ DEL POZO, JUAN, *op. cit.*

(20) TSJ Neuquén, 14/07/2007, en *Derecho de familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2011-III, p. 314.

(21) Audiencia Provincial Las Palmas, 11/06/2008, n° 94/2008 [en línea] <http://www.poderjudicial.es>

(22) Art. 15, Protocolo de Actuación y Coordinación de los Puntos de Encuentro Familiar con Autoridades Derivantes, aprobado en las *VIII Jornadas de Magistrados de Familia* celebradas en Málaga, del 29 de febrero al 2 de marzo de 2012.

Sin embargo, y en consonancia con lo expuesto en párrafos anteriores, no debe olvidarse que en función del principio de subsidiariedad que preside su actuación, la intervención del PEF es la última *ratio* si existen otras alternativas idóneas para garantizar el contacto con el niño. Por ello, se ha razonado en un fallo que no procede acordar que el régimen de visitas se lleve a efecto en el PEF —reservado para supuestos excepcionales— y que se realice un seguimiento psicológico a los hijos menores, como lo solicita el progenitor no conviviente, si la solución al problema de vinculación pasa por que este acuda al asesoramiento de personas técnicamente preparadas en relación con la forma de comportamiento que ha de tener con sus hijos cuando estén en su compañía.⁽²³⁾

Por otra parte, si se trata de un adolescente que se niega a relacionarse con el progenitor no conviviente, no corresponde la intervención del PEF, pues el vínculo debe basarse en el afecto y respeto recíproco y, fundamentalmente, en el desarrollo de la autonomía personal del hijo. En función de la capacidad progresiva que cabe reconocerle por su calidad de sujeto de derecho, disminuye significativamente la autoridad del padre o la madre que ejerce su custodia para hacerle cumplir los encuentros programados en el régimen comunicacional, por lo que no existe ya el deber de entrega que pesa sobre el progenitor gravado con las visitas. De este modo, cualquier resolución judicial que imponga al adolescente su acatamiento será inútil —y hasta contraproducente— al profundizar las causas del rechazo, siendo, en cambio, aconsejable su derivación a un espacio terapéutico individual para que revise esa reticencia infundada al acercamiento con su progenitor.⁽²⁴⁾

2.3.2. Existencia de familiares cuyas condiciones personales o de salud hagan necesaria la supervisión profesional de los encuentros (art. 5, inc. d)

Es sabido que no todo padecimiento mental o por adicciones inhabilita a una persona para la atención y cuidado de un niño, sino únicamente aquel cuyos síntomas determinen anomalías conductuales de carácter grave, que impliquen la pérdida del autocontrol y la racionalidad necesaria para evaluar las consecuencias de los actos que se realicen.⁽²⁵⁾

(23) Audiencia Provincial Zamora, Sección 1ª, 24/01/2005, nº 13/2005 [en línea], <http://www.poderjudicial.es>

(24) ALESÍ, MARTÍN B., *op. cit.*

(25) Audiencia Provincial Barcelona, Sección 12ª, 15/06/1998, citado por PÉREZ MARTÍN, ANTONIO J., *Derecho de familia (doctrina sistematizada de la Audiencia de Barcelona)*, Valladolid, Lex Nova, 2000, p. 265.

La intervención del PEF en este supuesto trasciende en una verdadera restricción del régimen comunicacional que, como tal, debe estar condicionada a un concreto y acreditado peligro o daño para la salud física o mental del niño, o ante una fundada posibilidad de otro tipo de agresión; es decir, ha de tratarse de hechos graves, serios y actuales, capaces de provocar efectos negativos en el hijo menor de edad.⁽²⁶⁾

Al repasar la jurisprudencia española en materia de adicciones y relaciones paterno-filiales, Montero Aroca observa que los tribunales son generalmente reacios a suspender la comunicación entre padres e hijos, estableciendo en su lugar un régimen limitado con la posibilidad de ampliarlo en caso de plena y total recuperación de la toxicomanía, y que debería servir de estímulo para la parte.⁽²⁷⁾ Así, en una reciente resolución de la Audiencia Provincial de Guadalajara, se sostuvo criteriosamente que para levantar la limitación del régimen de comunicación cabe exigir el alta terapéutica del establecimiento que brindó el tratamiento, ya que los deberes que impone la custodia de un menor y las cautelas que reclama su cuidado resultan incompatibles con el consumo de drogas.⁽²⁸⁾

Ante la enfermedad mental, drogodependencia o alcoholismo del progenitor debe encontrarse la solución que permita preservar la relación con su hijo, pero que no conlleve otro tipo de peligro para este. Habrá que valorar cada caso concreto y analizar las circunstancias que rodean al padecimiento de la enfermedad o adicción de que se trate, pues si no acarrea ningún peligro para el niño no corresponderá limitar las visitas,⁽²⁹⁾ lo que implica descartar la intervención del PEF.

2.3.3. Amenaza al derecho a la integridad personal del niño o adolescente, o de alguno de sus progenitores, familiares o referentes afectivos (art. 5, inc. e)

Cuando es verosímil la existencia de acciones u omisiones de cualquiera de los progenitores que amenazan o vulneran gravemente la integridad

(26) MARÍN LÓPEZ, MANUEL, en Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (coord.), *Comentarios al Código Civil*, t. I, 2ª ed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006, p. 222; CAPEL. CIV. Y COM. N° 2, sala 2, La Plata, Sala 1, 05/09/1996, en LL, BA 1998-150.

(27) MONTERO AROCA, JUAN, *El derecho de visita en los procesos matrimoniales*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2002, p. 241, con cita de Audiencia Provincial Las Palmas, 02/06/1995, n° 1995/1170.

(28) Audiencia Provincial Guadalajara, Sección 1ª, 04/06/2013, n° 158/2013, [en línea] <http://www.poderjudicial.es>

(29) SERRANO CASTRO, FRANCISCO DE ASÍS, *op. cit.*, p. 141.

psicofísica del hijo, el juez debe adoptar las medidas de protección tendientes a evitar la reiteración de esas conductas, como la suspensión o limitación del régimen de comunicación del padre o madre no custodio, la modificación de la tenencia provisoria si el autor de la violencia es el padre o madre que tiene atribuido el cuidado personal del niño, o bien la delegación de la guarda si los responsables de la violencia son ambos progenitores (art. 4º, ley 24.417; art. 39, ley 26.061; y art. 26, ley 26.485).

En esos casos, la actuación del PEF es de suma importancia al convertirse en alternativa a la suspensión del régimen de comunicación en los supuestos no comprobados de maltrato infantil, incluido el abuso sexual cometido contra el hijo por uno o ambos progenitores.

Se trata de un asunto complejo y delicado, dado que la suspensión del régimen de comunicación podría presentar cierta tensión entre el derecho del niño a ser protegido contra el maltrato y abuso (arts. 19.1 y 19.2., Convención sobre los Derechos del Niño) y el derecho a no ser separado de sus padres y a tener adecuada comunicación con ellos (arts. 9.1. y 9.3., de la Convención citada).⁽³⁰⁾

En esta línea de pensamiento, Wagmaister entiende que el tema debe ser tratado con especial cuidado por dos razones: la seguridad del niño no debe ser puesta en peligro, haciendo lugar a pedidos de visitas sin evaluación profesional, pero tampoco debe prolongarse indefinidamente el impedimento de contacto sin tomar ninguna medida al efecto, haciéndose eco de la acusación de abuso sexual.⁽³¹⁾

Para González del Pozo, una forma equilibrada y prudente de resolver la cuestión conciliando los distintos intereses en conflicto y salvaguardando el interés del niño es la de restringir o limitar las visitas y establecer que, hasta tanto recaiga resolución firme en el proceso penal, o hasta que se considere oportuno en atención a la circunstancias del caso, los encuentros entre el progenitor y el hijo se desarrollen en las dependencias del PEF, en presencia y bajo la supervisión de un psicólogo del organismo, concediéndose facultades a este para suspender las visitas si lo considera oportuno

(30) CNAC. APEL. Civ., Sala C, 16/04/2013, en LL 2013-D-131.

(31) WAGMAISTER, ADRIANA, "Acceso a ambos progenitores como un derecho humano de los niños", en LL 2003-C-1219.

por observar o apreciar la presencia de signos, datos o reacciones del niño de los que infiera que el hecho denunciado pudiera ser cierto.⁽³²⁾

El citado autor menciona también que:

el desarrollo de las visitas tuteladas en el PEF convierte a los encuentros en un observatorio realmente privilegiado de las relaciones entre el menor y su progenitor no custodio que permitirá corroborar, de modo indirecto, el grado de verosimilitud de la denuncia. Las reacciones y el comportamiento de un niño abusado o maltratado frente a su maltratador o abusador son radicalmente opuestos a las de un niño no abusado ni maltratado que se siente querido por su progenitor, y son fácilmente detectables para un psicólogo experto en credibilidad del testimonio. Si el tipo de relación, complicidad, interacción y afectividad que se establece entre el menor y el progenitor denunciado es incompatible con la existencia de una situación de maltrato o abuso previos, podrá el juez ampliar el régimen de visitas y autorizar el desarrollo de las mismas fuera de las dependencias del PEF. Si el contacto parento-filial revela comportamiento o actitudes en el menor compatibles con un previo abuso o maltrato, el juez suspenderá de plano el régimen de visitas en base al resultado de una prueba pericial objetiva y plenamente fiable.⁽³³⁾

En consonancia con esa mirada, en un fallo nacional se rechazó la suspensión del régimen de visitas provisorio solicitada con carácter cautelar por la madre de una niña en virtud de una denuncia por abuso sexual impetrada contra el padre, a efectos de no perjudicar aún más la delicada situación familiar en la que se encuentra inmersa la hija, disponiéndose que el régimen de comunicación se cumpla bajo la supervisión de un profesional.⁽³⁴⁾

Como lo sintetiza un precedente catalán, mientras tramita la causa penal por la presunta comisión de delitos contra la persona del hijo, el juzgado de familia debe adoptar las medidas civiles de protección de los intereses

(32) GONZÁLEZ DEL POZO, JUAN, *op. cit.*

(33) *Ibid.*

(34) CNAC. APEL. CIV., Sala E, 29/10/2008, en LL 2008-F-486. En sentido contrario, se resolvió que era inconveniente reanudar la comunicación ante la iniciación de una causa penal en contra del progenitor por un presunto abuso hacia el hijo, al considerar que no debe colocarse al niño en riesgo de sufrir daños que por su gravedad resulte tardío cualquier remedio frente al hecho consumado (CAPEL. CIV. Y COM. ZÁRATE-CAMPANA, 15/12/2009, en LL Online, AR/JUR/69812/2009).

del niño con la finalidad de evitarle que se cause peligro o perjuicios graves. En cualquier caso, la restricción del régimen comunicacional del progenitor con su hijo, presunta víctima del delito, es una medida precautoria realmente adecuada a la finalidad de tutelar los intereses del niño, habida cuenta que, pesando sobre el padre la sombra indiciaria de la existencia de abusos sexuales, es desaconsejable que permanezca sin control ni intervención de personal técnico calificado.⁽³⁵⁾

Aunque esa modalidad excepcional del régimen de comunicación condiciona en determinado punto la vinculación, ante la disfuncional dinámica de la relación paterno filial trasciende como la única "medida apropiada" en los términos del art. 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño para proteger al hijo de los riesgos probables que pudieran derivarse si los encuentros con su padre o madre se llevaran a cabo en otro espacio de mayor intimidad y sin ninguna clase de control institucional (arg. art. 19, Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 7º, inc. d, Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres; art. 26, inc. a, ap. 7, ley 26.485).

¿Qué sucede si la víctima de violencia es la madre que ejerce el cuidado personal del hijo? Un segmento importante de la doctrina y jurisprudencia española es proclive a la suspensión del régimen de visitas al amparo del sufrimiento psicológico que supone para el hijo menor de edad la denuncia y el trámite de la causa penal.⁽³⁶⁾ De modo semejante, se ha considerado que cuando bienes jurídicos elementales de la mujer maltratada como la vida, integridad física y seguridad personal están constantemente amenazados por su pareja, el hijo también se convierte en víctima de la misma amenaza por razón de su dependencia personal y afectiva hacia la madre,⁽³⁷⁾ requiriéndose un informe interdisciplinario que se expida favorablemente sobre la reanudación del contacto paterno filial.⁽³⁸⁾

(35) Audiencia Provincial Barcelona, Sección 12ª, 14/01/2008, citado por PÉREZ MARTÍN, ANTONIO J. *op. cit.*, p. 261.

(36) CRUZ GALLARDO, BERNARDO, *La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*, Madrid, La Ley, 2012, pp. 313/314, con cita de la Audiencia Provincial Barcelona, Sección 18, 02/11/2004.

(37) Audiencia Provincial Tarragona, 08/11/2004, nº 362/2004, [en línea] <http://www.poderjudicial.es>

(38) Audiencia Provincial Barcelona, Sección 12, 18/03/2008, nº 193/2008, [en línea] <http://www.poderjudicial.es>

Para otra postura doctrinaria y jurisprudencial, que estimo correcta, la limitación del régimen de comunicación no puede fundarse exclusivamente en la alegación o constatación de una situación de violencia de género que se impute al ascendiente titular del derecho de visita, sino en la acreditación de un claro riesgo para la integridad física o psicológica del hijo, o para su desarrollo integral.⁽³⁹⁾

En nuestro país, Otero opina que hay que diferenciar la violencia que es ejercida sobre el hijo de la que sufre la progenitora que tiene atribuida la custodia, dado que en este caso no habría motivo para suspender o limitar el derecho de comunicación, debiendo el juez circunscribirse a modificar la forma de entrega del hijo para el cumplimiento de las visitas.⁽⁴⁰⁾

Esta tesitura fue la adoptada por mayoría en las referidas VIII Jornadas de Magistrados de Familia celebradas en el año 2012, al concluir que, si bien el juez debe extremar las cautelas para asegurar la efectiva protección integral de las víctimas de violencia de género, no está justificada sin más la no fijación de visitas a favor del maltratador o la supresión de las visitas de las que ya viniera disfrutando. De lo que se trata es de atender a las circunstancias del caso concreto, y en particular, a los informes del gabinete psicosocial sin utilizar, por tanto, criterios apriorísticos, pues no todos los casos de violencia de género alcanzan la misma gravedad.

Al respecto, es interesante destacar que varios PEF españoles citan previamente al progenitor sobre el que pesa la medida cautelar de prohibición de acercamiento, y hasta que no se encuentra en las dependencias del servicio, no llaman a la víctima para que se apersona con el hijo, previamente advertida de ello. Igualmente, no se permite la salida del niño con el progenitor hasta que la madre haya tenido tiempo suficiente de alejarse.⁽⁴¹⁾

Sin embargo, si las medidas cautelares contra la violencia de género no son acatadas por el victimario, soy de la idea de que debe suspenderse el régimen comunicacional con el hijo, en función de la grave vulneración a su derecho a la integridad emocional, debido a que el progenitor demuestra

(39) Audiencia Provincial Madrid, Sección 24, 15/02/2008, citado por GUILARTE, MARTÍN - CALERO, CRISTINA, "La atribución de la guarda y custodia de menores y el régimen de comunicación y estancia en los supuestos de violencia de género", en De Hoyos Santo, Montserrat (dir.), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género*, Valladolid, Lex Nova, 2009, p. 203.

(40) OTERO, MARIANO, *Tenencia y régimen de visitas*, Bs. As., La Ley, 2012, p. 253.

(41) SANTANA PÁEZ, EMELINA, *op. cit.*, p. 901.

con la desobediencia que no le importa la situación de miedo o terror que invade el ámbito familiar (art. 26, inc. b, ap. b.7°, ley 26.485).

Se comprende, entonces, que si el régimen de comunicación del padre agresor no se ha suspendido, corresponde que sea compatibilizado con la medida preventiva de prohibición de acercamiento que protege a la madre del niño, por lo que podrá acudir a la modalidad de intermediación del PEF para la efectivización de los encuentros, siempre y cuando no sea posible la intervención de parientes de la víctima y el agresor a raíz de relaciones muy conflictivas, o porque ninguno de ellos disponga del apoyo o ayuda de un tercero que pueda colaborar en los intercambios.⁽⁴²⁾

Al mismo tiempo, la ley prevé que es posible disponer la intervención del PEF si fuera necesario mantener en el anonimato el domicilio de la progenitora del niño o adolescente (ley III 40 del Chubut, art. 5°, inc. g).

2.4. Régimen sin supervisión

El régimen de comunicación se desarrolla en el espacio del PEF sin requerir la supervisión y presencia continuada del Equipo Técnico (art. 12, inc. d), generalmente ante la inadecuación de la vivienda o residencia en otra localidad de la persona usuaria (ley III 40 del Chubut, art. 5°, inc. c).

Esta modalidad de intervención pretende dar una solución a los casos de progenitores no custodios, familiares y allegados, sin domicilio en la localidad de residencia del niño, que carecen del apoyo de personas conocidas para concretar en ese lugar el régimen comunicacional, y no tienen la posibilidad, por falta de recursos económicos, de contratar un hotel durante el tiempo que abarque la visita. A pesar de que se trata de un supuesto de encuentros no supervisados, como carecen de una periodicidad determinada por la lejanía, es posible que en ocasiones se requiera la ayuda de un profesional del PEF para facilitar la relación.⁽⁴³⁾

(42) GONZÁLEZ DEL POZO, JUAN, *ibid.*

(43) GONZÁLEZ DEL POZO, JUAN, *op. cit.* Por su parte, Santana Páez explica que la falta de infraestructura material necesaria para atender al hijo ocurre frecuentemente en España con inmigrantes que viven en condiciones precarias, normalmente en una habitación alquilada en un departamento compartido con varias personas más, incluso desconocidas, y también en situaciones inmediatas en el tiempo a la ruptura cuando uno de los progenitores, el no custodio, ha tenido que salir de la vivienda sede del hogar familiar, y tras abonar la cuota alimentaria, no tiene capacidad económica suficiente para tener a sus hijos consigo, en FERNÁNDEZ HIJAS, EDUARDO (coord.), *op. cit.*, pp. 868/869.

Por lo demás, el concepto de inadecuación de la vivienda debe ser interpretado en sentido amplio, abarcando aquellas situaciones en las que el progenitor no custodio convive con personas que ejercen influencias negativas o suponen un riesgo para la integridad personal del hijo.⁽⁴⁴⁾

3. Formas de acceso al punto de encuentro familiar

La ley dispone que el acceso al PEF se produce por derivación del juez de familia, aunque también admite que en determinados supuestos se acuda al servicio sin necesidad de una orden judicial, a tono con el principio de desjudicialización que rige en materia de protección integral de la niñez, la adolescencia y la familia.

3.1. Judicial

Según el art. 5º, el acceso al PEF se produce por derivación del juez de Familia en cualesquiera de las situaciones de conflictividad familiar analizadas en los párrafos precedentes, partiendo de la base de que el recurso supone un instrumento insustituible de auxilio al magistrado en el ejercicio de las funciones de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, concretándose así el derecho del justiciable a la tutela judicial efectiva.⁽⁴⁵⁾

Desde esta perspectiva, la intervención del PEF es **coactiva**, constituyendo una excepción al principio de voluntariedad que orienta la actuación del programa, habida cuenta que siempre se requiere el consentimiento de las personas usuarias “excepto cuando se trate del estricto cumplimiento de una resolución judicial” (art. 4º, inc. g).

El oficio que ordena la derivación debe contener los datos que permitan la identificación y localización de las personas usuarias, la modalidad de intervención, la duración y periodicidad del régimen de comunicación y las personas autorizadas para participar en el mismo, adjuntándose, además, copia de todas las pericias e informes psicológicos y sociales obrantes en el expediente judicial (art. 6º).

Al indicar el plazo de duración del régimen comunicacional que se cumplirá en el PEF, la resolución judicial de derivación refuerza los principios de subsidiariedad y temporalidad, haciendo reflexionar a las partes en que el recurso es un instrumento orientado a que consigan

(44) Ver MORTE BARRACHINA, ELENA y LILA MURILLO, MARISOL, *op. cit.*, pp. 295/296.

(45) Ver LUQUIN BERGARECHE, RAQUEL, *op. cit.*, p. 61.

la autonomía necesaria para la normalización de las relaciones sin depender del mismo.

Por eso, el juez podrá disponer simultáneamente que uno o ambos progenitores, o incluso el hijo, inicien y sostengan un tratamiento psicológico individual y/o familiar para remover las tensiones que dificultan las relaciones personales entre el padre o la madre no conviviente y el niño, con carga de acreditar periódicamente el cumplimiento de la medida mediante un informe elaborado por el profesional a cargo de la terapia.⁽⁴⁶⁾

También es recomendable que el decreto de derivación aperciba a las partes acerca de que la obstaculización de los encuentros o la falta de colaboración con el personal del PEF darán lugar a la imposición progresiva de astreintes, arresto⁽⁴⁷⁾ y cambio de custodia.

3.2. Voluntaria

La norma provincial constituye un avance con relación a gran parte del derecho foral español al propiciar el acceso al PEF sin necesidad de que un organismo administrativo o judicial efectúe la "derivación" al recurso.⁽⁴⁸⁾

(46) Considero que es fundamental que las terapias individuales y familiares respeten los objetivos trazados en la resolución judicial. Es que en varias ocasiones, los progenitores presentan informes en los que se nota sin ambages que han utilizado el espacio terapéutico para el tratamiento de aspectos de su personalidad que no se relacionan con la incompetencia parental que motivó la derivación judicial. Inclusive, en ciertos supuestos agregan al expediente verdaderos "informes de favor", mediante los que su terapeuta intenta, a veces de manera sutil y en otras no tanto, mejorar la situación procesal de su paciente, omitiendo expresar las condiciones negativas advertidas en el curso del tratamiento o elaborando "contrainformes" de las intervenciones que ha tenido el cuerpo técnico auxiliar del juzgado, desvirtuando el delicado rol que se le ha asignado en la recomposición de los vínculos familiares (ALESI, MARTÍN B., *op. cit.*).

(47) Sobre la procedencia del arresto decretado por el juez de familia ante el incumplimiento de cualquier deber personalísimo de hacer de contenido extrapatrimonial, ver mis trabajos "Las acciones de filiación por naturaleza en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", en *Derecho de familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*, n° 57, Bs. As., AbeledoPerrot, 2012, p. 233, y "El proceso de ejecución del régimen de comunicación ante el incumplimiento del progenitor custodio" *op. cit.*

(48) La ley chubutense sigue en este aspecto las directivas del decreto 11/2010 de la Comunidad de Castilla y León, que luego de establecer que el acceso al Punto de Encuentro Familiar se producirá con carácter general por derivación de la autoridad judicial competente (art. 6°, inc. 1°), prevé como excepción que, cuando exista disponibilidad y el equipo técnico lo considere adecuado, las familias podrán utilizar el recurso si lo solicitan de mutuo acuerdo, finalizando la intervención ante la decisión de alguna de las partes y, en todo caso, transcurrido un año desde su inicio (art. 6°, inc. 3°).

Sin embargo, ello no significa que el acceso voluntario esté franqueado en cualquier supuesto, ya que ciertas modalidades de intervención del PEF involucran auténticas limitaciones del régimen de comunicación que únicamente deben ser decretadas por el juez.

En ese sentido, el art. 7° de la ley restringe el uso voluntario del PEF a los casos de dificultad en el cumplimiento del régimen de comunicación fijado por convenio o resolución judicial; interrupción del contacto del hijo con uno o ambos de los progenitores y necesidad de orientación profesional en la revinculación paterno o materno filial; y exigencia de un lugar para llevar a cabo el régimen de comunicación por inadecuación de la vivienda o residencia en otra localidad de la persona usuaria.

Por igual razón, tampoco es permitido el acceso cuando el derecho de comunicación está suspendido o restringido por resolución judicial, o se ha dictado una medida excepcional de protección de derechos.

Así, el servicio es prestado a pedido del Asesor de Familia, del Servicio de Protección de Derechos del Niño, el Adolescente y la Familia;⁽⁴⁹⁾ de las Oficinas de Derechos y Garantías de la Niñez, la Adolescencia y la Familia de la Provincia del Chubut y de los Municipios;⁽⁵⁰⁾ o de cualquier persona titular de un derecho de comunicación.

El niño o adolescente queda expresamente facultado para peticionar la intervención del PEF en función de su edad, grado de madurez y capacidad de discernimiento (arg. art. 3°, inc. d, ley 26.061). A ese efecto, la ley presume que “todo niño o adolescente que peticona el acceso al programa está en condiciones de formarse un juicio propio” (art. 7°, párrafo primero, *in fine*,

(49) Autoridad administrativa municipal de aplicación de las leyes 26.061 y III 21.

(50) El Director de la Oficina de Derechos y Garantías de la Niñez, la Adolescencia y la Familia actúa con plena autonomía funcional, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad, y su misión es velar por el cumplimiento de la ley III 21 de Protección Integral de Derechos de la Niñez, la Adolescencia y la Familia (art. 65, ley cit.). Es un verdadero *Ombudsman* de la niñez en la Provincia del Chubut —aunque en la práctica ha pasado desapercibido al no ocuparse el cargo con las personas idóneas—, que tiene entre otras funciones la de “recibir las denuncias, reclamos o pedidos de ayuda que formulen los niños, los adolescentes, sus representantes, particulares o instituciones protectoras de los derechos de los niños y adolescentes, canalizándolas a través de los organismos competentes” e “interponer la acción de amparo contra todo acto que vulnere o restrinja los derechos de los niños, adolescentes y sus familias, en los términos del art. 54 de la Constitución Provincial, como así también las de hábeas corpus, hábeas data, los mandamientos de ejecución y de prohibición y, en general, todas las acciones tendientes a asegurar la vigencia de los derechos y garantías reconocidos por esta ley, en la medida de su legitimación procesal” (art. 70, incs. a y l, ley III 21).

ley III 40), dado que la regla en esta materia es que el niño tiene capacidad para formarse sus propias opiniones y reconocer que tiene derecho a expresarlas, no correspondiéndole probar primero que tiene esa capacidad.⁽⁵¹⁾

La solicitud de intervención formulada por cualquiera de los organismos mencionados, aunque constituye en puridad una derivación, en modo alguno se erige en un requisito para que el PEF actúe en la concreción del régimen de relación, debido a que toda persona titular de un derecho de comunicación cuenta con igual prerrogativa para petitionarlo.

Fortaleciendo la autonomía del PEF con respecto a otras entidades de protección de la infancia y la familia, el Coordinador está habilitado para denegar la petición siempre que el caso no encuadre en ninguno de los supuestos que autorizan el acceso al programa; no haya disponibilidad de horarios o recursos, en cuyo caso se la anotará en una lista de espera; exista otro medio adecuado para cumplir con la comunicación fuera del ámbito del PEF; el caso no sea susceptible de ser intervenido según el dictamen fundado del Equipo Técnico; y el niño o adolescente no resida en la localidad asiento del PEF (art. 7°).

Es importante especificar que en ningún caso podrá rechazarse la derivación del juez de familia, en tanto que la intervención del recurso en este supuesto implica una actuación como organismo auxiliar de la jurisdicción, que aunque pertenece a la órbita de la Administración Pública, está sujeto a las reglas y condiciones impuestas en la resolución judicial.

4. Equipo técnico y fases de actuación

Cada PEF cuenta con un Equipo Técnico, integrado como mínimo por un abogado con formación acreditada en mediación, un psicólogo y un trabajador social (art. 8°).

Al desarrollar su labor, el gabinete interdisciplinario mantiene la confidencialidad de los datos e informaciones a los que acceda, sin perjuicio de los informes que remite al juez de familia y de aquellos casos en los que se presume la comisión de un delito o la existencia de situaciones que supongan una amenaza o una vulneración al derecho a la integridad personal de cualquier integrante del grupo familiar (art. 3°, inc. a).

(51) COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Observación General 12: El derecho del niño a ser escuchado, párr. 20.

En base a los principios de imparcialidad y neutralidad, debe respetar y tener especial consideración con cada miembro de la familia, especialmente niños y adolescentes, evitando posicionamientos a favor de cualquier integrante en detrimento de otros (art. 4º, inc. b), y en ningún caso los profesionales se dejarán influir en sus intervenciones por sus propios valores o circunstancias personales (art. 4º, inc. d).

Lejos de considerarse conceptos triviales o colocados de relleno para decorar una ley, la imparcialidad y la neutralidad son reglas centrales de conducta que han de ser seguidas minuciosamente y sin excepciones por los profesionales del Equipo Técnico del PEF, a raíz de desempeñarse en condiciones laborales adversas, con personas que atraviesan profundas crisis familiares estructurales y un altísimo nivel de conflictividad, siendo factible que estas pretendan implicarlos para que queden posicionados indebidamente en su favor.

A su vez, el Coordinador del organismo es designado entre los miembros del Equipo Técnico y asume la responsabilidad de la correcta marcha del organismo y la dirección de las intervenciones (art. 8º, *in fine*). Además de verificar la admisibilidad de la petición de intervención voluntaria del PEF, según se analizó anteriormente, este funcionario puede solicitar por sí solo la actuación de otros recursos disponibles para facilitar la ejecución del régimen comunicacional.⁽⁵²⁾

De conformidad con el art. 14, el Equipo Técnico realizará dentro de los siete días de requerida su actuación las entrevistas que considere necesarias y elaborará la estrategia de abordaje más adecuada, individualizando los objetivos particulares, las tareas, los recursos y la coordinación con otros profesionales u organismos.

En este contexto, la actuación del cuerpo de profesionales del PEF puede estructurarse en seis etapas o fases diferentes.

4.1. Derivación

Como se explicó, el art. 6º indica los datos y documentación que debe contener el oficio remitido por el juez en el que ordena la actuación del PEF. De igual modo, si se trata de una intervención voluntaria instada por el asesor de familia u organismos administrativos, es conveniente

(52) Art. 14, Protocolo de Actuación y Coordinación de los Puntos de Encuentro Familiar con Autoridades Derivantes, *op. cit.*

que con la petición de acceso dirigida al Coordinador se adjunte toda la documentación que se estime oportuna para facilitar el conocimiento de la situación familiar.

En la práctica chubutense, es frecuente que los asesores de familia y los defensores públicos cuenten con informes extrajudiciales sobre la trama familiar producidos por la Oficina del Servicio Social de la Defensa Pública o el mismo Equipo Técnico Interdisciplinario del Fuero de Familia, que bien podrán aportarse al gabinete profesional del PEF a dicho fin.

Sin perjuicio de ello, los integrantes del PEF podrán reunirse con el juez de Familia que realizó la derivación, con el Equipo Técnico Interdisciplinario del Fuero de Familia y con cualquier otro funcionario administrativo o judicial, para recabar otros datos útiles que complementen la información relacionada con el conflicto que motiva su intervención.⁽⁵³⁾

4.2. Recepción

En esta fase se presenta a los titulares del derecho de comunicación las instalaciones y los profesionales, informándose asimismo los objetivos, intervenciones y normas que regulan el régimen interno del PEF,⁽⁵⁴⁾ los

(53) En el derecho catalán, el decreto 357/2011 expresa en su art. 8.2º que el equipo derivante y el servicio del punto de encuentro familiar tienen que realizar “una reunión previa de traspaso de información y definición de objetivos de intervención”.

(54) El art. 15 de la ley III 40 establece las normas de funcionamiento del PEF, al prescribir que “en la ejecución del régimen de comunicación se observarán las siguientes normas: a) Las personas usuarias deberán cumplir puntualmente las fechas y los horarios establecidos para el régimen de comunicación o para la entrega y restitución de los niños; b) El tiempo de espera para dejar sin efecto el régimen de comunicación será de veinte (20) minutos. Transcurrido este plazo sin que acuda uno de los progenitores o persona autorizada, y no habiéndose avisado con anterioridad de su posible retraso, se suspenderá la visita y se considerará incumplida; c) Las personas usuarias deberán poner en conocimiento del Equipo Técnico, a la mayor brevedad posible y con la correspondiente justificación, cualquier alteración o incidencia que modifique la cita prevista; d) El Equipo Técnico deberá garantizar la no coincidencia de los progenitores, otros familiares y referentes afectivos en el Punto de Encuentro Familiar en aquellas situaciones de violencia familiar que motivaron el dictado de una medida cautelar; e) El niño o adolescente será entregado a la persona usuaria a la que le corresponda la visita. Si según valoración del Equipo Técnico, las condiciones físicas o psíquicas de aquella no son las apropiadas, el encuentro no será permitido; f) Solo podrán acompañar o sustituir al progenitor que realice la visita o el intercambio en el Punto de Encuentro Familiar otras personas, familiares o allegadas, si se contempla en la resolución judicial o si existe consentimiento escrito de ambas partes; g) El Equipo Técnico velará por la seguridad tanto de las instalaciones como de las personas usuarias del Punto de Encuentro Familiar, debiendo dar cuenta inmediatamente al juez de familia de cualquier alteración significativa que pueda afectar al desarrollo del régimen de comunicación”.

derechos⁽⁵⁵⁾ y deberes⁽⁵⁶⁾ de las personas usuarias y la subsidiariedad y temporalidad del servicio.

Con respecto al niño, es de capital importancia que tenga lugar una entrevista de adaptación al servicio, si su edad lo permite, para que también él conozca personalmente a los profesionales, así como las instalaciones donde tendrán lugar los encuentros o intercambios.⁽⁵⁷⁾

4.3. Evaluación

Tiene por objeto analizar los requerimientos de acompañamiento de la familia para establecer el tipo de intervención que mejor se ajuste a sus circunstancias, aunque si el acceso al programa se produjo por derivación del juez de familia, la estrategia de abordaje debe respetar el marco fijado por la resolución judicial (art. 14, *in fine*), evitándose así los graves inconvenientes que describí al comienzo con ciertos facultativos de la salud mental que pretenden sustituir con su propio criterio la modalidad de actuación decretada en sede judicial.

Acerca de la intervención coactiva o judicial, Luquin Bergareche aborda la temática afirmando que es preceptiva, por lo que el principio general es el de continuidad en la prestación de los servicios profesionales del PEF en

(55) Art. 16, ley III 40: "Derechos de las personas usuarias. Las personas usuarias de los Puntos de Encuentro Familiar tendrán derecho a: a) Acceder al servicio sin discriminación por razón de sexo, nacionalidad, religión, ideología o cualquier otra condición personal o social; b) Cesar en la utilización del servicio por voluntad propia, excepto cuando media derivación del juez de familia; c) La atención respetuosa del personal del servicio; d) La información de las normas de funcionamiento del Punto de Encuentro Familiar, así como de las posibles consecuencias de su incumplimiento; e) Presentar reclamaciones o sugerencias en relación con el servicio prestado por el Punto de Encuentro Familiar; f) La protección de la intimidad personal; g) Obtener constancia de su comparecencia".

(56) Art. 17, ley III 40: "Deberes de las personas usuarias. Las personas usuarias de los Puntos de Encuentro Familiar tienen los siguientes deberes: a) Respetar las normas de funcionamiento establecidas por el art. 15; b) Observar una conducta basada en el mutuo respeto, encaminada a facilitar una mejor convivencia; c) Aportar los elementos materiales necesarios para el desarrollo del régimen de comunicación; d) Facilitar el ejercicio de la labor del Equipo Técnico y poner a su disposición todo lo necesario para el cumplimiento del régimen de comunicación, sin presentar ningún comportamiento inadecuado; e) No consumir sustancias que puedan alterar sus facultades antes o durante el desarrollo del régimen de comunicación, ni introducir objetos que supongan riesgo para la integridad de otras personas usuarias o para el propio personal; f) Responsabilizarse de la atención y cuidado de los niños y adolescentes en el transcurso del régimen de comunicación, con el apoyo y la colaboración del Equipo Técnico".

(57) Art. 12, Protocolo de Actuación y Coordinación de los Puntos de Encuentro Familiar con Autoridades Derivantes, *op. cit.*

los casos derivados a los mismos hasta que una nueva resolución judicial determine el cese de la intervención, por haberse alcanzado la finalidad perseguida con la derivación o la desaparición de las causas que la motivaron. No obstante, si el Equipo Técnico constata la inviabilidad de una determinada derivación, inmediatamente lo deberá poner en conocimiento del juez para que este valore la posibilidad de suspender la prestación del servicio, pudiéndose ponderar y formular propuestas de intervención de otros servicios sociales (orientación familiar, terapia, mediación familiar, centros de día para niños, etc.).⁽⁵⁸⁾

En caso de duda sobre el alcance de la intervención decretada en sede judicial, no corresponde que el Equipo Técnico efectúe una labor hermenéutica; debe consultar al juez para dar estricto cumplimiento a su mandato.⁽⁵⁹⁾

4.4. Ejecución

Luego de comunicada a las partes la estrategia de abordaje, comienza la ejecución del régimen comunicacional en cualesquiera de las variantes estudiadas anteriormente (art. 12) y, en su caso, las intervenciones de carácter psicosocial "con el fin de eliminar los obstáculos y actitudes negativas hacia el logro de los objetivos previstos" (art. 13).

Sobre esta última modalidad de intervención, la ley determina que se aplicarán técnicas de mediación y de resolución de conflictos para la consecución de acuerdos que permitan la adecuación del régimen de comunicación a la realidad familiar y el favorecimiento del ejercicio de la coparentalidad.

¿Ello significa que el Equipo Técnico del PEF actúa como un servicio de mediación?

Aunque algunos PEF españoles han evolucionado de forma tal que, como actividad propia de los mismos, se ofrece a algunas familias seguir con un proceso de mediación formal siempre que reúnan las condiciones para ello,⁽⁶⁰⁾ lo cierto es que los profesionales del Equipo Técnico realizan

(58) LUQUIN BERGARECHE, RAQUEL, *op. cit.*, p. 98, nota 53.

(59) *Ibid*, nota 54. Agrega que la consulta por parte del PEF refuerza su naturaleza como servicio funcionalmente auxiliar del juez.

(60) Ver ORTUÑO MUÑOZ, PASCUAL, "Cuando la familia llega al Juzgado. Los regímenes de visitas conflictivos: importancia de la mediación y de los puntos de encuentro", en *Jornadas sobre los puntos de encuentro y violencia familiar*, Zaragoza, noviembre de 2006, citado por SANTANA PÁEZ, EMELINA, "Régimen de estancias y visitas", en Hijas Fernández, Eduardo (coord.), *op. cit.*, pp. 899/900.

“intervenciones mediadoras” o “mediaciones informales” para abordar cuestiones problemáticas o de especial dificultad relacionadas con el régimen comunicacional si la resolución judicial que lo fijó no ha precisado nada al respecto.⁽⁶¹⁾

Conforme enseña Blanco Carrasco, la falta de comunicación entre los miembros de la familia es el principal problema, por lo que el objetivo principal de los profesionales del PEF es conseguir una desescalada del conflicto y retomar las habilidades parentales perdidas como consecuencia del mismo, llevándose a cabo a través del empleo de técnicas mediadoras como la connotación positiva, el *empowerment* o la escucha activa, lo que justifica la formación en mediación del Equipo Técnico. Añade que la meta es ir dejando de lado la rigidez de la resolución judicial por medio de la consecución de acuerdos sobre situaciones puntuales en ocasión de su cumplimiento, lo que permite a los miembros de la familia tomar conciencia de que pueden tomar sus propias decisiones, siempre y cuando lo hagan de mutuo acuerdo y con voluntad de respetar lo convenido, consiguiendo, de esa manera, una mayor adecuación de la sentencia a la vida familiar.⁽⁶²⁾

También Santana Páez pone de resalto que los integrantes del PEF deberán hacer uso de técnicas psicológicas, educativas, de mediación y de comunicación e, incluso, de sentido común para rebajar el nivel de conflicto, pero el tratamiento de la problemática no puede ser el mismo que se hace en un proceso de mediación puro. La falta de confidencialidad y voluntariedad ante la derivación judicial así lo impide, más allá de que las partes se sometan a una mediación a cargo de otro organismo.⁽⁶³⁾

Por último, en el caso de encontrarse vigente una medida cautelar decretada en un procedimiento de protección contra la violencia familiar, la intervención será individual y no se realizarán entrevistas conjuntas ni se aplicarán técnicas de mediación, según lo regulado por el art. 13, última parte.

(61) De manera terminante, el decreto 357/2011 de Cataluña recepta el principio de no mediación, consistente en que “los y las profesionales del Servicio Técnico de Punto de Encuentro no podrán llevar a cabo ningún procedimiento de mediación con las personas usuarias. En aquellos casos en que se tenga que aplicar la mediación, de acuerdo con la normativa civil y cuando se considere posible y adecuada, se derivará el caso en el Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña y se propondrá una sesión informativa de mediación familiar” (art. 5º, inc. e).

(62) BLANCO CARRASCO, MARTA, *op. cit.*, pp. 37/38.

(63) SANTANA PÁEZ, EMELINA, “Régimen de estancias y visitas”, en Hijas Fernández, Eduardo (coord.), *op. cit.*, p. 900.

4.5. Informativa

El Equipo Técnico debe documentar las actuaciones y los datos obtenidos, incluyendo la evaluación preliminar, evolución y progreso de las intervenciones, asistencia y puntualidad de las personas usuarias, actitud de los progenitores e hijos, grado de colaboración del progenitor que ejerce la custodia, opinión del niño o adolescente y las conclusiones. Asimismo, en caso de intervención coactiva, debe informar al juez mensualmente sobre estas cuestiones (art. 18).

Tomando como referencia los protocolos de actuación elaborados en España,⁽⁶⁴⁾ el PEF deberá elaborar y remitir los siguientes informes:

1. Informe inicial, poniendo en conocimiento del juez el comienzo de los encuentros, con adjunción del plan de intervención psicosocial previsto por el art. 13.
2. Informes de seguimiento, con periodicidad mensual en virtud de lo establecido por el art. 18, excepto que el juez establezca una frecuencia mayor o menor.
3. Informes de incidencias.
4. Informe final, con propuesta de prórroga, suspensión o finalización de los encuentros.

Estos informes elaborados por los profesionales del PEF no reemplazan ni son equiparables a la prueba pericial psicológica o psicosocial. A partir de su formación científica en la materia, el Equipo Técnico Interdisciplinario del fuero de familia auxilia al juez a través de la producción de diagnósticos, informes y pericias para que se forme convicción acerca de los hechos o circunstancias relevantes en la vida del niño y de su familia,⁽⁶⁵⁾ mientras

(64) Art. 19, Protocolo de Actuación y Coordinación de los Puntos de Encuentro Familiar con Autoridades Derivantes, *op. cit.*

(65) En la doctrina y jurisprudencia española se discute actualmente sobre la naturaleza jurídica de los dictámenes emitidos por los equipos psicosociales adscritos a los Juzgados de Familia. Para un sector, no configuran una prueba de peritos, por razón de que su designación no es por sistema de lista; el objeto de la pericia lo delimita el juez, indicando los hechos que estime relevantes, sean o no los alegados por las partes, y se realiza excluyendo la intervención de los letrados e incluso de las partes fuera de las entrevistas. Solo se efectúa previo requerimiento judicial, cuando el juzgador considere preciso disponer de un informe de especialistas que le ayuden a conocer una determinada conducta social humana y las repercusiones que la misma puede generar para dilucidar con mayores garantías de acierto las delicadas pretensiones objeto de controversia (Audiencia Provincial Cantabria, Sección 1ª, 20/07/2004, 342/2004, [en línea] www.poderjudicial.es). Por el contrario, se argumenta que, aun siendo indiscutible que el llamado dictamen de especialistas no se acomoda a la normativa sobre dictamen de peritos, ni en el modo, forma o momento en que se aporta al proceso, ni en la manera de designar a los peritos

que el Equipo Técnico del PEF cumple una función netamente asistencial, sin perjuicio de que los informes dirigidos al magistrado sean elaborados desde una posición privilegiada frente a otro tipo de profesionales debido al contacto directo y continuado con la familia, que permite un análisis global de la problemática existente y de la evolución o involución de las partes en su normalización.⁽⁶⁶⁾

Esta mirada es compartida, en parte, por Luquin Bergareche al aseverar que el juez aplica la norma jurídica auxiliado por su gabinete psicosocial, pero cuenta también **desde afuera** con el auxilio de los PEF en los que se realizan las visitas o se mediatizan y cuyos profesionales visualizan, extraen, sintetizan y transmiten al juzgado material fáctico de primera mano en orden a la adopción de medidas relativas al *ius visitandi*. Sin embargo, se distancia de la posición reseñada en el párrafo anterior al subrayar que los informes deben ser preceptivos y no valorativos, para garantizar escrupulosamente los principios de imparcialidad, neutralidad y de confidencialidad, por lo que en ningún caso se debe trabajar con las emociones subyacentes ni mediar ni sugerir medidas que promuevan cambios en las pautas disfuncionales observadas al entenderse que podría comprometer la asepsia de una intervención profesional que es elevada a la categoría de paradigma, y que puede resultar muy limitadora en la función de protección del niño.⁽⁶⁷⁾

Como se desprende de la simple lectura de su art. 13, la ley chubutense adhiere a la metodología de trabajo de la primera postura, que asigna a los profesionales del PEF el deber jurídico de remitir al juzgado informes que contengan una valoración, al establecer que deben asentar sus “conclusiones” a partir de los datos recabados en la intervención.⁽⁶⁸⁾

que proceden a su elaboración, parece también evidente que, por su contenido y valor en el proceso, el dictamen del equipo psicosocial constituye una auténtica prueba pericial ya que aporta al tribunal una serie de conocimientos científicos y técnicos necesarios para valorar hechos o circunstancias personales de los litigantes o de sus hijos de indudable relevancia para resolver sobre algunas de las pretensiones deducidas en el proceso (GONZÁLEZ DEL POZO, JUAN, “Medios de prueba”, en Hijas Fernández, Eduardo (coord.), *op. cit.*, pp. 472/473).

(66) Ver BLANCO CARRASCO, MARTA, *op. cit.*, p. 40.

(67) LUQUIN BERGARECHE, RAQUEL, *op. cit.*, pp. 76/77, nota 27, y p. 101, nota 58.

(68) La regulación asturiana indica que es objetivo del PEF, entre otros, “disponer de información fidedigna y objetiva sobre las actitudes parentales, que ayude a defender, si fuese

Teniendo en cuenta que las técnicas de evaluación que se utilizan para la elaboración de los informes psicosociales consisten generalmente en entrevistas, observación de interacciones y pruebas psicométricas (cuestionarios, inventarios o escalas),⁽⁶⁹⁾ la normativa provincial reconoce la mejor ubicación de los profesionales del PEF —la mencionada “posición privilegiada”, según la lúcida expresión de Blanco Carrasco— para la realización de la segunda operación al presenciar habitualmente la dinámica relacional entre los adultos y el niño en ocasión de la ejecución del régimen comunicacional. Ante ello, el precepto legal habilita a que sus análisis y conclusiones de los comportamientos y actitudes de los integrantes de la familia se incorporen al expediente judicial como elementos hábiles para ilustrar al juez sobre la solución más beneficiosa al interés del niño.

Más aun, si la ley III 40 hubiese adoptado la segunda tesitura expuesta, que cándidamente pretende asegurar a ultranza la objetividad del cuerpo de profesionales, cerrándole la posibilidad de emitir informes valorativos, lo cierto es que al fin de cuentas no se cumpliría con ese propósito, debido a que no media ningún impedimento legal para que el profesional del PEF aporte la misma información a través de una declaración en calidad de testigo técnico, en cuyo caso tendría que relatar los hechos percibidos con motivo de su intervención y extraer de aquellos deducciones técnicas de valor probatorio significativo.⁽⁷⁰⁾ Ello así, por cuanto el art. 447 CPCC de la Provincia del Chubut —al igual que el art. 443 CPCCN— dispone que las preguntas al testigo “no podrán contener referencias de carácter técnico, salvo si fueren dirigidas a personas especializadas”.

4.6. Finalización

El cese de la intervención coactiva del PEF, así como cualquier modificación del régimen de comunicación establecido judicialmente, es decretado por el juez que dispuso la derivación, pudiendo el Equipo Técnico del servicio proponer la finalización de su intervención en los siguientes supuestos: a) Restablecimiento de las relaciones y ausencia de conflicto entre los progenitores que adquiriesen las habilidades suficientes para

preciso, los derechos del menor en otras instancias administrativas o judiciales” (art. 3º, inc. c, decreto 93/2005).

(69) Ver GONZÁLEZ DEL POZO, JUAN, “Medios de prueba”, en Hijas Fernández, Eduardo (coord.), *op. cit.*, p. 483.

(70) CÁM. NAC. CIV., COM., LAB. Y MIN. RÍO GALLEGOS, Sala 1º, 29/05/1987, JA 1989-I-907.

realizar los encuentros por sí mismos; b) Petición de todas las partes, debidamente fundamentada; c) Incumplimiento grave de las partes a los deberes establecidos en el art. 17 de la ley; d) Situación emocional del niño o adolescente que exige la interrupción de la intervención; e) Incumplimiento del régimen de comunicación por parte de alguno de los progenitores, familiares o referentes afectivos; y f) Amenaza o vulneración del derecho a la integridad personal de las personas usuarias o del personal del PEF (art. 19), sin perjuicio, en este último caso, de la facultad del Equipo Técnico de suspender preventivamente su intervención, dando cuenta al juez dentro del plazo de veinticuatro horas para su ratificación o levantamiento (art. 20).

En cambio, si se trata de una intervención voluntaria, el Equipo Técnico está habilitado para disponer el cese de su actuación con fundamento en las mismas causales mencionadas en el párrafo anterior (art. 21). La solución legal presenta aquí un desacierto, dado que si no hubo derivación judicial, el PEF indefectiblemente tiene que concluir su actuación a solicitud de cualquiera de las personas usuarias, en virtud del principio de voluntariedad, sin necesidad de requerir “la petición de todas las partes, debidamente fundamentada”, que se justifica únicamente frente a una intervención coactiva (art. 19, inc. b).

5. Palabras finales

Al momento de escribir estas líneas, el Poder Ejecutivo provincial se encuentra en mora al no haber reglamentado la ley III 40 dentro de los ciento veinte días posteriores a su promulgación, de acuerdo a lo determinado por el art. 23.

Y aunque todavía no se ha cumplido el plazo de un año para la puesta en marcha de los PEF en las localidades de Comodoro Rivadavia, Esquel, Puerto Madryn, Rawson y Trelew (arts. 1º y 23), lo cierto es que la falta de una planificación estratégica, seria y responsable en el área de protección integral de derechos de la niñez y la familia, situación crónica en la Provincia del Chubut y en otras partes de nuestro país, permite vaticinar que este novedoso recurso de enorme impacto para la vida cotidiana de las personas no se concretará en ese tiempo, profundizando todavía más la brecha existente entre discurso y realidad.



La formación de estudiantes en Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la Facultad de Derecho (UBA)

SEBASTIÁN REY⁽¹⁾ y MARCOS FILARDI⁽²⁾



El pasado viernes 13 de septiembre se llevaron a cabo las rondas finales de la 4ª edición de la Competencia Interna de Derechos Humanos, cuyos ganadores integran el equipo que representará a la Universidad de Buenos Aires en la XVIII edición del Concurso Interamericano de Derechos Humanos organizado por la American University.

En esta oportunidad, el caso hipotético versó sobre los derechos del niño y de las personas con discapacidad. Los cuatro estudiantes que accedieron a las Finales tuvieron que alegar durante 45 minutos ante

(1) Abogado con Diploma de Honor (UBA). Magíster en Derechos Humanos (UNLP). Doctorando en Derecho (UBA). Docente de Derechos Humanos y Garantías y Derecho Internacional Público (UBA). Profesor Titular de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado de la Procuración del Tesoro de la Nación. Secretario de Primera Instancia de la Defensoría General de la Nación. Miembro Titular de la Asociación Argentina de Derecho Internacional.

(2) Profesor Adjunto Interino (UBA). Tutor Académico en distintas competencias de derechos humanos en 2008-2012. Prosecretario Letrado de la Defensoría General de la Nación.

el jurado que estuvo conformado por la Dra. Marisa Herrera (Investigadora Adjunta del CONICET y Profesora Adjunta de Derecho de Familia y Sucesiones —UBA—), Francisco J. Bariffi (Profesor de Derecho Constitucional —UNMDP y Universidad Carlos III de Madrid— y Coordinador Académico de la Red Iberoamericana de Expertos en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad), Marisa Graham (Profesora Adjunta de Derecho de Familia y Sucesiones —UBA— y Directora Nacional de Promoción y Protección de Derechos —Ministerio de Desarrollo Social de la Nación—), Pablo Oscar Rosales (Experto Independiente ante el Comité Contra Todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad de la OEA. Coordinador Jurídico de ADAJUS) y el Dr. Marcos Ezequiel Filardi, quien fue Tutor Académico en distintas competencias de derechos humanos.

La Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires ha participado desde mediados de la década de los 90 en distintos *moot courts* o concursos de derechos humanos donde se realiza un simulacro de juicio ante distintos tribunales internacionales de derechos humanos —principalmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos— en los que, frente a un caso hipotético, los estudiantes deben representar distintos roles, ya sea como denunciantes o demandados.

El Concurso Interamericano de Derechos Humanos organizado por el Washington College of Law de la American University es quizás el más conocido a nivel regional. En sus primeras ediciones, la UBA ganó la competencia en el año 1998 y alcanzó la ronda final al año siguiente. Asimismo, en el año 2003 compartió el Premio al Mejor Memorial escrito en idioma español con la Universidad Veracruzana de México.

En el marco de una reorganización del proceso de selección de las competencias de derechos humanos que buscó asimilarlo al de las otras competencias sobre derecho internacional en las que participa la Facultad, a partir del año 2007 fueron designados como tutores académicos docentes que se habían desempeñado como ex participantes de las competencias de derechos humanos. Asimismo, se intentó dar una mayor difusión a la convocatoria de estudiantes a través de distintas áreas de la Facultad y se agregó como requisito indispensable para participar que los interesados hubieran aprobado los cursos obligatorios de “Elementos de Derechos Humanos y Garantías” y “Elementos de Derecho Internacional Público” dictados en esta casa de estudios.

Otra medida que buscó mejorar la preparación y aprendizaje de los estudiantes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y, a la vez, masificar la formación de estudiantes sobre la materia en lugar de que toda la preparación y recursos se destinen únicamente a las dos personas que finalmente viajaban a Washington, fue la organización —a partir de agosto de 2008— de un taller dictado por los tutores académicos del equipo y colaboradores, donde se estudiaban las fuentes del derecho internacional y el contenido de las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos, así como también la normativa, práctica y jurisprudencia existente sobre el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. En particular, en los encuentros se intenta que los estudiantes realicen un análisis crítico de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del funcionamiento del procedimiento ante los órganos del sistema interamericano.

El dictado del taller también generó un aumento significativo del número de participantes inscriptos, cuadruplicando la cantidad histórica de estudiantes que concurrían a los procesos de selección anteriores. Además, la idea del cursado de un taller supuso una instancia de intervención activa por parte de los estudiantes, quienes discutían y relacionaban la jurisprudencia y doctrina recomendada para cada encuentro. El aspecto fundamental del taller consistía en otorgarle a los estudiantes herramientas para la confección del Memorial escrito que deben presentar al momento de ser evaluados y para preparar sus alegatos para la segunda etapa del proceso de selección que consiste en una audiencia de alegatos orales. Desde aquel entonces, más de 250 estudiantes de derecho voluntariamente han participado de este taller.

A partir del 2010, con el objetivo de que cada vez más estudiantes puedan formarse sobre temáticas vinculadas al Derecho Internacional de los Derechos Humanos a través de la resolución de un caso hipotético, se modificó el mecanismo de selección, que pasó a denominarse Competencia Interna de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho.

La Competencia comprende dos fases: una escrita, en la que los estudiantes presentan un memorial escrito y otra oral, donde deben argumentarlos oralmente ante un panel de jueces y juezas. En todo momento se mantiene el anonimato de los estudiantes para resguardar la imparcialidad de los juzgadores.

La etapa oral del Concurso consiste en una primera fase o rondas preliminares, una segunda fase o semifinales y una tercera fase o finales. Los

estudiantes compiten entre sí y quien haya resultado vencedor avanza a la siguiente fase, debiendo los jueces emitir su voto y fundarlo sin deliberación previa con sus pares y en presencia de los participantes y el público.

Los memoriales son calificados con fundamento en la habilidad para identificar los problemas legales, la capacidad de investigar las normas pertinentes y la jurisprudencia y doctrina relevantes, la lógica y originalidad del razonamiento analítico, la claridad de la exposición y la argumentación jurídica. Por su parte, los criterios a ser utilizados por los jueces y juezas en la evaluación de las exposiciones orales se han de basar en la lógica, pertinencia y claridad de las argumentaciones presentadas así como también en la habilidad de los expositores para responder a los argumentos vertidos por el o la estudiante contrario y a las preguntas que los y los y las juezes o juezas les formulen. Asimismo, se tiene en cuenta el conocimiento de la jurisprudencia relevante, la administración correcta del tiempo y la pertinencia de la réplica/dúplica.

Una vez seleccionados los estudiantes que integran el equipo que representa a la UBA, el proceso de preparación es similar en todas las competencias de derechos humanos. Aquí comienza la segunda etapa de investigación sobre los temas sobre los que versa el caso hipotético de la Competencia. Los estudiantes profundizan el estudio de todas las fuentes recopiladas en el memorial, completándolo con el análisis detallado de la jurisprudencia de la Corte Interamericana y los Informes de la Comisión Interamericana, así como también la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los distintos Comités creados en el marco de los tratados universales de derechos humanos. Los estudiantes consultan de modo activo tanto la hemeroteca como la biblioteca en busca de estas fuentes, recurso que luego les permitirá un mejor estudio del derecho en general a futuro. Esta tarea demanda una dedicación mucho mayor a la que con frecuencia destinan al estudio del derecho, la cual, al ser voluntaria y no depender de la aprobación de una materia o una calificación final, repercute en el conocimiento que finalmente adquieren.

La necesidad al leer la jurisprudencia mencionada a la luz de los diversos roles a ocupar durante la competencia, pensando no solo argumentos sobre el fondo del asunto sino también posibles excepciones preliminares que cuestionen su admisibilidad, se aparta de la práctica ordinaria de la

enseñanza del derecho en la Facultad. Además, el análisis parte de la certeza de que pueden existir múltiples respuestas para un caso hipotético. Este ejercicio también es puesto en práctica al momento de preparar la posible réplica y dúplica de las rondas orales donde se hace referencia a los argumentos de la contraparte.

Finalmente, debe mencionarse que tanto la realización del taller de selección como el proceso de preparación de los equipos que representaron a la Universidad en los últimos años no solo fueron reconocidos como buena práctica por la American University, sino también se tradujeron en resultados concretos. En primer lugar, la Facultad obtuvo el Premio al Mejor Memorial escrito en idioma español en las ediciones 2008 y 2009 del Concurso Interamericano de Derechos Humanos, siendo junto a la Pontificia Universidad Católica de Ecuador las dos únicas casas de estudio en haber repetido dicha distinción en la historia de la competencia. Además, en ambas ediciones, el equipo que representó a la Facultad clasificó a las rondas semifinales de la competencia. En las ediciones de los años 2010 y 2011, además de clasificar a las rondas semifinales de la competencia, que en la actualidad cuenta con casi cien universidades entre sus participantes, los estudiantes de la Facultad obtuvieron el premio al Mejor Orador en Español. En el año 2013, nuevamente se alcanzaron las semifinales, siendo junto a la Universidad de San Martín de Porres de Perú las únicas en haber alcanzado 5 semifinales en los últimos 6 años.



Fortalecimiento de actores locales para la protección de derechos de niños, niñas y adolescentes

Políticas públicas en Corrientes, Chaco, Formosa y Misiones⁽¹⁾

LILIANA SEIRAS⁽²⁾ y JULIANA ORTIZ⁽³⁾



“Muchas veces, cuando nace un niño, dicen: ‘mira qué suerte que tuvo, o qué mala suerte’. El bienestar de un niño/a no es cuestión de suerte, mucho menos sólo de la familia; es una responsabilidad de toda la comunidad, y del Estado”. Delia Pérez⁽⁴⁾

El presente trabajo presenta los resultados y las lecciones aprendidas de una estrategia de promoción de las políticas públicas de protección de derechos de niños, niñas y adolescentes en el espacio local, con el propósito

(1) Este artículo incorpora aportes realizados por los profesores del Curso Virtual “Fortalecimiento de Actores Locales para la Protección de Derechos”: Dra. Marisa Herrera, Dra. Natalia De la Torre, Dr. Diego Freedman, Lic. Lucrecia Teixido y Lic. Osvaldo Elissetche, a quienes agradecemos su contribución. Asimismo, el presente trabajo fue realizado con la colaboración del Lic. Osvaldo Elissetche.

(2) Socióloga, con maestría en Desarrollo Local y Desarrollo Económico, consultora del BID, PNUD y JICA, Directora Ejecutiva en Estudios y Proyectos Asociación Civil y coordinadora de proyectos de desarrollo desde el año 1995.

(3) Profesora de Historia, educadora popular, coordinadora del proyecto Fortalecimiento de Actores Locales desde 2010 en Estudios y Proyectos Asociación Civil. Participó como colaboradora externa en OIT para el Programa ÁREA.

(4) Dirección de la Democracia y el Ciudadano, Programa de Violencia Familiar de la Provincia de Chaco.

de contribuir a la mejor comprensión de las características de esta inserción territorial, y a una mayor efectividad de las intervenciones en este campo. Dicha estrategia es la que ha orientado al Proyecto Fortalecimiento de Actores Locales para la Protección de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, que realizan la Asociación Civil Estudios y Proyectos y los Gobiernos de Corrientes, Chaco, Formosa y Misiones, con el apoyo de UNICEF.

En primer lugar, se presenta el marco legal actualmente vigente, cuyas características innovadoras presentan, al mismo tiempo, valiosas oportunidades para la promoción de derechos e importantes desafíos en la implementación de políticas públicas en el ámbito local que aseguren su cumplimiento.

Luego se describen los Sistemas de Protección de Derechos, Desarrollo Local y Redes de Actores Locales, que permiten interpretar la dinámica de los procesos de descentralización de las políticas públicas a nivel municipal. Seguidamente se presenta el mencionado Proyecto de Fortalecimiento de Actores Locales, sus dispositivos de intervención a nivel territorial, y las características y alcance de la intervención que se realiza.

Por último, se pondera el impacto logrado en los municipios, reflejado en los cambios observados en los Sistemas de Protección, los organismos municipales, las escuelas, los centros de salud, y en el modo en que los mismos logran articularse con los dispositivos a nivel provincial, y en las políticas públicas nacionales y provinciales, incluyendo igualmente recomendaciones acerca de cómo seguir este camino iniciado.

1. El marco legal

La Convención sobre los Derechos del Niño fue aprobada el 20 de noviembre de 1989 en Nueva York y entró en vigencia al año siguiente; hasta el momento fue firmada por 140 países. Es el acuerdo internacional sobre derechos humanos que más rápidamente entró en vigencia, y el que fue ratificado por más países. Presenta una sistematización de los instrumentos internacionales existentes hasta ese momento que, en muchos casos, eran meramente declarativos y hacían enunciaciones demasiado generales.

Por su parte, la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes (sancionada el 28 de septiembre, promulgada el 21 de octubre y publicada el 26 de octubre de 2005, complementada

con los decretos reglamentarios 415 y 416 de 2006), constituye el primer núcleo normativo de alcance nacional dedicado a fijar los principios básicos para la defensa, protección y satisfacción de los derechos de niños, niñas y adolescentes en la Argentina.⁽⁵⁾

La ley 26.061 pertenece al grupo de normativas complejas en su implementación, que involucra no solo cuestiones de diferente índole —jurídicas y no jurídicas— sino también a los tres poderes del Estado, a la sociedad civil y a cada uno de nosotros, los ciudadanos. Se trata de una herramienta legal que ha provocado un cambio de relevancia en el trabajo cotidiano con niños y adolescentes y que debe ser conocida, aprehendida y entendida por todos para reflejarse en la práctica con todo su valor.⁽⁶⁾

A diferencia del modelo tutelar, cuyo circuito se restringía a unos pocos actores que giraban alrededor del juez de menores, el sistema de protección integral de derechos podría definirse como el conjunto de políticas, instituciones y procedimientos que, complementariamente y desde sus respectivas competencias, se relacionan y controlan mutuamente con el objeto de proteger los derechos de las personas menores de 18 años de edad.

En este sentido, la ley 26.061 —siguiendo a la Convención sobre los Derechos del Niño— se constituye en un instrumento jurídico infra-constitucional que innova sobre el sentido y alcance de la intervención estatal, con principios, reglas y actuaciones bien diferentes al enfoque tradicional en el campo de la niñez y la adolescencia. Esto se refiere tanto a los contenidos de las políticas, servicios y programas cuyos destinatarios principales son los niños, las niñas y los adolescentes, como a las atribuciones, responsabilidades y relaciones entre los distintos actores estatales y no gubernamentales habilitados para garantizar su bienestar y la protección de sus derechos.⁽⁷⁾

La ley plantea que es deber de los órganos de aplicación de cada jurisdicción favorecer el acceso a los beneficios previstos por las políticas públicas universales para garantizar el ejercicio de los derechos a la

(5) HERRERA, MARISA y DE LA TORRE, NATALIA, "Protección Integral, Familias, Ley y Derechos", en *Curso Virtual Gestión Local para la Protección de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes*, Unidad Didáctica N° 2, Bs. As., Estudios y Proyectos - UNICEF, 2012-2013.

(6) HERRERA, MARISA y DE LA TORRE, NATALIA, *ibid.*

(7) *Ibid.*

educación, a la salud, al desarrollo humano y a cualquier otro aspecto atinente a los derechos sociales, económicos y culturales que complementen y apoyen la crianza del niño en su grupo familiar y su integración plena a la vida en comunidad. Para ello, sostiene que la Política de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes debe ser implementada mediante una concertación articulada de acciones de los gobiernos nacional, provinciales, municipales, y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Título III, art. 32).⁽⁸⁾

Una de las innovaciones de la Convención sobre los Derechos del Niño, y que privilegia la ley 26.061, es la **revalorización del papel de las familias en el cuidado y protección de los hijos**, contemplando políticas de fortalecimiento familiar dirigidas a reforzar las funciones de la familia. La evaluación que se realice sobre el estado de esas familias, el acceso a las protecciones sociales, la cobertura y calidad de los servicios a los que accede, es fundamental para diseñar formas específicas de fortalecimiento en función de los problemas detectados (Arriagada, 1998b).⁽⁹⁾

La ley contiene una serie de disposiciones que promueven una relación de respeto y apoyo a la familia por parte del Estado, sobre la base del reconocimiento del derecho de niñas, niños, niñas y adolescentes a crecer y desarrollarse en su familia de origen, el derecho a la intimidad familiar, el derecho a preservación de la familia como parte del derecho a la identidad, y el deber del Estado de brindar a la familia asistencia apropiada para que pueda cumplir con sus responsabilidades.

El Sistema de Protección Integral implica un cambio de paradigma que obliga a transformar dos grandes ámbitos de intervención. Por un lado, la relación entre el Estado (incluyendo a los prestadores de bienes y servicios) y los destinatarios de las políticas, que ahora son reconocidos como ciudadanos y ciudadanas con derechos exigibles; y por otro, la organización administrativa y judicial del Estado, los procedimientos de protección y las relaciones con los niños y con la sociedad civil.

La forma institucional que el Sistema adquiere a nivel local —defensoría no judicial, oficina de derechos, servicio de protección, agencia, etc.— apunta

(8) TEIXIDO, LUCRECIA, "Políticas de Infancia, Gobernabilidad y Descentralización", en *Curso Virtual Gestión Local para la Protección de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes*, Unidad Didáctica N° 3, Bs. As., Estudios y Proyectos - UNICEF, 2012-2013.

(9) TEIXIDO, LUCRECIA, *ibid.*

a dar legitimidad político institucional, legitimidad social y —sobre todo— efectividad a las políticas y acciones, garantizándoles la sustentabilidad necesaria para beneficiar a niños, niñas, adolescentes y sus familias.⁽¹⁰⁾

A su vez, estos cambios deben expresarse no solo en las leyes sino en los procedimientos provinciales, con nuevos criterios presupuestarios, circuitos y relaciones entre niveles de gobierno, entre actores estatales, y de cada uno de estos niveles y actores con los niños/as y adolescentes y sus familias.⁽¹¹⁾

Como se analizará con mayor detenimiento al comentar el art. 3º, uno de los derechos que involucra el “interés superior del niño” es la posibilidad de los niños a expresar su opinión libremente, y que ésta sea tenida en cuenta en todos los asuntos que los afectan.

La participación de los niños, niñas y adolescentes en el análisis y la solución de sus propios conflictos es una consecuencia ineludible de la mencionada conceptualización de los niños como sujetos de derecho. Figuras como la del abogado abren el espacio público a esa participación concreta y democratiza —a la vez que complejiza— el modo de intervención.

La participación sería un principio ordenador que imprime un giro en la concepción de la niñez y en sus relaciones con el Estado, la familia y los adultos. Este principio garantiza a las niñas, niños y adolescentes un papel protagónico en su propia vida, reemplazando así el concepto de “los menores como objetos de protección” por el de **“personas sujetos plenos de derechos”**.⁽¹²⁾

Es frecuente escuchar la referencia a este cambio de paradigma a partir de la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño pero aún resulta un desafío construir su concreción. A nuestro juicio, esta frase debería traducirse en la facultad del niño o de la niña de ejercer sus derechos, lo que implica el reconocimiento de su autonomía personal, la posibilidad de decidir y desarrollar su propio proyecto de vida.⁽¹³⁾

(10) *Ibid.*

(11) *Ibid.*

(12) HERRERA, MARISA y DE LA TORRE, NATALIA, *op. cit.*

(13) FREEDMAN, DIEGO, “Abordaje preliminar de la Convención sobre los Derechos del Niño y su impacto en las prácticas”, en *Curso Virtual Gestión Local para la Protección de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes*, Unidad Didáctica N° 1, Bs. As., Estudios y Proyectos - UNICEF, 2012-2013.

¿Estamos preparados para ello? ¿Cuáles son los caminos que debemos habilitar para poder generar estos espacios de reconocimiento y participación?

Como orientación para el desarrollo de los puntos que siguen, hemos considerado algunos de los puntos establecidos en el art. 4° de la ley 26.061, que define las pautas que deben guiar la definición y la ejecución de las políticas dirigidas a la niñez y la adolescencia: a) el fortalecimiento de las familias; b) la descentralización de los organismos de aplicación de los planes y programas específicos; c) la gestión asociada de los organismos de gobierno en coordinación con la sociedad civil; y d) la promoción de redes intersectoriales locales.

2. La implantación de los Sistemas de Protección de Derechos y el enfoque territorial del Desarrollo Local

2.1. El territorio como dimensión de análisis

Los procesos de descentralización se basan en el reconocimiento de que el municipio es la célula primaria del gobierno de las comunidades, y la institución político-administrativa de base territorial —con personalidad jurídica expresada en el derecho público— que se encuentra más próxima y visible para la ciudadanía. Es la instancia de representación política y de administración territorial a la que le corresponde atender directamente los múltiples y diversos asuntos públicos de la vida cotidiana de la población.

Tal como señala Furtado, el desarrollo es un proceso social y cultural, y solo secundariamente económico; es la canalización de energías sociales en pos de metas compartidas y aceptadas, y esto supone partir de las condiciones y potencialidades del territorio en el cual se desarrollan las intervenciones.⁽¹⁴⁾

En un enfoque de carácter territorial se trabaja con personas y grupos para potenciar sus capacidades y se busca ampliar las posibilidades de desarrollo del territorio, de manera que este desarrollo se traduzca en cambios sostenibles, apreciados por la población como mejoras en su calidad de vida, constituyendo un espacio posible para la gestión, generación y movilización de los recursos sociales, económicos, culturales y políticos que favorezcan el ejercicio pleno de los derechos. Esto

(14) BOISIER, SERGIO, "El lenguaje emergente en el desarrollo territorial", *Centro de Anacción (Análisis y acción). Territorio y Sociedad*, CATS, junio de 2002, p. 19.

permite una visualización de necesidades humanas como fenómenos complejos e interrelacionados, requiriendo un planteamiento de intervenciones multisectoriales, con la participación de actores diversos. Este enfoque permite además poner mayor atención en comunidades y familias, en lugar de individuos.⁽¹⁵⁾

Una meta clave en un proceso de desarrollo local es que las mujeres y varones, y los colectivos, sean capaces de moldear sus propios procesos y proyectos de desarrollo, y sean activos/as en su promoción. No alcanza con la sola declaración y el reconocimiento de los derechos ciudadanos; es necesario generar los mecanismos de exigibilidad y los espacios de proposición, ante los cuales la sociedad toda —no solo el gobierno— toma el compromiso de hacerlos vigentes.

Estas ideas se entroncan con los aportes contemporáneos acerca del capital social y de su papel en los procesos de desarrollo. De acuerdo con un trabajo de CEPAL:

... el capital social fomenta la acción colectiva, el autocontrol y la responsabilidad social al acercar entre sí a los seres humanos por medio de la confianza, la reciprocidad y el respeto a las reglas del juego; estos elementos son esenciales para todo proceso de desarrollo y, especialmente, el sostenible. Actúa enmarcando la acción plenamente individualista en un plano social, orientando las iniciativas y la creatividad no sólo hacia el logro egoísta, sino también en torno del bien común. Asimismo, puede proveer a las organizaciones de las relaciones, redes y contactos que faciliten la consecución de objetivos comunes.⁽¹⁶⁾

Posiblemente por su intangibilidad, la formación de capital social ha sido generalmente desestimada en su trascendencia para iniciar un proceso de desarrollo.

(15) GALLICCHIO, ENRIQUE, *Concepción, Aplicación y Resultados del Empoderamiento en Latinoamérica, Teorías del Desarrollo y Desarrollo Local en América Latina*, Documento Temático N° 2, Montevideo, Programa Desarrollo Local - CLAEH, 2002.

(16) DÍAZ-ALBERTINI FIGUERAS, JAVIER, "Capital social, organizaciones de base y el Estado: recuperando los eslabones perdidos de la sociabilidad" en Atria, R. y otros (comp.), *Capital Social y Reducción de la pobreza en América Latina y el Caribe: en busca de un nuevo paradigma*, Santiago, CEPAL, 2003.

En el marco de esta noción de **capital social**, se encuentra el desarrollo de las redes que se constituyen para la promoción y defensa de derechos. Al respecto, Putnam señala que:

... las redes de compromiso cívico, como las asociaciones barriales, las cooperativas, los clubes deportivos, los partidos de masa, y otras similares (...), son la expresión de interacciones horizontales y representan un componente esencial del capital social. Tanto más densas las redes de una comunidad, tanto más probable que los ciudadanos colaboren en ella para bien de todos.⁽¹⁷⁾

Lind (1992) entiende que:

... como 'mecanismo' de conducción política (...) [la red] se trata de la articulación intencional de variados actores para la negociación en pos de una decisión e implementación consensuada de una política, a fin de ganar eficiencia en un contexto de acrecentada complejidad y nivel de incertidumbre; esta estrategia está ligada a la idea de 'Estado catalítico' y se diferencia tanto de los pactos corporativos como de los grupos de presión.

Se presenta así una forma diferente de concebir la gestión pública, incluyendo un conjunto complejo y diverso de actores, la promoción de redes que tienden a la horizontalidad, y con un grado creciente de vinculación y de cooperación entre el sector gubernamental y las organizaciones no gubernamentales alrededor de objetivos compartidos.⁽¹⁸⁾

Desde el punto de vista conceptual, esta visión de desarrollo local y capital social implica un cambio radical en la concepción del gobierno local y la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes al colocar a la niñez en el centro de los esfuerzos de desarrollo y promover la confluencia de aportes en todos los espacios de gestión.

(17) PUTNAM, R., LEONARDI, R., NANNETI, R. Y., *Making Democracy Work. Civic Traditions in Modern Italy*, New Jersey, Princeton University Press, 1993.

(18) ELISSETCHE, OSVALDO, "Articulación de Actores para la protección integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes. Promoción de Redes Intersectoriales Locales", en *Curso Virtual Gestión Local para la Protección de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes*, Unidad Didáctica N° 4, Bs. As., Estudios y Proyectos - UNICEF, 2012-2013.

2.2. La implantación de políticas públicas a nivel territorial. Presentación de un caso de intervención

A pesar de los avances realizados, la heterogeneidad de los procesos de descentralización obliga a pensar **estrategias diferenciadas** al momento de la implementación de las políticas públicas para la protección y el efectivo cumplimiento de los derechos de la niñez en los niveles locales y provinciales, buscando contar con las herramientas políticas, administrativas y financieras de aplicación más adecuadas en cada caso.

Es necesario construir capacidades individuales e institucionales adecuadas en los actores involucrados para realizar las funciones eficaz y eficientemente; con la capacidad de convocatoria y en la fuerza movilizadora necesaria para garantizar un proceso verdaderamente transformador, de acuerdo con el cambio de paradigma que plantea la Convención sobre los Derechos del Niño.

Para los efectos de ilustrar las características que asume esta problemática en nuestro país, y algunas de las estrategias de abordaje utilizadas para encararlas, se resume seguidamente la intervención que realiza desde el 2009 la Asociación Civil Estudios y Proyectos (EyP), con el apoyo de UNICEF, liderando un proceso de desarrollo local, con una estrategia multi-actoral, asociando y promoviendo sinergias con áreas clave de los gobiernos de cuatro provincias y 249 municipios. Este esfuerzo conjunto buscaba impulsar la aplicación de leyes para la promoción y protección de los derechos de la niñez y fortalecer nuevos dispositivos institucionales a nivel local. A tal fin, se definió un Acuerdo de Cooperación con los gobiernos provinciales de Misiones, Corrientes, Chaco y Formosa.

Es importante señalar que en el diseño de las distintas fases de esta intervención, tanto la delimitación de necesidades provinciales a atender como los requerimientos de apoyo a formular al organismo financiador se realizaron en conjunto con las autoridades provinciales correspondientes, partiendo de la valorización de los activos provinciales existentes en materia de políticas públicas vigentes, el grado de institucionalidad logrado y el nivel de compromiso interministerial en la ejecución de estas políticas.

La fase inicial del trabajo realizado por EyP permitió conocer las necesidades manifestadas por los organismos provinciales con responsabilidad sobre los derechos de niños, niñas y adolescentes (en adelante, NNyA) en relación con el fortalecimiento de los Sistemas de Protección Integral

a partir de la implementación de las políticas públicas (art. 4° de la ley 26.061) y la participación comunitaria (art. 6°).

A partir del estudio diagnóstico que se realizó en las cuatro provincias del NEA, se verificó la necesidad de desarrollar y/o consolidar de mecanismos eficaces para favorecer la **participación ciudadana** de los grupos sociales involucrados en las políticas públicas vigentes, la necesidad de **generar consensos sociales** mediante la negociación entre el Estado provincial o municipios y los ciudadanos, y la demanda por **disminuir la brecha** entre lo que debe hacerse según valores, normas y expectativas y lo que se hace según datos y percepciones, en relación con la protección de los derechos de NNyA.⁽¹⁹⁾

En el caso de Misiones, esto implicó la difusión y fortalecimiento de las Oficinas de Protección de Derechos a nivel regional y de los Consejos de Garantías de Derechos de NNyA en los municipios; en Chaco, de las Unidades de Protección Integral creadas recientemente por la ley 7162 y los equipos de las distintas instituciones dependientes de la Subsecretaría de Niñez, Adolescencia y Familia instaladas a nivel municipal; en Corrientes, de los Equipos Interdisciplinarios Territoriales (ETIT); y en Formosa, de los Centros de la Comunidad en la capital y las áreas de acción social municipales.

La experiencia previa del equipo del proyecto y de la misma UNICEF en estas provincias señalaba la criticidad y la urgencia de trabajar sobre algunos de los derechos que se encuentran vulnerados; así como también sobre el fortalecimiento del Sistema de Protección Integral y de los organismos de descentralización administrativa mencionados anteriormente.

La información disponible mostraba que una atención prioritaria debía conferirse a tres ejes temáticos relevantes para las localizaciones seleccionadas:

- El **derecho a la identidad**, tomando como centrales los aspectos de inscripción, registración y documentación.
- Los **derechos a una calidad de vida digna y el desarrollo de la personalidad**, determinándose como un aspecto clave en este sentido el trabajo infantil.
- El **derecho a la integridad física y psicológica de niños/as y adolescentes**, para lo cual el tema central establecido fue la violencia familiar.

(19) ELISSETCHE, OSVALDO, "Documento de Proyecto", en *Informe de Sistematización Ciudades por la Educación (Fases I y II) y Fortalecimiento de Actores Locales (2009-2011)*, p. 1.

El segundo tramo de la intervención, iniciado en 2011 con el Proyecto “Fortalecimiento de Actores Locales y Provinciales para la Protección de Derechos” tiene como objetivo lograr que los NNYA de las Provincias del Chaco, Corrientes, Formosa y Misiones tengan acceso a los Servicios Locales de Protección de acuerdo con lo establecido por la legislación nacional y provincial, que conozcan sus derechos y los recursos locales para su protección. Asimismo, busca fortalecer a las organizaciones de gobierno y de la sociedad civil, estimulándolas a recoger de manera sistemática la palabra y la visión de las NNYA para orientar acciones significativas de la comunidad en el ámbito local.

Las estrategias para su implementación fueron:

- Desarrollar, en conjunto con los actores territoriales, locales y provinciales un enfoque de intervención dirigido a maximizar la efectividad de los dispositivos existentes y la aplicación de las leyes 11/16 de la Provincia de Misiones, y 7162 de la Provincia de Chaco, que homologan la ley nacional 26.061 de Protección Integral.
- Utilizar una metodología basada en una instancia inicial de reflexión y problematización de saberes y experiencias previas, estimulando a recoger de manera sistemática la palabra y la visión de las niñas y niños, y a orientar acciones significativas de la comunidad en este campo.

2.3. Características de la intervención

El tipo de cooperación propuesta apuntaba a desarrollar las capacidades de los actores locales, tanto institucionales como individuales, promoviendo la co-responsabilidad en la garantía del ejercicio de los derechos de niños, niñas y adolescentes de los organismos de gobierno de las provincias participantes.

Dichas capacidades serían fortalecidas por medio de acciones en cuatro niveles de intervención:

- Promoción de la Reforma Legal.
- Capacitación de los servicios.
- Desarrollo e implementación de protocolos para los servicios.
- Sistema de indicadores y monitoreo.

Con ese propósito, el diseño de la intervención incluyó como estrategias básicas de acción conjunta y simultánea:

- La capacitación de los actores.

- La articulación inter-institucional y el desarrollo de redes.
- La movilización y la participación comunitaria.

En este sentido, como definición institucional, Estudios y Proyectos asume que su aporte no reemplaza, sino que complementa y potencia la acción realizada por los mismos actores locales, procurando contribuir a su sostenibilidad futura.

La estrategia de este Proyecto para obtener una “mejora en las capacidades de los organismos descentralizados para la promoción y protección de los derechos de los NNyA” se centra en la capacitación realizada a partir del Curso Virtual “Gestión Local para la Protección de Derechos de NNyA” y en la construcción de diversas herramientas en conjunto con los actores claves, que permitan ampliar el conocimiento sobre lo territorial, así como también contribuir al diseño de estrategias más efectivas, articuladas e integrales para la promoción o la restitución de derechos vulnerados.

La capacitación presencial y virtual está dirigida a los integrantes de las áreas provinciales a cargo de la temática, a representantes de la sociedad civil, funcionarios y empleados del nivel municipal cuyo foco es el fortalecimiento de capacidades en relación con los Sistemas de Protección Integral.

El Programa de esta actividad está formado por las siguientes Unidades Didácticas:

1. Abordaje preliminar de la Convención sobre los Derechos del Niño y su impacto en las prácticas (Dr. Diego Fredman).
2. Protección Integral, Familia y Derechos (Dra. Marisa Herrera, Dra. Natalia de la Torre).
3. Políticas de Infancia, Gobernabilidad Local y Descentralización (Lic. Lucrecia Teixido).
4. Articulación de Actores para la Protección Integral de los Derechos de NNyA. Promoción de Redes Intersectoriales Locales. (Lic. Osvaldo Elissetche).
5. Protección frente a la Violencia (Dr. Diego Fredman).
6. Trabajo Infantil (Lic. Juan Brasesco).
7. Diseño de Proyectos (Lic. Delia Decoud, Lic. Osvaldo Elissetche, Lic. Eduardo Núñez).

Como resultado, se esperaba que durante 2012 y 2013 los y las participantes del Curso Virtual de 249 municipios del NEA, vieran fortalecidos sus conocimientos, capacidades y habilidades para:

- Enmarcar sus acciones dentro de la normativa internacional, nacional y provincial vinculada a la protección integral de derechos de NNyA y las políticas públicas generadas para su implementación.
- Realizar un análisis de contexto local, identificando a los distintos actores, sus intereses y la potencialidad del trabajo articulado a través de Redes Intersectoriales.
- Elaborar diagnósticos participativos, planificar y evaluar las políticas y estrategias para el fortalecimiento de los Sistemas de Protección Integral y los Servicios Locales de Promoción y Protección de Derechos de NNyA.
- Promover acciones dirigidas a la sensibilización en determinadas problemáticas: trabajo infantil, derechos de la población migrante, discapacidad, violencia y manejar y utilizar las herramientas que les permitan mejorar la gestión institucional.

Los contenidos de este Curso apuntaban a fortalecer capacidades para la identificación de derechos vulnerados y de las medidas de protección que pueden ser adoptadas, la identificación de recursos, procedimientos o circuitos en el nivel local o provincial para dar respuesta a casos similares y una reflexión sobre la normativa. Algunos de los aspectos comunes que se reforzaron estuvieron referidos a la necesidad de que las medidas de protección sean planteadas como estrategias integrales y no como servicios o programas fragmentados; al requerimiento del control de legalidad sobre las medidas de protección excepcionales; a la reflexión en torno a garantizar el derecho a vivir en familia, buscando alternativas aun cuando el caso planteaba una situación complicada en relación al contexto familiar, entre otros.

El Curso prevé una instancia de participación e intercambio en un Foro Virtual, de donde se puede extraer información muy valiosa para caracterizar y generar acciones sobre el tema que nos ocupa. Por ejemplo, ha sido interesante poder hacer la distinción entre lo que es una creencia personal y lo que establece la ley, tema que los/as docentes pudieron comentar en relación a casos concretos traídos por los participantes.

De esa manera, no solo se debatió sobre las definiciones, sino también sobre su aplicación en casos concretos, como lo es la definición de "familia", o la consideración de la mayoría de edad anticipada y su relación con el derecho a decidir sobre los temas que los afectan.

La Unidad sobre Políticas Públicas requería que los participantes seleccionaran del Plan Nacional de Acción de Niñez y Adolescencia una línea que fuera prioritaria para su municipio y, a partir de allí, desarrollaran el circuito y los mecanismos con los que se cuenta para dar respuestas, analizando las dificultades y obstáculos y las posibilidades de articulación. En el Foro de esa Unidad se debatieron temas como la experiencia de las **policías o gendarmerías infantiles**, lo que permitió revisar el rol de los organismos responsables de cubrir la demanda de actividades recreativas y culturales para NNyA a nivel local, así como la utilización de estas iniciativas para disciplinar a niños generalmente de familias con bajos recursos económicos y los discursos que se encuentran detrás asociando estas experiencias a la “prevención de la delincuencia futura”. En este sentido, es interesante que se pudo poner en discusión la asociación entre pobreza y delito y, a la vez, evidenciar la necesidad de un rol más activo por parte del gobierno en relación con la provisión de servicios pero también de intervención ante estas experiencias.

Asimismo, se generó un debate acerca de la contribución de los planes y programas que pueden ser utilizados en estrategias tendientes al fortalecimiento familiar. El debate se centró en la Asignación Universal por Hijo, analizando la tensión entre el derecho a recibir este beneficio, las obligaciones que requiere en relación a la asistencia a centros de salud y a la escuela, el rol de los padres y el impacto generado. Este debate también problematizó el rol del Estado como garante de derechos y el lugar que ocupan las políticas sociales y asistenciales. Estos debates expresan posicionamientos que inciden directamente en las intervenciones que realizan los participantes frente a situaciones de vulneración de derechos.

En la Unidad referida a la Articulación de Actores, se buscó que los participantes realizaran un mapeo de actores relevantes a nivel local con el objetivo de integrar y fortalecer redes para la promoción y protección de los derechos de NNyA, identificando los aspectos favorables y desfavorables en ese sentido y realizando propuestas de mediano plazo para el fortalecimiento de las capacidades de las redes y de los actores que las conforman. Se pudieron ver experiencias exitosas de articulación y trabajo en red (en un barrio, en la conformación de las mesas de gestión de los Centros Integradores Comunitarios (CIC) y el Programa “Hambre Cero” de Misiones, entre otras) y cómo estas contribuyeron a brindar respuestas más efectivas frente a las vulneraciones de derechos. También se pudo reflexionar en torno a los obstáculos, la necesidad de construir consensos respecto de determinados

conceptos o definiciones. Además, se reflexionó sobre la incidencia en el proceso de construcción de políticas públicas, a partir del conocimiento de las distintas etapas en las que es posible esta participación.

Como complemento a las unidades iniciales que trabajan sobre el marco normativo e institucional, se tratan dos problemáticas particulares: la violencia y el trabajo infantil, complementadas por dos foros temáticos: Políticas de Inclusión y Discapacidad, y Derechos de las personas migrantes.

En la Unidad de Protección frente a Situaciones de Violencia en perjuicio de los NNyA, los y las participantes eligieron entre distintas opciones para realizar su trabajo de evaluación, siendo predominante la elección del análisis de casos y cómo intervenir frente a ellos.

En varios casos se mencionan las dificultades en la articulación entre instituciones, la necesidad de realizar una mayor difusión de la línea telefónica 102 o de los ámbitos donde radicar las denuncias, de generar procedimientos que atiendan a las necesidades de los NNyA, etc.

Se manifestó que la falta de profesionales idóneos o de presupuesto para abordar estos casos es un obstáculo para brindar condiciones de protección, frecuentemente mencionado por los/as participantes. A esto se agregan también dificultades en los procedimientos que perjudican aún más a las víctimas, como una exclusión de hogar tardía o sin seguimiento, exponiendo a los niños y niñas víctimas frente al agresor, o la omisión de la correspondiente denuncia por parte de los profesionales actuantes.

En cuanto a los sistemas de registro de casos, se mencionó la inexistencia de sistemas unificados que permitan tener una visión general del problema, y en algunos municipios la directa inexistencia de un registro escrito y formalizado sobre los casos presentados.

En el foro de intercambio de esta Unidad, varios participantes compartieron casos de sus provincias, ya que es un tema que despierta mucho interés y preocupación, lo que se manifestó desde el inicio del Curso Virtual.

En relación con el trabajo infantil se observó la necesidad de diferenciarlo de las actividades de colaboración y de reforzar el conocimiento de la normativa vigente. Asimismo, se recuperó el conocimiento respecto de las actividades en las que trabajan niños, niñas y adolescentes, identificando el sector productivo al que pertenecen y sus características específicas. En este caso, se pudo generar un debate en relación a las causas del trabajo

infantil y una propuesta de análisis multi-causal que permitiera pensar en estrategias integrales para su prevención y erradicación.

La Unidad de Diseño de Proyectos buscaba que los participantes diseñen y formulen un proyecto concreto para un territorio, un plan de acción que permita realizar acciones tendientes a solucionar problemas o mejorar las condiciones locales.

Se formularon proyectos de intervención local tomando como referencia algunos de los ejes mencionados a continuación:

- Creación y/o fortalecimiento de los servicios locales de protección existentes.
- Creación de alianzas y/o redes comunitarias de protección de los derechos de NNyA.
- Prevención y protección frente a la violencia en sus distintas formas.
- Participación, promoción y apoyo a los actores y organizaciones locales.
- Difusión de los servicios locales de protección.
- Capacitación de los recursos humanos locales.
- Elaboración de diagnósticos que permitan conocer la situación de derechos de los NNyA a nivel local.

La falta de experiencia previa de muchos de los participantes en elaboración de proyectos requirió un intercambio muy activo, pero enriquecedor.

2.4. Otras líneas de trabajo

El trabajo en el Aula Virtual es complementado con la elaboración y sistematización de Guías de Recursos Locales para la Promoción y Protección de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, las que incluyen recursos nacionales, provinciales y locales (de todos los municipios que alcanza el Proyecto), así como Mapas provinciales sobre Trabajo Infantil con información relativa a las actividades productivas que registran participación de NNyA que trabajan, y las experiencias existentes para su prevención y erradicación.

El concepto de **“partir de lo que tenemos”**, realizando el inventario de recursos locales,⁽²⁰⁾ resultó también valioso para los actores, al comprender y valorizar mejor sus propios activos, encarar las acciones desde una base más objetiva, y asignar los recursos del Proyecto de una forma más

(20) Entre los lineamientos de trabajo que tiene la Asociación Civil Estudios y Proyectos, esta es una premisa básica en una intervención de desarrollo local.

eficiente. Ejemplo de esto pueden ser el aprovechamiento de las capacidades de las redes institucionales de organizaciones que ya tienen trayectoria en el terreno (aunque no hubieran trabajado antes en esta temática específica) y la recuperación de los saberes de personas que fueron capacitadas en otros proyectos realizados en el territorio.

También se realizaron acciones de articulación inter-institucional para fomentar la construcción de redes locales de protección y de asistencia técnica a los espacios inter-sectoriales propuestos por cada provincia (Consejos Provinciales y locales de Niñez, Consejo de Niñez, Adolescencia y Familia, etc.), con el propósito de promover la planificación conjunta y la generación de instrumentos que contribuyan a optimizar la efectividad de los recursos institucionales existentes, por ejemplo, mediante una especificación de los roles y funciones más ajustada a las demandas presentes.

Con estas herramientas de intervención, se realizó, por una parte, un aporte a la movilización social favoreciendo la participación comunitaria de los adolescentes en la generación, mejora y control ciudadano de las políticas públicas a nivel local y provincial y, por otra, de los actores mencionados anteriormente (organismos descentralizados municipales, escuelas, centros de salud, sociedad civil, etc.) para promover acciones de prevención de la violencia, como así también de promoción y protección de derechos.

De esta forma, los referentes locales capacitados a partir del Curso Virtual organizan, con el apoyo técnico y acompañamiento del equipo del Proyecto, encuentros locales con adolescentes para debatir y reflexionar sobre el cumplimiento de sus derechos. En base a las prioridades establecidas por ellos, con el apoyo de los adultos que promueven este proceso participativo, los y las adolescentes seleccionan uno o varios derechos que les interesa difundir, compartiendo su visión con el resto de la comunidad a través de la elaboración de un mural. En estos encuentros, además, se elaboran documentos con propuestas para ampliar y mejorar las actividades destinadas a la promoción y protección de sus derechos. Entre el 2012 y julio de 2013, más de 2800 adolescentes participaron de estos espacios de participación en sus comunidades. Posteriormente, tres representantes (dos adolescentes y un adulto) participaron de un Foro Provincial en el que se compartieron los resultados locales y se desarrollaron propuestas para la promoción y protección de sus derechos y se establecieron pautas para la creación de servicios amigables.

2.5. Otra actividad de alto impacto comunitario

Desde 2011, Estudios y Proyectos ha desarrollado e implementado el Fútbol Comunitario para la Participación (FUCoPA), que se inserta como metodología de movilización y participación mediante la práctica de un juego de fútbol con reglas adaptadas, dirigida a alcanzar los objetivos de protección de derechos de NNyA con foco en las familias y las comunidades organizadas en el marco del desarrollo local. Para analizar esta propuesta, se parte de considerar la práctica del fútbol como:

- Una estrategia para promover las competencias ciudadanas y la convivencia pacífica entre los NNyA, en la vinculación con su entorno comunitario (familias, organizaciones, vecinos, gobierno local y provincial), utilizando el fútbol como factor convocante; asimismo, generar procesos de aprendizaje y cambio en las personas, grupos, comunidades e instituciones, mediante el establecimiento, cumplimiento y revisión de acuerdos de convivencia.
- Un instrumento pedagógico que busca, a través de un juego de fútbol modificado, fortalecer comportamientos y hábitos orientados a la convivencia, la solidaridad, el respeto y la tolerancia entre los NNyA y sus familias, e integrarlos a la vida comunitaria de manera proactiva. Su énfasis está puesto en la generación de cambios en los espacios familiares, barriales, comunitarios y escolares, integrando comunidades, géneros y generaciones en torno a valores como el trabajo en equipo, la resolución pacífica de conflictos, la crítica constructiva y el diálogo.

3. Logros y lecciones aprendidas

“... es mejor que ellos lo hagan de manera imperfecta a que tú lo hagas a la perfección; porque es su guerra, su país y tu tiempo es breve”.

T. E. Lawrence, *Los siete pilares de la sabiduría*⁽²¹⁾

3.1. Logros obtenidos

A continuación se sintetizan los principales logros obtenidos a partir de esta experiencia de articulación de actores gubernamentales y no gubernamentales:

- Promoción de la aplicación de la normativa nacional y provincial en materia de identidad, trabajo infantil y violencia familiar (leyes nacionales 26.061, 26.390, 26.150, 24.417, 26.364 y 26.485).

(21) LAWRENCE, T. E., *Los siete pilares de la sabiduría*, Bs. As., Ediciones B, 2007.

- Fortalecimiento de los recursos locales disponibles que permitan la restitución de los derechos vulnerados, mediante la difusión de los recursos provenientes de políticas públicas y programas nacionales y provinciales como medio para favorecer la toma de medidas de protección integral a nivel de los organismos administrativos descentralizados.
- Mayor visibilización de las situaciones de vulneración de derechos al nivel de las comunidades locales, y mejor conocimiento de los mecanismos existentes para su restitución y/o la reparación de las consecuencias.
- Generación de herramientas que permitan optimizar el uso de recursos y la articulación inter-institucional (Ficha Única de Registro de Casos de Violencia Familiar en Fontana, Chaco; Guía de Recursos Locales para la Violencia Familiar en Tigre, Buenos Aires; Guía de Recursos Locales para la Promoción y Protección de Derechos de NNyA en las cuatro provincias del NEA y Mapas de Trabajo Infantil en Misiones, Corrientes y Formosa).
- Fortalecimiento de la capacidad de las organizaciones que trabajan en los temas de niñez y adolescencia para diseñar, planificar, ejecutar y evaluar sus intervenciones en materia de prevención y erradicación del trabajo infantil, y de prevención y asistencia a las víctimas de violencia, incluyendo la violencia de género.
- Generación de conocimiento y diseño de intervenciones para la promoción de derechos, la prevención del trabajo infantil y la violencia a nivel local: más de 40 profesionales se integraron a los proyectos diseñados por las Redes Locales.
- Más y mejor conocimiento de los actores intervinientes sobre los aspectos relevantes relacionados con la protección integral y las problemáticas de identidad, trabajo infantil y violencia familiar.
- Diseño y aplicación exitosa del FUCoPA, juego de fútbol adaptado, para su utilización en el marco de una estrategia de prevención de la violencia.
- Establecimiento y fortalecimiento de la articulación entre distintos actores territoriales, identificando las funciones específicas de cada uno que puedan contribuir de manera más efectiva en una acción conjunta dirigida a la prevención y la asistencia en los temas mencionados.
- Incidencia en las políticas públicas: adhesión del Consejo Deliberante de Fontana a la ley nacional 26.061 de Protección Integral, y a la ley 26.390 sobre Prohibición del Trabajo Infantil y Protección del Trabajo Adolescente.

3.2. Lecciones aprendidas

El enfoque “de abajo hacia arriba” permite a los actores locales apropiarse del proceso de desarrollo y participar en todas las fases del ciclo de generación e implementación de las políticas públicas.

3.2.1. Lección 1

El enfoque de intervención que se basa en el reconocimiento del capital social existente, apoyando su fortalecimiento, resulta clave para asegurar la viabilidad, el armado, la operación y la sostenibilidad de este tipo de iniciativas:

- El capital social se basa en la confianza, la cooperación y la reciprocidad existentes en las relaciones y las estructuras de la comunidad, que son indispensables para el proceso de cambio social que se procura con el Proyecto.
- El capital social se corporiza en las relaciones organizacionales a nivel local, pero también entre las existentes a nivel más amplio, regional y territorial, donde se comparten problemáticas similares. La experiencia previa de la organización ejecutora (EyP) con los diversos actores locales en las provincias donde se ejecutó el Proyecto, le permitió contar con recursos institucionales muy valiosos al servicio de las acciones del mismo.
- Esto permitió que el efecto sinérgico de las acciones del proyecto alcanzara tanto a las organizaciones comprometidas con el esfuerzo al nivel local como a las que colaboraron e intercambiaron experiencias y mejores prácticas en un plano provincial y regional, tales como las unidades de gobierno especializadas en la temática.

3.2.2. Lección 2

La aplicación de una metodología participativa, que considere en primer lugar el reconocimiento de los activos locales, contribuye al propósito de involucrar a la comunidad, en la medida en que el diseño de la intervención tenga flexibilidad suficiente como para:

- Adecuarse a las demandas de la realidad local, lo que implica conocerla y comprenderla.
- Conocer, valorizar y difundir los logros de las acciones cotidianas realizadas en el territorio por los distintos actores que intervienen en los temas de infancia.
- Identificar las políticas, programas y/o instituciones con responsabilidad formal y con potencialidad para ser utilizadas en intervenciones dirigidas a la protección integral de derechos.
- Generar espacios de intercambio, reflexión y debate entre representantes de distintos sectores, áreas de actividad y perspectivas políticas.

3.2.3. Lección 3

La variable tiempo como recurso es fundamental. Las redes necesitaron más de un año para su maduración.

- La relación entre actores a nivel de los territorios es compleja. Por una parte, algunos actores no se conocen entre sí, o su conocimiento de la función del otro

es limitada. Por otra parte, se debe considerar que la relación entre ellos no se inicia con la llegada del proyecto, sino que la precede, por lo que es importante tener un conocimiento sobre los actores que la integran y las relaciones que mantienen entre sí.

- Es necesario construir una visión común sobre la protección integral de la infancia, promover el conocimiento y el reconocimiento de las funciones, acciones y especificidades de cada actor, induciéndolo a insertarse en una visión y una acción de conjunto, y fomentando la generación de lazos de confianza entre las partes.

3.2.4. Lección 4

La intervención dirigida a incidir sobre las políticas públicas debería considerar los siguientes aspectos básicos:

- Las políticas públicas son generadas por los gobiernos en procesos de diálogo en los que intervienen distintos actores en contextos diferentes, provinciales y locales.
- Las políticas públicas son el resultado de acuerdos entre diferentes actores, que no siempre son conocidos e identificados por la comunidad destinataria de esas políticas.
- Las políticas públicas son el resultado de una dinámica de relaciones y, por lo tanto, no es posible incidir efectivamente sobre ellas si no se comprende la complejidad de los factores enunciados precedentemente.
- El mantenimiento del equilibrio político depende de un equilibrio entre los intereses de los actores participantes provinciales y locales y, eventualmente, nacionales. Es clave comprender la dinámica de este proceso para garantizar la viabilidad, la efectividad y la sostenibilidad de las intervenciones.

4. Conclusión

La sostenibilidad de los resultados de esta intervención se asienta sobre tres pilares:

- El conocimiento y la vigencia del marco institucional y normativo existente.
- Las competencias técnicas y las sinergias entre los ejecutores de las políticas, funcionarios/as y colaboradores/as de la sociedad civil.
- La participación y el compromiso de la comunidad.

En relación con el fortalecimiento del marco institucional, el foco de la intervención fue la promoción y difusión de la normativa vigente y de la articulación de actores para la mejora en los procedimientos referidos a la protección o restitución de derechos vulnerados.

En cuanto a los sujetos de derecho a quien se dirige la política, es decir, los niños, niñas y adolescentes, este Proyecto plantea su empoderamiento a partir del conocimiento de sus derechos y de la elaboración de recomendaciones para su cumplimiento, buscando que esta práctica se incorpore en la cotidianeidad de las instituciones. Un aspecto innovador fue que la metodología se basó en una instancia inicial de consolidación de saberes y experiencias previas, estimulando a recoger de manera sistemática la palabra y la visión de las niñas y niños, y a orientar acciones significativas de la comunidad en este campo.

Esta experiencia permitió a Estudios y Proyectos y a UNICEF perfeccionar una estrategia innovadora de intervención dirigida al fortalecimiento de los Sistemas de Protección Integral a nivel local, basada en promover un proceso colectivo que incluye la participación ciudadana de los grupos sociales interesados en los problemas a cuyo tratamiento apuntan las políticas públicas vigentes, la generación de consensos sociales a través de la negociación entre Estado provincial/municipios y ciudadanos, y el reconocimiento y abordaje de las "brechas" existentes para la acción, entre lo que debería hacerse (según valores, normas y expectativas) y lo que se hace (según datos y percepciones).

Este reconocimiento permite considerar los factores que impiden cerrar las brechas, y clarificar las responsabilidades e intereses de los actores claves, así como los ámbitos prioritarios en los que se requiere comprometer esfuerzos y recursos para realizar acciones efectivas, por ejemplo, la modificación de ciertas prácticas establecidas y el mejoramiento de la eficacia en los procedimientos, para ponerlos en concordancia con los postulados de derechos humanos de niños, niñas y adolescentes que promueve la Convención sobre los Derechos del Niño, y que garantiza en el territorio nacional la ley 26.061.



BIBLIOGRAFÍA



- ACHILLE, DAVIDE, *Il divieto dei patti successori. Contributo allo studio dell'autonomia privata nella successione futura*, Napoli, Jovene, 2012.
- AGOSTINELLI, BENEDETTA, *Il patto abusivo. Fenomenologia e rimedi*, Torino, Giappichelli, 2012.
- ALESÌ, MARTÍN B., “El proceso de ejecución del régimen de comunicación ante el incumplimiento del progenitor custodio”, en *Derecho de familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2013-VI, (en prensa).
- ALESSI, MARTÍN B., “Las acciones de filiación por naturaleza en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, en *Derecho de familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*, n° 57, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2012.
- ALEXY, ROBERT, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ALPA, G. y ROPO, VINCENZO (dirs.), *La vocazione civile del giurista. Saggi dedicati a Stefano Rodotà*, Roma, Laterza, 2013.
- ALVARADO VELLOSO, ADOLFO, “El garantismo procesal”, en *Revista Jurídica La Ley*, 2010-F.
- ÁLVAREZ, OSVALDO ONOFRE, “Un nuevo avance de la autonomía de la voluntad en el derecho de familia”, en *ED*, n° 5, 2008.
- AMADIO, GIUSEPPE, “*Autonomia privata e rapporti familiari*”, en *Lecture sull'autonomia privata*, Padova, Cedam, 2005.
- AMARTYA SEN, *La idea de La Justicia*, Madrid, Ed. Taurus, 2009.
- ANDERSON, M. L., “*Are you my mommy? A call for regulation of embryo donation*”, en *35 Capital University Law Review*, 589, 2006.
- ANDRINI, MARÍA C., *L'autonomia privata dei coniugi tra status e contratto*, Torino, Giappichelli, 2006.
- ANDRUET (H), ARMANDO S., *Teoría general de la argumentación forense*, 3ª reimpresión, Córdoba, Alveroni Ediciones, 2013, p. 143.
- ANGELONI, FRANCO, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, Padova, Cedam, 1997.
- APARICIO, JUAN MANUEL, *Contrato*, Bs. As., Hammurabi, 1997, t.1.
- ARANA DE LA FUENTE, ISABEL, “Concepto y función social del matrimonio. Los sistemas matrimoniales”, en Diez Picazo Giménez, Gema (coord.), *Derecho de Familia*, Pamplona, Thomson Reuters-Civitas, 2012.
- ARIANNA, CARLOS A. y ARECHAGA, PATRICIA V., “El abandono como causal de separación de bienes” (Una propuesta de “*lege ferenda*”), en *LL 1990-A-887*.
- ARIANNA, CARLOS A., “Autonomía y orden público en el régimen patrimonial matrimonial”, en *Revista de Derecho de Familia 1999-15-185*, Abeledo-Perrot N° 0029/000272 0029/000333.
- ARIANNA, CARLOS A., “Bienes gananciales en el proceso concursal de uno de los cónyuges”,

- en *Revista de Derecho y Comunitario*, 2008-I-245.
- ARIANNA, CARLOS A., “Disolución de la sociedad conyugal”, en Lagomarsino, Carlos A. R.; Salerno, Marcelo U. y Uriarte, Jorge A. (coords.), *Enciclopedia de Derecho de Familia*, Bs. As., Universidad, 1992.
- ARIANNA, CARLOS A., “El cumplimiento de la obligación alimentaria y sus modalidades posibles”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Alimentos 2001-1,
- ARIANNA, CARLOS A., “Reflexiones sobre las prestaciones post divorcio. Apuntes para una reforma”, en *Revista de Derecho de Familia*, n° 52, 2011.
- ARIANNA, CARLOS A., “Separación de hecho y sociedad conyugal”, en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, n° 46, Bs. As., Abeledo-Perrot 2010.
- ARIAS DE RONCHIETTO, C. E., “El derecho frente al congelamiento de óvulos humanos fecundados. Suspensión de la práctica y adopción prenatal para los embriones ya existentes”, en *ED*, 182-1645.
- ARIAS, ALBERTO J., “Uniones convivenciales”, en *DFyP* 2013 (setiembre), 04/09/2013, 3.
- AULETTA, TOMMASO, “*Autonomia privata e comunione fra coniugi*”, en *Contratto e mercato. Liber amicorum per Angelo Luminoso*, Milano, Giuffrè, 2013, t. I.
- AZPIRI, JORGE O., “El convenio de alimentos entre cónyuges en el juicio de divorcio por mutuo acuerdo”, en *Revista de Derecho de Familia*, n° 15, 1998.
- AZPIRI, JORGE O., *Régimen de bienes en el matrimonio*, Bs. As., Hammurabi, 2002.
- AZPIRI, JORGE O., *Uniones de hecho*, 2ª edición, Bs. As., Hammurabi, 2010.
- BAIGORRIA, C. E. y SOLARI, N. E., “El derecho a la vida en la Constitución Nacional”, en *La Ley*, 1994-E-1167.
- BALDARENAS JORGE A., “¿Son los menores... incapaces?”, en *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia Derecho de Familia*, n° 11, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1997.
- BALLARIN, SILVANA, *La eficacia de la sentencia en el sistema de comunicación entre padres e hijos*, La Plata, Librería Editora Platense, 2013, p. 203.
- BARATTA, ALESSANDRO, “Democracia y Derechos del Niño”, en *Justicia y Derechos del Niño*, n° 9, Santiago, Chile, UNICEF, 2007.
- BARATTA, ALESSANDRO, “Infancia y democracia”, en *Derecho a tener derecho*, Santa Fe de Bogotá - Bs. As., Temis Depalma y UNICEF, 1998, t. 4.
- BARBALUCCA, VINCENZA y GALLUCCI, PATRIZIA, *L'autonomia negoziale dei coniugi nella crisi matrimoniale*, Milano, Giuffrè, 2012.
- BARBERIO, SERGIO J., *La medida autosatisfactiva*, Santa Fe, Panamericana, 2006.
- BARREIRO, IVONNE C., “La gobernanza global” [en línea], http://portalsostenibilidad.upc.edu/detall_01.php?id=179&numapartat=9
- BASEDOW, JÜRGEN, “*Global Life, Local Law? About the globalization of law and policy-making*”, en *Liber Amicorum en homenaje al Profesor Dr. Didier Operti Badán*, Montevideo, Fundación Cultura Universitaria, 2005.
- BASSET, ÚRSULA, “El matrimonio en el Proyecto de Código”, en *La Ley*, 2012-E, 912.

- BASSET, ÚRSULA, “Incidencia en el derecho de familia del proyecto de Código con media sanción”, en *La ley*, 16/12/2013.
- BASSET, ÚRSULA, *La calificación de bienes en la sociedad conyugal*, Bs. As., Abeledo Perrot, 2010.
- BECKETT, SAMUEL, *Esperando a Godot*, 4ª edición, Barcelona, Tusquets Editores, 2000.
- BELLINA IRICOYEN, JORGE, *Tres ensayos sobre la ancianidad*, Editorial del Centro Educativo Latinoamericano (UCEL), EdUNR, 2009.
- BELLUSCIO, AUGUSTO C., “Alimentos y prestaciones compensatorias”, en *LL*, 1995-A, 1032.
- BELLUSCIO, AUGUSTO C., *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Bs. As., Depalma, 1969.
- BELLUSCIO, AUGUSTO C., “El matrimonio en el Proyecto de Reformas”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2012-2, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2013.
- BELLUSCIO, AUGUSTO C., “La nueva ley de divorcio francesa”, en *LL*, 06/08/2004.
- BELLUSCIO, AUGUSTO C., “La nueva ley española de separación y divorcio”, en *LL*, 21/02/2007, 21/02/2007, 6.
- BELLUSCIO, AUGUSTO C., “La separación de bienes sin separación de cuerpos”, en *RDF*, 4-1990-67.
- BELLUSCIO, AUGUSTO C., “La separación de bienes sin separación de cuerpos. Segunda parte. Separación judicial de bienes por concurso”, en *RDF*, 19-2001-9.
- BELLUSCIO, AUGUSTO C., *Manual de Derecho de Familia*, 7ª ed., Bs. As., Astrea, 2002.
- BELLUSCIO, CLAUDIO, *Prestación Alimentaria. Régimen Jurídico*, Bs. As., Universidad, 2006.
- BELOFF, MARY; DEYMONNAZ, VIRGINIA; FREEDMAN, DIEGO; HERRERA, MARISA y TERRAGNI, MARTINIANO, *Convención sobre los Derechos del Niño. Comentada, Anotada y Concordada*, Bs. As., Ed. La Ley, 2012.
- BELOFF, MARY, *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Bs. As., Editores del Puerto, 2004.
- BERBERE, JORGE C. y HAISSINER, LILIANA, “Límite y extensión del derecho alimentario entre cónyuges divorciados por causal objetiva”, en *DFyP*, n° 2, 2009.
- BERGEL, S. D., “De embriones, patentes y dignidad humana”, en *Revista Derecho de Familia y Persona*, La Ley, abril 2012.
- BERGEL, S. D., “La patentabilidad de genes humanos. Criterio de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos”, en *Revista Jurídica La Ley*, 2013-D-1188, 13/08/2013.
- BERIZONCE, ROBERTO O., BERMEJO, PATRICIA S. y AMENDOLARA, ZULMA A., *Tribunales y proceso de familia*, La Plata, Librería Editora Platenese, 2001.
- BERIZONCE, ROBERTO, “Tutela anticipada y definitiva”, en *JA*, 1996-IV-741.
- BIGLIARDI, KARINA A. y DE OLIVERA, JUAN J., “¿Existe necesidad de dar a luz las conductas de los cónyuges en los procesos de divorcio? El divorcio incausado en el Proyecto de Código Unificado”, en *Revista Derecho de Familia y Persona*, setiembre, 01/09/2012.
- BÍSCARO, BEATRIZ R. y SANTÁNGELO, MARÍA, “Calificación única o dual. Casos dudosos”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2008-2-1.
- BÍSCARO, BEATRIZ R., “La liquidación de la sociedad conyugal cuando la separación personal

y el divorcio se fundan en la separación de hecho de los cónyuges (A propósito del plenario)", en *JA*, 2000-I-563.

BLANCO CARRASCO, MARTA, "Los puntos de encuentro familiar y el derecho de los menores a mantener una relación con sus progenitores", en *Cuadernos de Trabajo Social*, vol. 21. Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2008.

BOBBIO, NORBERTO, *El tiempo de los derechos*, trad. Rafael de Asís Roig, Madrid, Sistema, 1991.

BOBBIO, NORBERTO, *Igualdad y libertad*, Barcelona, Ed. Paidós, 1993.

BOCCHINI, FERNANDO, "Autonomia negoziale e regimi patrimoniali familiari", en Fucillo, Guido (dir.), *Autonomia negoziale tra libertà e controlli*, Napoli, Scienfiche italiane, 2002.

BOELE-WOELKI, K., "What comparative Family Law Should Entail?", en *Utrecht Law Review*, vol. 4, n° 2, 2008.

BOISIER, SERGIO, "El lenguaje emergente en el desarrollo territorial", *Centro de Anacción (Análisis y acción). Territorio y Sociedad*, CATS, junio de 2002.

BORDA, GUILLERMO (h), "Las relaciones de familia en el proyecto de Código Civil y Comercial", en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, año 4, número 6, julio, Bs. As., La Ley, 2012.

BORDA, GUILLERMO, "Matrimonio y familia", en *LL* 2012-E, 1345.

BORDA, GUILLERMO A., *Tratado de Derecho Civil. Familia*, 9ª ed., Bs. As., Abeledo-Perrot, 1993, t. I.

BOSSERT, GUSTAVO, *Régimen jurídico de los alimentos*, Bs. As., Astrea, 1993.

BOTÍNI LAURA I., "Un interesante abordaje de la prevención y asistencia de la violencia en adultos mayores. Programa Proteger GCBA", en *Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria en Doctrina y Jurisprudencia*, n° 40, Bs. As., Abeledo-Perrot, julio/agosto 2008.

BRITOS, CRISTINA, "De cara a la postmodernidad: la superación del conflicto de fuentes a la luz del camino de la coordinación", en *elDial*, DC14CE, 2011.

BROCK, D. W., "Creating Embryos for Use in Stem Cell Research. Creating Embryos for Use in Stem Cell Research", en *Journal of Law, Medicine & Ethics* 38, n° 2, 2010.

BROCK, D. W., "Is a consensus possible on stem cell research? Moral and political obstacles", en *Journal of Medical Ethics*, 32(1), 2006.

BURGOS, OSVALDO R., "La regulación de las uniones convivenciales en el Proyecto de Código Civil y Comercial Unificado de la República Argentina: el deber jurídico de garantizar la posibilidad de un proyecto de vida", en *el Dial* DC1B7B.

BUSSANI, MAURO, *Libertà contrattuale e diritto europeo*, Torino, Utet, 2005.

CAFARO, ROSANNA, *Autonomia privata e controllo del giudice nella separazione consensuale*, Torino, Giappichelli, 2006.

CAFFERATA, J. I., "Las nuevas técnicas de reproducción humana y el derecho positivo argentino", en *ED*, 130-729.

CALAMANDREI, PIERO, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, vol. I, Bs. As., El Foro, 1996.

CALAME, PIERRE (coord.), *Por una gobernanza mundial legítima, eficaz y democrática*, París, Ed. Charles Léopold Mayer, 2003.

- CAMPO IZQUIERDO, ÁNGEL LUIS, “La pensión compensatoria”, en *Boletín Derecho de Familia*, 01/11/2011 [en línea], http://www.elderecho.com/civil/pension-compensatoria_11_336805001.html
- CAMPOS, ROBERTO D., “La regulación de las relaciones patrimoniales entre cónyuges en el Código proyectado”, en *DFyP, La Ley*, 01/11/2012.
- CAPPARELLI, JULIO C., “La acción de separación de bienes del matrimonio en las XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil”, en *Revista del Notariado*, n° 817, Bs. As., abril/mayo/junio 1989.
- CAPPARELLI, JULIO C., “La mutación del régimen patrimonial matrimonial en el art. 1294 CC”, en *LL*, 1988-B-914.
- CÁRCOVA, CARLOS M., “La igualdad como condición de posibilidad de la democracia y la equidad social”, en *Revista de Filosofía del Derecho*, año I, n° 1, mayo, Ediciones Infojus, 2012.
- CÁRDENAS EDUARDO J., *El cliente negocio y el abogado lo asesora: una variante poco usada en los conflictos de familia*, Bs. As., Lumen Humanitas, 2005.
- CÁRDENAS EDUARDO J., “El Proceso de Familia en la Provincia de Buenos Aires”, en *Revista Jurídica La Ley*, LL T° 1998-A, Sec. doctrina.
- CÁRDENAS EDUARDO J., *La familia y el sistema judicial - Una experiencia innovadora*, Bs. As., Emecé, 1988.
- CÁRDENAS EDUARDO J., *La mediación en conflictos familiares*, Bs. As., Lumen/Hvmanitas, 1998.
- CARPIO BENALCÁZAR, PATRICIO, *La perspectiva latinoamericana de desarrollo local algo más que una memoria del encuentro latinoamericano. Retos del desarrollo local, estrategias, escenarios, perspectivas*, Ecuador, Cuenca, 2005.
- CARR, KEIVA, “*Famiglia e famigle. Circolazione delle persone e profili di armonizzazione: l'esperienza irlandese*”, en Amram, D., y D. C. Ángelo, A. (dir.), *La famiglia e il diritto fra diversità nazionali ed iniziative dell'Unione Europea*, Padova, Cedam, 2011.
- CASADO, M. (coord.), “Reedición y análisis del impacto normativo de los documentos del Observatorio de Bioética y Derecho sobre reproducción asistida”, en *Observatorio de Bioética y Derecho de la Universidad de Barcelona*, Barcelona, Signo, 2008 [en línea], http://www.pcb.ub.es/bioeticaidret/archivos/documentos/Reedicion_Reprod-Asistida.pdf
- CASADO, M., “¿Por qué bioética y derecho?”, en *Acta bioética*, año VIII, n° 2, 2002.
- CASADO, M., “Bioética y Derecho”, en Gros Espiell, H y Gómez Sánchez, Y. (coords.), *La declaración Universal sobre bioética y derechos Humanos de la Unesco*, Granada, Comares, 2006.
- CASADO, M., “En torno a células madre, pre-embriones y pseudo-embriones: el impacto normativo de los Documentos del Observatorio de Bioética y Derecho de la UB”, en *Revista de bioética y derecho*, n° 19, mayo de 2010.
- CATALDI, MYRIAM y CALIFANO, LUCILA, “El sistema del divorcio actual y un mensaje alentador: existe un futuro constitucional”, en *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia*, agosto, 2013-IV, Bs. As., Abeledo Perrot, 2013.
- CAVALIERE, BIANCAMARIA, *Diritto delle famiglie. Percorsi di giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2003.

CECCHERINI, GRAZIA y GREMEGNI FRANCINI, LORENZO, *Famiglie in crisi e autonomia privata*, Padova, Cedam, 2013.

CEPAL - NACIONES UNIDAS, “Capital Social y reducción de la pobreza en América Latina y el Caribe: en busca de un nuevo paradigma”, 2003.

CHACÓN JIMÉNEZ, MAURICIO, “Comentario a la ley 7935 de Costa Rica Ley Integral Para la Persona MayorL”, en *Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, n° 40, Bs. As., Abeledo-Perrot, julio/agosto 2008.

CHARBONNEL, LIONEL, *La hiérarchie des normes conventionnelles*, n° 223, Clermont-Ferrand, Fondation Varenne, 2012.

CHASAGNARD-PINET, SANDRINE y HIEZ, DAVID (dirs.), *Approche critique de la contractualisation*, París, LGDJ, 2007.

CHECHILE, ANA M. y HERRERA, MARISA, “El rol de los abuelos en el derecho de familia contemporáneo. Una mirada desde los conflictos de comunicación entre abuelos y nietos”, en *Derecho de Familia, Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*, n° 40, Bs. As., Abeledo-Perrot, julio/agosto 2008.

CHECHILE, ANA M., “El divorcio en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, en *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia*, n° 57, noviembre, Abeledo Perrot, Bs. As, 2012.

CHECHILE, ANA M., “Invocabilidad del adulterio cometido luego de la separación de hecho como causal para solicitar el divorcio”, en *JA* 2000-II-449.

CHECHILE, ANA M., “Patria potestad y tenencia compartidas luego de la separación de los pa-

dres: desigualdades entre la familia intacta y el hogar monoparental”, en *JA*, 2002-III-1308.

CIFUENTES, RIVAS MOLINA y TISCORNIA, *Juicio de Insania. Dementes, sordomudos e inhabilitados*, 2ª ed., Bs. As., Hammurabi, 2007.

CIFUENTES, SANTOS, “Tutela de los enfermos mentales”, en *LL*, 2005-A-1051.

CILLERO BRUÑOL, MIGUEL, “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”, en Emilio García Méndez y Mary Beloff (comps.), *Infancia, ley y democracia en América Latina*, Santa Fe de Bogotá - Bs. As., Temis Depalma, 1998, t. 4.

CIRUZZI, M. S., “La Ley Nacional de Fertilización Asistida: algunos apuntes desde la bioética”, en *Microjuris*, 19/06/2013.

CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, 20 de noviembre de 1989.

CORBO, CARLOS M., “Análisis del Proyecto en materia de divorcio”, en *Revista Derecho de Familia y de las Personas*, año 4, n° 6, julio, Bs. As., La ley, 2012.

CORNEJO, RAÚL, J., “El régimen de bienes en el matrimonio y la ley 17.711”, en *LL* 132-1350.

COTORRUELO MENTA, ROMEO, “Aspectos Estratégicos del Desarrollo Local”, en Vázquez Barquero. A. y Madoery, O. (eds.), *Transformaciones globales, instituciones y políticas de desarrollo local*, Rosario, Argentina, Ediciones Homo Sapiens, 2001.

CRISCUOLO, FABRIZIO, *L'autodisciplina. Autonomia privata e sistema delle fonti*, Napoli, Scientifche italiane, 2000.

CRISCUOLO, FABRIZIO, *L'autodisciplina. Autonomia privata e sistema delle fonti*, Napoli, Scientifche italiane, 2000.

- CRUZ GALLARDO, BERNARDO, *La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*, Madrid, La Ley, 2012.
- CUADRADO PÉREZ, CARLOS, “El régimen económico matrimonial. Disposiciones generales” en *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. 3, p. 235.
- CULACIATI, MARTÍN M., “La distancia entre las relaciones afectivas y la ficción jurídica. Una mirada desde el derecho comparado”, en *RDF*, n° 44, 2009.
- CULACIATI, MARTÍN M., “Reinterpretación del divorcio”, en *LL*, 25/07/2013.
- D'ARRIGO, COSIMO, *Autonomia privata e integrità fisica*, Milano, Giuffrè, 1999.
- DABOVE, MARÍA I., “Razones iusfilosóficas para la construcción de un Derecho de la Ancianidad”, en *Revista Jurisprudencia Argentina*, especial Bioética, Bs. As., 01/11/2000.
- DABOVE, MARÍA I., “Razones iusfilosóficas para la construcción de un Derecho de la Ancianidad”, en *Revista Jurisprudencia Argentina*, especial Bioética, Bs. As., 01/11/2000.
- DE AMUNÁSTEGUI RODRÍGUEZ, CRISTINA, “Libertad de pacto en el régimen de separación de bienes” en Rams Albesa, Joaquín, y otros, *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia*, Madrid, Dykinson, 2009.
- DE AMUNÁSTEGUI RODRÍGUEZ, CRISTINA, “Libertad de pacto en el régimen de separación de bienes”, en Rams Albesa, Joaquín, y otros, *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia*, Madrid, Dykinson, 2009.
- DE LA TORRE, NATALIA, “La recepción del principio de autonomía en el proyecto de reforma y unificación del Código Civil: democratización de las relaciones familiares”, en *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Derecho de Familia*, n° 59, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2013.
- DE LA TORRE, NATALIA; HERRERA, MARISA, “Protección Integral, Familias, Ley y Derechos”, Bs. As., Curso Virtual Gestión Local para la Protección de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, Unidad Didáctica N° 2, Estudios y Proyectos - UNICEF, 2012-2013.
- DE LOS SANTOS, MABEL A., “Conveniencia y necesidad de legislar sobre las tutelas de urgencia”, en *JA* 1999-IV-992.
- DE LOS SANTOS, MABEL, “El debido proceso a la luz de los nuevos paradigmas”, en *LL* 09/04/2012, 1; *LL*, 2012-B, 1062.
- DE LOS SANTOS, MABEL, “La flexibilización de la congruencia”, en *Cuestiones Procesales modernas*, Bs. As., La Ley, supl. esp., 10/2005.
- DE LOS SANTOS, MABEL, “Flexibilización de la congruencia. Muestreo jurisprudencial”, en *LL* 2007-F.
- DE LOS SANTOS, MABEL, “Las garantías constitucionales del proceso civil”, en Manli y otros, *Tratado de Derecho Procesal Constitucional Argentino, internacional y trasnacional*, Bs. As., La Ley, 2010, t. I.
- DE LOS SANTOS, MABEL, “Resoluciones anticipatorias y medidas autosatisfactivas”, en *JA* 1997-IV-800.
- DE NOVA, GIORGIO y otros, *Il patto di famiglia*, Legge 14 de febrero de 2006, Ipsa, 2006.
- DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO, *Teoría General del Proceso*, Bs. As., Ed. Universidad, 1997.
- DI GREGORIO, VALENTINA, *Programmazione dei rapporti familiari e libertà di contrarre*, Milano, Giuffrè, 2003.

- DI TULLIO Budassi, ROSANA G., “El derecho alimentario de los ancianos”, en *Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, n° 38, noviembre/diciembre 2007.
- DÍAZ DE GUILJARRO, ENRIQUE, “El contrato de compraventa entre futuros cónyuges”, en *JA Bs. As.*: Abeledo Perrot, 1961 I 68, 2012.
- DÍAZ-ALBERTINI FIGUERAS, JAVIER, “Capital social, organizaciones de base y el Estado: recuperando los eslabones perdidos de la sociabilidad”, en Atria, R. y otros (comp.), *Capital Social y Reducción de la pobreza en América Latina y el Caribe: en busca de un nuevo paradigma*, Santiago, CEPAL, 2003.
- DICKENS, B. M. y COOK, R. J., “Acquiring human embryos for stem-cell research”, en *International Journal of Gynecology and Obstetrics*, 96, 2007, pp. 67/71.
- DÍEZ PICAZO, Luis y Guillón, ANTONIO, *Sistema de Derecho Civil*, 7ª ed., Madrid, Editorial Tecnos, 1997, vol. IV.
- DONISI, CARMINE, “Limite all'autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia”, en Fuccillo, Guido (dir.), *Corsico Famiglia e circolazione giuridica*, Ipsoa, 1997 y en *Rassegna di Diritto civile*, n° 3, 1997.
- DORIA, GIOVANNI, *Autonomia privata e causa familiare. Gli accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio*, Milano, Giuffrè, 1996.
- DURSTON, J., “Construyendo Capital Comunitario”, en *Revista de la CEPAL*, n° 69, Santiago de Chile, 1999.
- DURSTON, J. “¿Qué es el Capital Social Comunitario?”, en *Serie Políticas Sociales*, Santiago de Chile, CEPAL, División de Desarrollo Social, 2000.
- DREYZIN DE KLOR, ADRIANA, “Derechos Humanos, Derecho Internacional Privado y Activismo Judicial”, en *XXXIX Curso de Derecho Internacional*, Organización de los Estados Americanos, Washington DC, 2013.
- DREYZIN DE KLOR, ADRIANA (dir.), *Restitución internacional de niñas y niños: derecho de visita*, San José de Costa Rica, Jurídica Continental, 2013.
- DREYZIN DE KLOR, ADRIANA, “Restitución internacional de menores”, en A Dreyzin de Klor (dir.), *Restitución internacional de niñas y niños. Derecho de visita*, Costa Rica, EJC, 2013.
- DUPRAT, CAROLINA, “El divorcio en el proyecto de reforma del Código Civil”, en *Microjuris*, 17/08/2012
- DUPRAT, CAROLINA, “El reconocimiento de la autonomía de la voluntad en el divorcio por la causal objetiva en la legislación de Costa Rica”, en *Revista de Derecho de Familia*, n° IV, 2013.
- DUPRAT, CAROLINA, “El respeto de la autonomía de la voluntad en la disolución del vínculo conyugal. La necesidad de una reforma en materia de divorcio”, en AAVV, *El derecho de familia en Latinoamérica*, Córdoba, Nuevo Enfoque Jurídico, 2010.
- DUTTO, RICARDO J., “La separación judicial de bienes por abandono de hecho”, en *JA* 1991-IV-194.
- DUTTO, RICARDO J., “La separación judicial de bienes por concurso del cónyuge”, en *JA* 1991-IV-48.
- ELISSETCHE, OSVALDO, “Articulación de Actores para la protección integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes. Promoción

- de Redes Intersectoriales Locales”, en *Curso Virtual Gestión Local para la Protección de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes*, Unidad Didáctica N° 4, Bs. As., Estudios y Proyectos - UNICEF, 2012-2013.
- ELISSETCHE, OSVALDO, “Documento de Proyecto”, en Informe de Sistematización Ciudades por la Educación (Fases I y II) y Fortalecimiento de Actores Locales (2009-2011).
- FAMÁ, MARÍA VICTORIA y HERRERA, MARISA, “Crónica de una ley anunciada y ansiada”, en *ADLA* 2005-E, 5809.
- FAMÁ, MARÍA VICTORIA y HERRERA, MARISA, “Una mirada crítica sobre el deber de fidelidad durante la separación de hecho”, en *elDial.com*, supl. extr. “La subsistencia del deber de fidelidad durante la separación de hecho”, 26/12/2005.
- FAMÁ, MARÍA VICTORIA; GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS; HERRERA, MARISA, “Las medidas excepcionales previstas en la ley 26.061. Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes”, en *La Ley*, 29/06/2007, 1 - LA LEY2007-D, 876.
- FAMÁ, MARÍA VICTORIA, “Incidencia de la ley 26.862 sobre acceso integral a las técnicas de Reproducción Asistida en el Derecho de Familia y de las Personas”, en *DFyP*, agosto, 2013.
- FAMÁ, MARÍA VICTORIA, “Relaciones entre abuelos y nietos”, en *Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, n° 40, julio/agosto, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2008.
- FANLO CORTÉS, ISABEL, “Los derechos del niño y las teorías de los derechos: Introducción a un debate”, en *Revista Justicia y Derechos del Niño*, n° 4, 2002.
- FANZOLATO, EDUARDO I. y ROITMAN, HORACIO, “Quiebra del cónyuge”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, n° 12, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1996.
- FANZOLATO, EDUARDO I., “Las Capitulaciones matrimoniales. Derecho argentino y derecho comparado”, en *Revista de Derecho de Familia*, n° 19, Bs. As., Editorial Lexis Nexis-Abeledo Perrot.
- FANZOLATO, EDUARDO I., *Alimentos y reparaciones en la separación y en el divorcio*, Bs. As., Depalma, 1991.
- FANZOLATO, EDUARDO I., “Comentario al art. 236”, en Bueres, Alberto (dir.) y Highton de Nolasco, Elena (coord.), *Código Civil y normas complementarias*, T. Ib, 1ª ed. 3ª reimp., Bs. As., Hammurabi, 2007.
- FANZOLATO, EDUARDO I., “Prestaciones compensatorias y alimentos entre ex cónyuges”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2001-I, Bs. As., Rubinzal-Culzoni, 2001.
- FARNÓS AMORÓS, E., *Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*, Barcelona, Atelier, 2011.
- FARRELL, MARTÍN D., *Privacidad, autonomía y tolerancia. Ruidos disonantes en ética*, Bs. As., Hammurabi, 2000.
- FARSIDES, B. y SCOTT, R., “No small matter for some: practitioners views on the moral status and treatment of human embryos”, en *Medical Law Review*, n° 20, winter 2012, pp. 90/107.
- FASSI, SANTIAGO C. y BOSSERT, GUSTAVO A., *Sociedad conyugal*, Bs. As., Astrea, 1978.
- FELLINI, ZULITA, “Aplicación directa de la Convención sobre los Derechos del Niño”, en *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, n° III, 2004.

- FENOUILLET, DOMINIQUE y VAREILLES-SOMMIÉRES, PASCAL (dirs.), *La contractualisation de la famille*, París, Económica, 2001.
- FERNÁNDEZ DEL MORAL DOMÍNGUEZ, LOURDES, *Autonomía privada y testamento en el derecho común. Contribución al estudio de las disposiciones testamentarias atípicas*, Granada, Comares, 1996.
- FERNÁNDEZ, SILVIA y KREBS, MARÍA GUILLERMINA, “La mayoría de edad en el final de la vida. Adultos mayores. ¿Autonomía regresiva? necesidad de graduación de la capacidad civil”, en *Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, n° 51, Abeledo-Perrot.
- FERRONI, LANFRANCO (dir.), *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata*, Napoli, Scientifiche Italiane, 2002.
- FLEITAS ORTIZ de ROZAS, ABEL y RÓVEDA, EDUARDO G., *Manual de Derecho de Familia*, Lexis Nexis, 2004.
- FLEITAS ORTIZ de ROZAS, ABEL y ROVEDA, EDUARDO G., *Régimen de bienes del matrimonio*, Bs. As., La Ley, 2001.
- FORO PARA una NUEVA GOBERNANZA MUNDIAL (FNGM) “Los principios de la gobernanza: Guía para la elaboración de propuestas sobre la gobernanza mundial” [en línea], <http://www.world-governance.org>
- FRANCO, LUIGI, *Autonomia della famiglia e identità personale. Tra sovranità interna e sussidiarietà performativa europea*, Napoli, Scientifiche Italiane, 2012.
- FREEDMAN, DIEGO, “Abordaje preliminar de la Convención sobre los Derechos del Niño y su impacto en las prácticas”, en *Curso Virtual Gestión Local para la Protección de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes*, Unidad Didáctica N° 1, Bs. As., Estudios y Proyectos - Unicef, 2012-2013.
- FREEDMAN, DIEGO “Consecuencias del interés superior del niño en los derechos sociales de la infancia”, 2011 [en línea], <http://www.juramentum.org/topics/latina>
- FUAD ZARBIYEV, “Judicial Activism in International Law - A conceptual framework for analysis”, en *Journal of International Dispute Settlement*, n° 2, 2012, pp. 1/32.
- FUCCILLO, GUIDO (dir.), *Autonomia negoziale tra libertà e controlli*, Napoli, Scienfiche italiane, 2002.
- GALIANO MARITAN, G., “La convención de los derechos del niño como tratado de derechos específicos de la niñez y la adolescencia”, en *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, [en línea] www.eumed.net/rev/cccss/19/, consultado en marzo 2012.
- GALLICCHIO, ENRIQUE, *Concepción, Aplicación y Resultados del Empoderamiento en Latinoamérica, Teorías del Desarrollo y Desarrollo Local en América Latina*, Documento Temático N° 2, Montevideo, Programa Desarrollo Local - CLAEH, 2002.
- GARAY, O. E., “Cobertura, igualdad e inclusión en la ley de fertilización humana asistida”, en *Revista Jurídica La Ley*, 01/07/2013.
- GARBERÍ LLOBREGAT, JOSÉ, *El Derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Barcelona, Bosch, 2008.
- GARCÍA TRASCASAS, ASCENSIÓN, “Mayores y trabajo asalariado: de la jubilación forzosa a la prolongación de la vida activa”, en Alonso Pérez, Martínez Gallego y Reguero Celada (coords.), *Protección Jurídica de los Mayores*, Madrid, LL-Actualidad SA, 2004.

- GAUTHIER, DAVID, *La moral por acuerdo*, trad. de Alciria Bixio, Madrid, Gedisa, 2000.
- GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, 3ª edición, Bs. As., La Ley, 2005.
- GEROSA LEWIS, RICARDO T., “El derecho a la igualdad de derechos. Las protecciones especiales y las medidas de acción positiva en la Constitución de la Pcia. de Chubut”, en *LL Patagonia*, 2004.
- GERRIS, J.; DE SUTTER, P.; DE NEUBOURG, D., et al., “A real-life prospective health economic study of elective single embryo transfer versus two-embryo transfer in first IVF/ICSI cycles”, en *Hum Reprod* 2004, 19 (4).
- GERRIS, J., “The near elimination of triplets in IVF”, en *Reprod BioMed Online* 2007, 15 (3).
- GEWÜRZMANN, GUSTAVO, “Representación social de la vejez y patología familiar”, en *Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, n° 40, julio/agosto, 2008, Bs. As., Abeledo-Perrot.
- GIBERTI, EVA, “La diversidad en las organizaciones familiares. ¿Cómo se conjuga con la bioética?”, en *Revista Derecho de Familia*, n° 55, julio de 2012.
- GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS; FAMÁ, MARÍA VICTORIA y HERRERA, MARISA, *Derecho Constitucional de Familia*, Bs. As., Ediar 2006.
- GIORGINI, ERIKA, *Ragionevolezza e autonomia negoziale*, Napoli, Scienteifiche italiane, 2010.
- GIROTTI, SOFÍA V., “Una mirada renovada sobre el requerimiento temporal del art. 215”, en *CC Revista Derecho de Familia*, n° 15.
- GOMES DA COSTA, ANTONIO CARLOS, *Estatuto da crianza e do adolescentes comentado. Comen- tarios jurídicos y sociales*, Brasil, Maleheciros Editores, 1992.
- GONZÁLEZ DEL POZO, JUAN, “Algunas consideraciones sobre el régimen de visitas, los puntos de encuentro familiar y la orden de alejamiento”, en *Diario La Ley España*, n° 6998, 28 de julio de 2008.
- GONZÁLEZ VALENZUELA, J., *Genoma humano y dignidad humana*, Barcelona, Anthropos, 2005.
- GONZÁLEZ VICEL, MARIELA, “El rol del juez de familia en el derecho proyectado”, en *Revista de Derecho Privado*, año II, n° 6, Bs. As., Infojus, 2014.
- GONZÁLEZ, MARCELA, “Uniones convivenciales: Proyecto de reforma del Código Civil y Comercial de la Nación. Principios constitucionales. Autonomía de la voluntad y orden público, tensión-armonización”, en *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Derecho de Familia*, n° 61, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2013.
- GORGONI, ANTONIO, *Accordi traslativi e crisi coniugale*, Milano, Giuffrè, 2009.
- GOWLAND, ALBERTO J., “El concurso: desafortunada reaparición en la ley 23.515 de una desaparecida causal de separación de bienes (dos sentencias coincidentes)”, en *ED* 153-463.
- GRAHAM, MARISA, “El Caso Fornerón: Reproche Ético. Reproche Jurídico Los desafíos del Derecho de Familia del siglo XXI”, en *Los desafíos del Derecho de Familia del siglo XXI. Homenaje a la Dra. Nelly Minyersky*, enero de 2011, [en línea] http://www.infojus.gov.ar/doctrina/dacf110150-graham-caso_forneron_reproche_etico.htm;jsessionid=1gev2dewq8yz2z355idnwfthv?0

- GRAIEWSKI, M. J. “Restitución internacional de menores. Límites al conocimiento de los jueces: un fallo con matices interesantes”, en *DFyP* 2013 (mayo).
- GRIMALDI, MICHEL, “Sociedad y Empresa familiar”, en Kemelmajer de Carlucci, Aída (coord.), *El derecho de Familia y los nuevos paradigmas*, Bs. As., Rubinzal-Culzoni Editores, 2000, t. II,
- GRIMALDI, MICHEL, “*Succession et contrat*”, en Fenouill, Dominique y Vareilles-Sommières, Pascal (dirs.), *La contractualisation de la famille*, París, Económica, 2001.
- GRONDONA, MAURO, *Diritto dispositivo contrattuale. Funzioni, usi, problemi*, Torino, Giappichelli, 2011.
- GROSMAN, CECILIA P. y HERRERA, MARISA, “Una intersección compleja: Ancianidad, abuelidad y Derecho de Familia”, en Lloveras y Herrera, (dirs.), *Los Derechos Humanos en las relaciones familiares*, Córdoba, Nuevo Enfoque, 2010.
- GROSMAN, CECILIA P. y MESTERMAN, SILVIA, *Maltrato al menor: El lado oculto de la escena familiar*, Bs. As., Ediciones Universitarias, 1992.
- GROSMAN, CECILIA P., “Alimentos entre convivientes”, en *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Derecho de Familia*, Bs. As., n° 23, Abeledo-Perrot.
- GROSMAN, CECILIA P., “El cuidado compartido de los hijos después del divorcio o separación de los padres: ¿utopía o realidad posible?”, en Kemelmajer de Carlucci, Aída y Pérez Gallardo, Leonardo B., *Nuevos perfiles del Derecho de Familia*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2006.
- GROSMAN, CECILIA P., “La tenencia compartida después del divorcio. Nuevas tendencias en la materia”, en *Revista Jurídica La Ley*, Bs. As., 1984-B.
- GROSMAN, CECILIA P., “Políticas de cuidado y experiencias de cuidadoras: factores que contribuyen a la marginación”, en Pautassi y Zibecchi (coords.), *Las fronteras del cuidado*, Bs. As., Editorial Biblos, 2013.
- GROSMAN, CECILIA P., “Tendencias actuales en el derecho alimentario de los cónyuges divorciados”, en *LL* 1982-A.
- GUAGLIANONE, AQUILES H., *Régimen patrimonial del matrimonio*, t. I, n° 9.
- GUASTAVINO, ELÍAS P., “Los gananciales del fallido y el enigma del art. 1294 del Código Civil”, en *ED* 160-71.
- GUILARTE, MARTÍN y CALERO CRISTINA, “Las donaciones por razón de matrimonio” en Izquierdo Tolsada, Mariano y Cuenca Casas, Matilde (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia*, España, Editorial Aranzadi, 2011, vol. III.
- GUILARTE, MARTÍN y CALERO, CRISTINA, “La atribución de la guarda y custodia de menores y el régimen de comunicación y estancia en los supuestos de violencia de género”, en De Hoyos Santo, Montserrat (dir.), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género*, Valladolid, Lex Nova, 2009.
- GUTIÉRREZ DEL MORAL, MARÍA JESÚS, “El derecho a no contraer matrimonio”, en AA.VV., *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el derecho comparado, Actas del IX Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado*, Bilbao, Universidad del País Vasco, 2000.
- HELMERHORST, F. M.; PERQUIN, D. A. M.; DONKER, D. y KEIRSE, M. J. N. C., “*Perinatal outcome of singletons and twins after assisted conception: a systematic review of controlled studies*”, en *BMJ* 2004, 328 (7434).

- HERMITTE, M. A., “*Le corps hors du comerse, hors du marché*”, en *Arch. du Philosophie du Droit*, 1970, t. 33.
- HERRERA, D. A. y LAFFERRIERE, J. N., “¿Hacia un positivismo judicial internacional? Reflexiones sobre un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la relativización del derecho a la vida”, en *La Ley*, Sup. Const.” 2013 (abril), 16, 2013-B.
- HERRERA, MARISA (dir.), CULACIATI, MARTÍN y RODRÍGUEZ ITURBURU, MARIANA (coords.), *Teoría y práctica del derecho de familia de hoy*, Bs. As, Edudeba, 2012.
- HERRERA, MARISA y DE LA TORRE, NATALIA, “Protección Integral, Familias, Ley y Derechos”, en *Curso Virtual Gestión Local para la Protección de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, Unidad Didáctica N° 2*, Bs. As., Estudios y Proyectos - UNICEF, 2012-2013.
- HERRERA, MARISA; GIL DOMÍNGUEZ; FAMÁ, *Derecho Constitucional de Familia*, Buenos Aires, Ediar, 2006.
- HERRERA, MARISA y LAMM, ELEONORA, “Cobertura médica de las técnicas de reproducción asistida. Reglamentación que amplía el derecho humano a formar una familia”, en *Revista Jurídica La Ley*, 1, La Ley 2013-D, 1037, 31/07/2013.
- HERRERA, MARISA y LAMM, ELEONORA, “La fuerza de la realidad: la reciente ley de técnicas de reproducción humana asistida del Uruguay”, en *Revista Jurídica La Ley*, 02/12/2013.
- HERRERA, MARISA; KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA y LAMM, ELEONORA, “Filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en el anteproyecto de código civil”, en *JA*, n° II, 2012.
- HERRERA, MARISA; KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA y LAMM, ELEONORA, “Los criterios de la determinación de la filiación en crisis”, en Gómez De La Torre, M. (dir.) y Lepin, C. (coord.), *Reproducción Humana Asistida, Santiago de Chile*, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Chile, 2012.
- HERRERA, MARISA; KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA y LAMM, ELEONORA, “Filiación y homoparentalidad. Luces y sombras de un debate incómodo y actual”, en *LL* 2010-E-977.
- HERRERA, MARISA; KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA y LAMM, ELEONORA, “Gestación por sustitución en Argentina. Inscripción judicial del niño conforme a la regla de la voluntad procreacional”, en *LL*, 11/07/2013.
- HERRERA, MARISA; KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA y LAMM, ELEONORA, “Regulación de la gestación por sustitución”, en *LL*, t. E, 2012.
- HERRERA, MARISA y SPAVENTA, VERÓNICA, “Vigilar y castigar... : El poder de corrección de los padres”, en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año X.
- HERRERA, MARISA, “Autonomía, capacidad y participación en el ejercicio de derechos personalísimos de niños, niñas y adolescentes a un lustro de la ley 26.061” en Flah, Lily (dir.), Fodor, Sandra y Del Arbol, Mabel (coords.), *Los Desafíos del derecho de Familia en el siglo XXI. Derechos Humanos. Bioética. Relaciones Familiares. Problemáticas Infanto-Juveniles. Homenaje a la Dra. Nelly Minyersky*, Bs. As., Editorial Errepar, 2011.
- HERRERA, MARISA, “La familia en la Constitución 2020. ¿Qué famili@?”, en AAVV, Roberto Gargarella (coord.), *Constitucionalismo 2020*, Buenos Aires, Editores Siglo XXI, 2011.
- HERRERA, MARISA, “La ley de cobertura médica para los tratamientos de reproducción

asistida. Saldando deudas”, en *Revista Jurídica La Ley*, 10/06/2013.

HERRERA, MARISA, “La lógica de la legislación proyectada en materia de familia. Reformar para transformar”, en *Revista Derecho Privado*, año II, número 6, Buenos Aires, Ediciones Infojus, 2013.

HERRERA, MARISA “Nuevas Tendencias en el Derecho de Familia de hoy. Principios, bases y fundamentos”, en *Microjuris* MJ-DOC-5595-AR | MJD5595.

HERRERA, MARISA, “Perspectivas contemporáneas sobre el divorcio en el derecho comparado. Una mirada desde afuera para una revisión crítica hacia adentro”, en *RDF*, n° 44, 2009.

HITTERS, JUAN CARLOS y FAPPIANO, OSCAR L., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, 2ª ed., T. I, vol. I, Buenos Aires, Ediar, 2007.

HOFFMAN, D. I.; ZELLMAN, G. L.; FAIR, C. C.; MAYER, J. F.; ZEITZ, J. G.; GIBBONS, W. E. *et al.*, “Cryopreserved embryos in the United States and their availability for research”, en *Fertil Steril* 2003, 79.

HOOFT, PEDRO F., “El respeto a la autonomía personal en la atención psiquiátrica: perspectivas bioéticas y jurídicas”, en *JA*, 2000-IV-1055.

HOOFT, PEDRO F., “La bioética y el derecho de familia en las fronteras de la vida. El respeto a la libertad personal y las directivas anticipadas”, en *Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, n° 40, julio/agosto 2008.

HOLLWECK, MARIANA, “Divorcio vincular. Interpretación de los arts. 437 y 438 del Proyecto”, en *Revista Persona y Derecho de Familia*, julio, 2012.

HUSNI, ALICIA y RIVAS, MARÍA FERNANDA, *Familias en litigio. Perspectiva psicosocial*, Bs. As., Lexis-Nexis, 2007.

IBARLUCÍA, EMILIO, “Unión convivencial y autonomía personal en el Proyecto de Código”, en *La Ley*, 08/02/2013, 1, La Ley, 2013-A.

IGLESIAS, MARIANA B., “Los derechos sucesorios del conviviente”, en *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Derecho de Familia*, n° 60, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2013.

INTERNATIONAL FEDERATION of GYNECOLOGY AND OBSTETRICS (FIGO), *Committee for the Ethical Aspects of Human Reproduction and Women's Health, Recommendations: definition of pregnancy*, London, FIGO, 2003.

JAGGLI, MARISA Andrea, “El niño y la familia extendida”, Foro de Córdoba, año XIV, n° 83, 2003.

JAYME, ERIK, “*Identité culturelle et intégration: Le droit internationale privé postmoderne - Cours général de droit international privé 1995*”, en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, París, 1995, II.

JEMOLO, ARTURO Carlo, “La famiglia e il diritto”, en *Annali del seminario giuridico dell'Università de Catania*, 1948.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.; HERRERA, M. y LAMM, E., “El embrión no implantado. Proyecto de Código unificado. Coincidencia de la solución con la de los países de tradición común”, en *Revista Jurídica La Ley*, 10/07/2012, La Ley 2012-D, 925.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., “La bioética en el Ante proyecto de Código civil y Comercial de la nación de 2012”, en *JA* 2012-IV-1215/1244.

- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.; HERRERA, M. y LAMM, E., “Con el impulso de la ciencia”, en *Diario La Nación*, 27/09/2012, [en línea] <http://www.lanacion.com.ar/1511918-con-el-impulso-de-la-ciencia>
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.; HERRERA, M. y LAMM, E., “El embrión no implantado. El Proyecto de Código y su total consonancia con la CIDH”, en *Revista La Ley*, 28/12/2012, La Ley 2013-A, 907.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA y HERRERA, MARISA, “El principio de no discriminación en una reciente sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una cuestión en movimiento desde el ámbito regional y una responsabilidad desde el ámbito estatal”, en *La Ley*, 06/07/2010, La Ley, 2010-D, 282.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA (dir.) y HERRERA, MARISA (coord.), *La familia en el nuevo derecho*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2009.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI AÍDA y MOLINA DE JUAN, MARIEL F. (dirs.), *Alimentos*, Tomo I, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2014.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, “El derecho de familia en la República Argentina en los inicios del siglo XXI. Su inexorable proceso de constitucionalización y adecuación a los tratados internacionales de derechos humanos”, en *Revista de Derecho Comparado. Derecho de Familia II*, n° 10, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2005.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, *El nuevo derecho de familia*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Facultad de Ciencias Jurídicas, Grupo Editorial Ibáñez, 2010.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, “Las personas ancianas en la jurisprudencia argentina. ¿Hacia un derecho de la ancianidad?”, en Aída Kemelmajer de Carlucci y Leonardo B. Pérez Gallardo (coords.), *Nuevos perfiles del Derecho de Familia. Homenaje a la profesora Dra. Olga Mesa Castillo*, Bs. As., Rubinzal-Culzoni, 2006.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, *Primeras aproximaciones al tema insolvencia y régimen de bienes en el matrimonio*, Academia Nacional de Derecho, 2001.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, “Prólogo”, en Acedo Penco, Ángel y Pérez Gallardo, Leonardo, *El divorcio en el derecho iberoamericano*, Madrid, Ed. Reus y Asociadas, 2009.
- KIELMANOVICH, JORGE, *Procesos de familia*, Bs. As., Abeledo Perrot, 1998, p. 14.
- KIELMANOVICH, JORGE, *Derecho procesal de familia*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2008.
- KIPP, THEODOR y WOLFF, MARTÍN, *Derecho de Familia*, 20ª ed., Barcelona, Editorial Bosch, 1953, t. V, vol. I.
- KRASNOW, ADRIANA N., “La filiación y sus fuentes en el Proyecto de Reforma al Código Civil y Comercial de la Nación”, en *DFyP*, n° 9, octubre, 2013.
- KRASNOW, ADRIANA, “Las uniones convivenciales”, en Rivera, Julio C. (dir.) y Medina, Graciela (coord.), *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2012, p. 371 y ss.
- KRAUT, ALFREDO J., *Los derechos de los pacientes*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1997.
- KUNDERA, MILAN, *Los testamentos traicionados*, Bs. As., Fábula Tusquets, 2004.
- LABROUSSE RIOU, C., *Écrits de bioéthique*, París, PUF, 2007.
- LAMM, ELEONORA, “La custodia de embriones en la jurisprudencia del tribunal europeo de

- derechos humanos. A propósito del caso Evans contra el Reino Unido”, en *Revista catalana de dret públic*, n° 36, 2008.
- LAMM, ELEONORA, “La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en el Anteproyecto de Código Civil”, en *JA*, 2012-II-1340.
- LÉCUYER, HERVÉ, “*Mariage et contrat*”, en Fenouillet, Dominique y Vareilles-Sommières, Pascal (dir.), *La contractualisation de la famille*, París, Económica, 2001.
- LEMA AÑON, CARLOS, “Justicia y Salud con las personas mayores. Etarismo y Antietarismo como criterios de justicia”, en Blázquez, Martín, *Los Derechos de las Personas Mayores*, Madrid, Dickinson, 2006.
- LEMAITRE RIPOLL, JULIETA, “¿Constitución o barbarie? Cómo repensar el derecho en las zonas ‘sin ley’”, en Rodríguez Garavito, César (coord.), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Bs.As., Siglo XXI Editores, 2011.
- LEPIN MOLINA, CRISTIÁN LUIS, *La compensación económica. Efecto patrimonial de la terminación del matrimonio*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2010.
- LLAMAZARES FERNÁNDEZ, DIONISIO, “Libertad de conciencia y matrimonio”, en AAVV, *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el derecho comparado, Actas del IX Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado*, Bilbao, Universidad del País Vasco, 2000.
- LLAMBÍAS, JORGE J., *Código Civil Anotado*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1978, t. II.
- LLOVERAS, NORA y RÍOS JUAN PABLO, “El divorcio incausado en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación del año 2012”, en *Microjuris*, 20/08/2013.
- LLOVERAS, NORA y SALOMÓN, MARCELO, *El derecho de familia desde la Constitución Nacional*, Editorial Universidad, 2009.
- LLOVERAS, NORA, “Comentario a la ley 11.357. Ampliación de la capacidad civil de la mujer”, en Bueres (dir) y Highton (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, t. 7, Normas Complementarias, Bs. As., Hammurabi, 2011.
- LLOVERAS, NORA, “El divorcio en el Anteproyecto de Código Civil”, en Kemelmajer de Carlucci y Herrera (coords.), *El Derecho de Familia en el Anteproyecto de Código Civil*, en *JA*, número especial, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2012-II, 20/06/2012.
- LLOVERAS, NORA, “Libertad con responsabilidad y solidaridad. La regulación de las uniones convivenciales”, en *Revista de Derecho Privado*, año II, n° 6, setiembre, Bs. As., Ediciones Infojus, 2013.
- LÓPEZ ÁGUILAR, JUAN FERNANDO, *Derechos fundamentales y libertad negocial*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1990.
- LÓPEZ DEL CARRIL, LUIS M., “El divorcio en el Proyecto de reforma”, Columna de Opinión, en *La Ley*, 12/09/2012.
- LOYARTE, DOLORES y ROTONDA, ADRIANA E., “La separación de hecho y la necesidad del asentimiento conyugal”, en *LL* 1994-D-227.
- LUCERO, M. y ECHEGARAY DE MAUSSION, C., “El derecho de visita y custodia de los hijos”, en A. Dreyzin de Klor (dir.), *Restitución internacional de niñas y niños. Derecho de visita*, Costa Rica, EJC, 2013.
- LUQUIN BERGARECHE, RAQUEL, “Los puntos de encuentro familiar de Navarra: Fundamento jurídico, marco normativo, actualidad y

- perspectivas de evolución”, en *Revista jurídica de Navarra*, n° 52, julio-diciembre, 2011.
- MADOERY, OSCAR, “El Proyecto Político Local como alternativa de Desarrollo”, en *Revista Política y Gestión*, volumen 2, Rosario, Ed. Homo Sapiens, 2001.
- MANILI, PABLO, “El activismo (bueno y malo) en la jurisprudencia de la Corte Suprema”, en *LL*, 2006-D:1285.
- MANTELLI, MARCO, *Autonomia dei privati e principio de non discriminazione*, Napoli, Scientifiche italiane, 2008.
- MARÍN LÓPEZ, MANUEL, en Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 2ª ed., t. I, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006.
- MARINONI, LUIZ GUILHERME, *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*, Lima, Palestra, 2007.
- MARINONI, LUIZ GUILHERME, *Tutelas urgentes y tuteladas preventivas*, Lima, Communitas, 2010.
- MARRAMA, SILVIA, “Una sugerencia acerca de la Reforma del Código Civil”, en *ED* 247-631.
- MARTÍNEZ ESCRIBANO, CELIA, “Las capitulaciones matrimoniales”, en Izquierdo Tolsada, Mariano y Cuenca Casas, Matilde (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia*, vol. III.
- MARTINOLI URIONDO, E., “La doctrina de la Corte Suprema en materia de restitución internacional de menores”, en A. Uriondo de Martinoli (dir.), *Estudios de jurisprudencia. Temas de Derecho internacional privado*, Córdoba, Lerner Editora S.R.L., 2011.
- MASTRÁNCEO, F., “Eficacia de las reglas aplicables a la protección de menores en el marco de la integración. ¿Son efectivamente protectoras las normas vigentes en materia de restitución internacional de menores en el bloque regional?”, en A. Dreyzin de Klor (dir.), *Restitución Internacional de niñas y niños. Derecho de visita*, Costa Rica, EJC, 2013.
- MATERA, PIERLUIGI, *Il patto di famiglia. Un studio di diritto interno e comparato*, Torino, Giappichelli, 2012.
- MAUTONE, MARCOS ACLE, “El principio de igualdad y no discriminación en la vejez y la introducción de la perspectiva de edad”, en Sandra Huenchuan (ed.), *Los derechos de las personas mayores en el siglo XXI*, México, CEPAL, 2012.
- MAZZINGHI, JORGE A., “Breve reflexión sobre la fecundación in vitro”, en *La Ley*-1978-C-993.
- MAZZINGHI, JORGE A., *Tratado de Derecho de Familia*, 4ª ed., n° 373, Bs.As., La Ley, 2006.
- MEDINA, GRACIELA y GONZÁLEZ MAGAÑA, I., “Ley nacional sobre fertilización asistida. Análisis doctrinario y jurisprudencial”, en *Revista Jurídica La Ley*, 17/06/2013.
- MEDINA, GRACIELA y HOLLWECK, MARIANA, “Importante precedente que acepta el régimen de tenencia compartida como alternativa frente a determinados conflictos familiares”, en *Revista Jurídica La Ley*, Bs. As., 2001-1425.
- MEDINA, GRACIELA, “Efectos de la ley con relación al tiempo en el Proyecto de Código”, en *LL*, 2012-E, 1302.
- MEDINA, GRACIELA, “Elección del régimen de bienes en el matrimonio. Límites y proyectos de reformas del Código Civil”, en *LL* 1999-E, 1050.
- MEDINA, GRACIELA, “El régimen patrimonial del matrimonio en la reforma al Código Civil y Comercial”, en *DFyP* 2012 (noviembre), *LL*, 01/11/2012.

- MEDINA, GRACIELA, “Las Diez Grandes Reformas al derecho de Familia en el Proyecto de Código Civil y Comercial 2012”, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, año 4, n° 6, julio de 2012.
- MEKKI, MUSTAPHA, “*LMintérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*”, n° 1136, París, LGDJ, 2004.
- MÉNDEZ COSTA, MARÍA JOSEFA y D’ANTONIO, DANIEL HUGO, *Derecho de Familia*, Santa Fe, Rubinzal, t. I.
- MÉNDEZ COSTA, MARÍA JOSEFA, “Adultos incapaces en la legislación argentina proyectada”, en *Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, n° 31, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2005.
- MÉNDEZ COSTA, MARÍA JOSEFA, “Dos importantes cuestiones sobre sociedad conyugal, separación de hecho y divorcio por presentación conjunta”, en *LL* 1980-D-234.
- MÉNDEZ COSTA, MARÍA JOSEFA, “La mala administración y el concurso o quiebra de un cónyuge como causales de disolución de la sociedad conyugal”, en *Revista del Notariado*, n° 744, nov.-dic, 1975.
- MÉNDEZ COSTA, MARÍA JOSEFA, *Los Principios jurídicos en las relaciones de Familia*, Bs. As., Rubinzal-Culzoni, 2006.
- MÉNDEZ COSTA, MARÍA JOSEFA, *Visión Jurisprudencial de los alimentos*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2000.
- MERCER, B. S., “*Embryo adoption: where are the laws?*”, n° 26, en *Journal of Juvenile Law* 73, 2006.
- MILLÁN, FERNANDO y MERLO, LEANDRO, “Nuevo régimen de alimentos. Particularidades de la Obligación alimentaria alcanzada la mayoría de edad”, en MJ-DOC-4955-AR/ MJD4955, 28/10/2010.
- MILLÁN, LILIANA L. STARÓPOLI, MARÍA DEL CARMEN, “El ocaso del matrimonio y la impronta del concubinato”, en *DFyP* 2013 (junio), 01/06/2013, 6.
- MINERVINI, ENRICO (dir.), *Il patto di famiglia*, Milano, Giuffrè, 2006.
- MINYERSKY, NELLY y HERRERA, MARISA, “Autonomía, capacidad y participación a la luz de la ley 26.061”, en Emilio García Méndez (comp.), *Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Análisis de la Ley 26.061*, Bs. As., Fundación Sur-Editores del Puerto, 2006.
- MIRALLES GONZÁLEZ, ISABEL, *La compensación económica por razón de trabajo en el Libro segundo del Código civil de Cataluña: algunas cuestiones civiles y fiscales en Indret 1/12*, Barcelona, 2012 [en línea], http://www.indret.com/pdf/871_es.pdf
- MIZRAHI, MAURICIO L., “El régimen de alimentos para cónyuges divorciados y los acuerdos en el divorcio consensual”, en *LL*, n° 148, 1997-D-1163.
- MIZRAHI, MAURICIO L., *Familia, matrimonio y divorcio*, Bs. As., Astrea, 1998.
- MIZRAHI, MAURICIO L., “Interés familiar”, en Lagomarsino y Salerno (dirs.), *Enciclopedia de Derecho de familia*, Bs. As., Universidad, 1992.
- MIZRAHI, MAURICIO L., “Regulación del matrimonio y el divorcio en el Proyecto”, en *LL*, t. D, 2012.
- MOCCIOLA, MICHELE, “*Problemi del risarcimento del danno in forma specifica nella giurisprudenza*”, en *Rivista Critica del Diritto Privato*, Bologna, il Mulino, 1984.

- MOLINA DE JUAN, MARIEL, “Compensaciones económicas en el divorcio. Una herramienta jurídica con perspectiva de género”, en *Revista de Derecho de Familia*, n° 57, noviembre, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2012.
- MOLINA DE JUAN, MARIEL, “Las uniones convencionales en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, en *Revista jurídica electrónica Cuestión de derechos, Asociación por los derechos civiles*, n° 3, 2° semestre de 2012 [en línea], <http://www.cuestiondederechos.org.ar/pdf/numero3/Numero%203%20-%20Articulo%205.pdf>
- MOLINA DE JUAN, MARIEL, “Las uniones convivenciales en el Proyecto de Reforma del Código Civil. No será lo mismo casarse que no casarse”, en *eDial.com* DC1B15
- MONDEJAR PEÑA, ISABEL, “La obligación de alimentos entre parientes como medio privado de satisfacción de las necesidades ante los procesos de envejecimiento de la población española. Análisis actual y tendencias de futuro”, en *La protección de las personas mayores*, Madrid, Tecnos, 2007.
- MONTERO AROCA, JUAN, *El derecho de visita en los procesos matrimoniales*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2002.
- MORELLO, AUGUSTO M., *El proceso justo*, La Plata, Librería Editora Platense, 1994, p. 246.
- MORELLO, AUGUSTO M., “La cautela satisfactiva”, en *JA* 1995-IV-414.
- MORELLO, AUGUSTO M., “La senectud de cara al derecho”, en *LL* 2002-E, 1211.
- MORELLO, AUGUSTO M., “La teoría de la imprevisión y la revisión del contrato”, en *JA* 1976-I-678.
- MORELLO, AUGUSTO M., “Un nuevo modelo de justicia”, en *LL* 1986-C, 800.
- MORENO DE UGARTE, GRACIELA, “Las Capitulaciones Matrimoniales en el Proyecto de Reformas Del Código Civil”, en *Revista Derecho de Familia*, n° 60.
- MORIN, E., *Introducción al pensamiento complejo*, Barcelona, Gedisa, 1990.
- MORTE BARRACHINA, ELENA y LILA MURILLO, MARISOL, “La alternativa al conflicto: Punto de Encuentro Familiar”, en *Intervención Psicosocial*, n° 3, vol. 16, 2007.
- MUIR-WATT, HORATIA, “*Private International Law as Global Governance: Beyond the Schism, from Closet to Planet*” [en línea], http://works.bepress.com/horatia_muir-watt/2/
- MURGO, CATERINA, *Mautonomia negoziale nella crisi della famiglia*, Milano, Giuffrè, 2006.
- NACIONES UNIDAS, *Objetivos de desarrollo del Milenio. Una mirada desde América Latina y el Caribe* (LC/G.2331-P), Santiago de Chile, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), 2005.
- NAJURIETA, MARÍA SUSANA, “La restitución internacional de menores y el principio del interés superior del niño”, en *JA*, 2006-I-43.
- NINO, CARLOS, *Ética y derechos humanos*, Bs. As., Astrea, 1989.
- NÚÑEZ ZORRILLA, MARÍA DEL C., *El contrato de alimentos vitalicio: configuración y régimen jurídico*, Madrid, Marcial Pons, 2003.
- OBERTO, GIACOMO, *Il patto di famiglia*, Padova, Cedam, 2006.
- OMBELET, W.; De SUTTER, P.; VAN DER ELST, J. y MARTENS, G., “*Multiple gestation and infertility treatment: registration, reflection and reaction - the Belgian project*”, en *Hum Reprod Update* 2005a, 11 (1).

- ORDÓÑEZ-SOLÍS, DAVID, “Los Jueces Europeos en una Sociedad Global: Poder, Lenguaje y Argumentación”, vol. 1, EJLS n° 2 [en línea], <http://www.ejls.eu/2/27ES.pdf>
- ORTÍZ DE ROSAS, ABEL y ROVEDA, EDUARDO, *Régimen de Bienes del Matrimonio*, Bs. As., La Ley, 2004.
- ORTIZ, DIEGO, “Las nuevas parejas LAT (‘living apart together’) en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, en *Microjuris*, 29/11/2012.
- ORTUÑO MUÑOZ, PASCUAL, “Cuando la familia llega al Juzgado. Los regímenes de visitas conflictivos: importancia de la mediación y de los puntos de encuentro”, en *Jornadas sobre los puntos de encuentro y violencia familiar*, Zaragoza, noviembre de 2006.
- OTERO, MARIANO, *Tenencia y régimen de visitas*, Bs. As., La Ley, 2012.
- PALAZZO, ANTONIO, *Autonomia contrattuale e successioni anomale*, Napoli, Jovene, 1983.
- PARDO, MARÍA LAURA, *Derecho y lingüística. Cómo se juzga con palabras*, Bs. As., Nueva Visión, 1992.
- PAUTASSI, LAURA, “Contingencias resignificadas. Nuevos desafíos de las políticas públicas para adultos mayores”, en *Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, n° 40, julio/agosto, Bs. As., Abeledo-Perrot.
- PELLEGRINI, MARÍA V., “Las uniones convivenciales en el anteproyecto de Código civil”, en *JA*, n° 31, 2012-II-1255 y ss.
- PELLEGRINI, MARÍA VICTORIA, “Las uniones convivenciales en el Anteproyecto de Código Civil”, en *SJA* 2012/06/20-3, JA 2012-II-1255.
- PELLEGRINI, MARÍA VICTORIA, “Matrimonio y uniones convivenciales en el Proyecto de Re-
- forma: el reconocimiento jurídico de diversas formas familiares”, en *Revista jurídica electrónica Cuestión de derechos: La reforma del Código Civil*, Asociación por los derechos civiles, n° 3, 2° semestre de 2012, [en línea] <http://www.cuestiondederechos.org.ar/pdf/numero3/Numero%203%20-%20Articulo%206.pdf>
- PEÑA YÁÑEZ, MARÍA ÁNGELES, “Intervención de los equipos técnicos y punto de encuentro familiar”, [en línea] www.uhu.es/TE_mediacionfamiliar/archivos/ARTICULOS.pdf, consultado el 17/09/2013.
- PEPE, ALESSADRO, “*Convenzioni matrimoniali-Comunione convenzionale-Separazione dei beni*”, en *Riv. La Nuova Giurisprudenza civile commentata*, 2ª parte, 1991.
- PÉREZ MANRIQUE, Ricardo C., “El Interés Superior del Niño en el Convenio de la Haya de 1980. Orientaciones para su interpretación”, en *Revista Derecho de Familia*, n° 56, Abeledo-Perrot, 2012.
- PÉREZ MARTÍN, ANTONIO J., “La ejecución de las resoluciones dictadas en los procesos de familia”, en *Tratado de derecho de familia*, 3ª ed., t. III, Valladolid, Lex-Nova, 2013.
- PEREZNIETO CASTRO, LEONEL, “El futuro del DIPr en México”, en *Revista Mexicana de DIPr y Comparado*, AMEDIP, n° 17, 2005.
- PEREZNIETO CASTRO, LEONEL, “Tratados internacionales. Incorporados al Derecho Nacional. Su análisis de inconstitucionalidad comprende el de la norma interna”, en *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, n° 22, AMEDIP, México DF, 2008.
- PETTIGIANI, EDUARDO, J., “Familia y justicia (hacia una realización del derecho justicial material en el derecho de familia)”, en *RDF* 1999-14-51.

- PETRONI-MAUDIERE, NICOLE, *Le déclin du principe de l'immuabilité des régimes matrimoniaux*, Limoges, Presses Universitaires de Limoges, 2004.
- PEYRANO *et. al.*, *Medidas autosatisfactivas*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1999.
- PEYRANO, JORGE W., "Anotaciones sobre el procedimiento de restitución internacional de Menores", en *Herramientas procesales*, Rosario, Nova Tesis, 2013.
- PEYRANO, JORGE W., "El perfil deseable del juez civil del Siglo XXI", en *JA*, 2001-IV-863 y ss.
- PEYRANO, JORGE W., "Informe sobre las medidas autosatisfactivas", en *LL* 1996-A-1000.
- PEYRANO, JORGE W., "Las medidas autosatisfactivas en materia comercial", en *JA* 1996-I-823.
- PEYRANO, JORGE W., "Lo urgente y lo cauter", en *JA* 1995-I-899.
- PEYRANO, JORGE W., "Los nuevos ejes de la reforma procesal civil: la medida autosatisfactiva," en *ED* 169-1347.
- PEYRANO, JORGE W., "Reformulación de la teoría de las medidas cautelares: tutela de urgencia. Medidas autosatisfactivas", en *JA* 1997-II-926.
- PEYRANO, JORGE W., "Régimen de las medidas autosatisfactivas. Nuevas Propuestas", en *LL*, 16/2/98.
- PICIOCCHI, CINZIA, *La libertà terapeutica come diritto culturale*, Padova, Cedam, 2006.
- PINBORG, A.; LOFT, A.; SCHMIDT, L. y ANDERSEN, A. N., "Morbidity in a Danish national cohort of 472 IVF/ICSI twins, 1132 non-IVF/ICSI twins and 634 IVF/ICSI singletons: health-related and social implications for the children and their families", en *Hum Reprod*, 2003, 18 (6).
- PITRAU, OSVALDO F. y LEMKIN, ROXANA, "El Registro de Deudores Alimentarios Morosos", en *Revista Derecho de Familia*, n° 14, 2001.
- PITRAU, OSVALDO F., "La prestación asistencial alimentaria en la familia ensamblada, en *Revista Derecho de Familia*, n° 25, Abeledo-Perrot, 2003.
- PITRAU, OSVALDO F., "La Guarda de Menores", en *Revista de Derecho de Familia*, n° 4, Abeledo-Perrot, 1991.
- Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Bs. As., Infojus, 2012.
- PUIG PEÑA, FEDERICO, *Compendio de Derecho Civil Español*, Editorial Aranzadi, 1972, t. V.
- PUTNAM, R., LEONARDI, R., NANNETTI, R. Y., *Making Democracy Work. Civic Traditions in Modern Italy*, New Jersey, Princeton University Press, 1993.
- QUADRATO, MARIA E., *Il ruolo dei genitori. Dalla "potestà" ai "compiti"*, Cacucci, Bari, 1999.
- RAFFO, PABLO ERNESTO, "¿Repensar la 'guarda de menores' en el sistema de protección integral de derechos del niño?", en *Revista Derecho de Familia*, n° 40, Bs. As., Abeledo Perrot, octubre de 2008.
- RAMPARANY-RAVOLOMIARANA, HOBINAVALONA, *Le raisonnement en droit des contrats*, Paris, LGDJ, 2009.
- RAMS ALBESA, JOAQUÍN *et. al.*, *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia*, Madrid, Dykinson, 2009.
- RAPOSO, V. L. y Osuna, E., "Embryo dignity the status and juridical protection of the in vitro embryo", en *Med Law*, n° 26, 2007.

- RAUEK DE YANZON, INÉS B., “La capacitación de los jueces de familia y minoridad. Relato de una experiencia concreta”, en *Revista de Derecho Procesal. Derecho Procesal de Familia II*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2002.
- RAY GALINDO, MARIANA, “Impacto de la autonomía de la voluntad en la disolución del matrimonio y de las uniones convivenciales (aspectos personales). ‘El orden público vs la libertad a la intimidad’”, en Nora Lloveras y Marisa Herrera (dirs.), Leonardo B. Pérez Gallardo y Natalia de la Torre (coords.), *El derecho de familia en Latinoamérica 2. Las familias y los desafíos sociales*, Vol. I, Córdoba, Nuevo Enfoque Jurídico, 2012.
- RESTA, GIORGIO, *Autonomia privata e Diritti della personalità*, Napoli, Jovene, 2005.
- RIMINI, CARLOS, “Il problema della validità dei patti in vista della cessazione del vincolo matrimoniale”, en *Riv. La Nuova Giurisprudenza civile commentata*, año IX, n° 6, 1993.
- RÍOS LEIVA, ERICK, “La oralidad en los procesos civiles en América Latina. Reflexiones a partir de una observación práctica”, en *Aportes para un diálogo sobre el acceso a la justicia y la reforma civil en América Latina*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, Santiago de Chile, 2013.
- RIVERA, JAVIER y RAGANATO, CLAUDIA GRACIELA, “Contratos entre cónyuges. Usufructo a favor del cónyuge no titular”, “Sociedad conyugal - II”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, n° 2, 2008.
- RIVERA, JULIO CÉSAR, “La proyectada recodificación del derecho de familia”, en *Rev. de Derecho de Familia y de las personas*, año 4, n° 6, julio de 2012.
- RIVERA, JULIO CÉSAR, *Instituciones de Derecho Civil. Parte General*, t.II, Bs. As., Editorial Lexis Nexis, 2007.
- RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO, *El interés del menor*, Madrid, Dikynson, 2000.
- RIVERO, MARÍA ROSA, “Maltrato hacia los ancianos en Violencia Familiar”, en Cadoche (dir.), *Violencia Familiar*, Rubinzal-Culzoni, 2002.
- ROCA, ENCARNA, *Familia y cambio social (De la “casa” a la persona)*, Madrid, Cuadernos Civitas, 1ª ed., 1999.
- ROSSI, JULIA, “Los alimentos en las uniones convivenciales”, en *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Derecho de Familia*, n° 60, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2013.
- ROVEDA, EDUARDO; SASSO, MARCELA L.; ROBBA, MERCEDES, “El divorcio en Proyecto de Código Civil y Comercial”, en *DFyP 2012* (julio), 01/07/2012.
- RUBAJA, N., *Derecho Internacional Privado de Familia. Perspectiva desde el ordenamiento jurídico argentino*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2012.
- RUSCELLO, FRANCESCO, “Relazione introduttiva”, en Ruscello, Francesco (dir.), *Accordi sulla crisi della familia e autonomia coniugale*, Padova, Cedam, 2006.
- RUSCELLO, FRANCESCO, *I rapporti personali fra coniugi*, Milano, Giuffrè, 2000.
- SABIN PAZ, EDUARDO, “Inconstitucionalidad de plazo para divorciarse: la primacía de la realidad frente a las fórmulas procesales”, en *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia*, diciembre, 2012-VI, Bs. As., Abeledo Perrot, 2012.
- SALOMÓN, MARCELO, *Legítima hereditaria y Constitución Nacional. Examen constitucional de la herencia forzosa*, Córdoba, Alveroni, 2011.

- SAMBRIZZI, EDUARDO A., “La eliminación del doble régimen (separación personal y divorcio) y de las causales de divorcio, y el llamado divorcio express”, en *DFyP* 2012 (julio), 01/07/2012.
- SAMBRIZZI, EDUARDO A., “Las denominadas uniones convivenciales en el Proyecto de Código”, en *La Ley*, 26/12/2012, 1, La Ley, 2013-A.
- SAMBRIZZI, EDUARDO A., *Régimen de bienes en el matrimonio*, Bs. As., LL, 2007.
- SÁNCHEZ LORENZO, SIXTO, “Postmodernismo e integración en el Derecho internacional”, en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLVI, 2, 1994.
- SÁNCHEZ MARTÍNEZ, MARÍA OLGA, “Igualdad sexual y diversidad familiar: ¿La familia en crisis?”, en *Cuadernos Democracia y Derechos Humanos*, Madrid, Universidad Alcalá-Defensor del Pueblo- Cátedra de Democracia y Derechos Humanos, Alcalá de Henares, 2011.
- SÁNCHEZ MARTÍNEZ, MARIANO y DÍAZ CONDE, PILAR, “Análisis sociológico de la vejez en las sociedades occidentales actuales”, en Francese Torralba, Juan Carlos Jiménez-Salinas (coords.), *La ancianidad en nuestro mundo. Más allá de los tópicos*, Prom. Edicions, Barcelona, 2009.
- SÁNCHEZ, ALMA y JIMÉNEZ HERRERO, MERCEDES, “La autonomía de la voluntad en el derecho de familia. Reflexiones a propósito del art 215 CC. Una visión constitucional”, en *Rev. Derecho de familia*, n° 58, 2013-1.
- SANCHÍS, LUIS ALBERTO, “El juicio de ponderación Constitucional”, en Bazán, Víctor Víctor (coord.), *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, Tomo I, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2010.
- SANTANA PÁEZ, EMELINA, “Régimen de estancias y visitas”, en Hijas Fernández, Eduardo (coord.), *Los procesos de familia: una visión judicial*, 2ª ed., Madrid, Colex, 2009.
- SCHERMAN, IDA A., “La separación de hecho y la liquidación de la sociedad conyugal”, en *RDF* 16-2000-198.
- SCHERPE, JENS M., “Los acuerdos matrimoniales en Inglaterra y Gales tras Radmacher v. Granatino”, en *Indret* 2/12, Barcelona, abril 2012 [en línea], http://www.indret.com/pdf/890_es.pdf
- SCHNEIDER, MARIEL V., “El Tiempo como Factor de respeto al Interés Superior del Niño”, en *Revista Derecho de Familia*, T. V, Abeledo-Perrot, 2011.
- SCHNEIDER, MARIEL, “Un fallo sobre tenencia compartida”, en *Revista Jurídica La Ley*, Bs. As., 2001-1443.
- SEN, AMARTYA, “*Development as Capability Expansion*”, en *Journal of Development Planning*, Nueva York, 1989.
- SEN, PETER, *La Quinta Disciplina en la Práctica. El arte y la práctica de la organización abierta al aprendizaje*, Bs. As., Ed. Gránica, 1995.
- SERRANO CASTRO, FRANCISCO, *Relaciones paterno-filiales*, Madrid, El Derecho, 2010.
- SERRANO GÓMEZ, EDUARDO, “Los protocolos familiares”, en Rams Albesa, Joaquín y otros, *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia*, Madrid, Dykinson, 2009.
- SOJO, AGUSTÍN, “Efectos de la pretendida regulación de las uniones convivenciales”, 10/07/2012, en *elDial* DC18BF.
- SOLARI, NÉSTOR E. y BELLUSCIO, CLAUDIO, “Los Alimentos en el Proyecto de Código”, en *LL*, 16/08/2012, pto. IV.

- SOLARI, NÉSTOR E., “Aplicación del interés superior del niño en fallos de la Corte Suprema”, en *DFyP*, septiembre 2010.
- SOLARI, NÉSTOR E., “El deber de fidelidad en la separación de hecho y el plazo de espera conyugal”, en *LL Patagonia* 2007.
- SOLARI, NÉSTOR E., “El régimen patrimonial del matrimonio en el Anteproyecto de Código Civil”, en Kemelmajer de Carlucci y Herrera (coords.), *El Derecho de Familia en el Anteproyecto de Código Civil, JA*, número especial, Bs. As, Abeledo-Perrot, 2012-II, 20/06/2012.
- SOLARI, NÉSTOR E., “La conducta de los cónyuges durante la separación de hecho”, en *LL*, 18/2/2008.
- SOLARI, NÉSTOR E., “Las uniones convivenciales en el Proyecto de Reformas al Código Civil”, en *DFyP*, n° 6, 2012 (julio).
- SOLARI, NÉSTOR E., “Los modelos familiares en el Proyecto de Código”, en *DFyP* 2013 (julio), 01/07/2013.
- SOLARI, NÉSTOR E., “Naturaleza jurídica del convenio de alimentos en el divorcio consensual”, en *LL*, 1996-B-993.
- STILERMAN, MARTA N., “Las uniones convivenciales en el Anteproyecto de Código Civil”, 12/07/2012, en Micorjuris MJ-DOC-5867-AR | MJD5867.
- STRÖMBERG, B.; DAHLQUIST, G.; ERICSON, A.; FINNSTRÖM, O.; KÖSTER, M. y STJERNQVIST, K., “Neurological sequelae in children born after in-vitro fertilisation: a population-based study”, en *Lancet* 2002, 359 (9305).
- TAGLE DE FERREYRA, GRACIELA (dir.), *Interés Superior del niño. Visión jurisprudencial y aportes doctrinarios*, Córdoba, Nuevo Enfoque Jurídico, 2009.
- TAGLE DE FERREYRA, GRACIELA, “Resolución ajustada a derecho”, en *Actualidad jurídica. Familia y minoridad*, n° 73, Córdoba, Nuevo enfoque, 2010.
- TEIXIDO, LUCRECIA, “Políticas de Infancia, Gobernabilidad y Descentralización”, en *Curso Virtual Gestión Local para la Protección de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, Unidad Didáctica N° 3*, Bs. As., Estudios y Proyectos - Unicef, 2012-2013.
- TELLO, MARIO, *Las teorías del desarrollo económico local y la teoría y práctica del proceso de descentralización en los países en desarrollo*, Lima, Departamento de Economía Documento de Trabajo 247, Consorcio de Investigaciones Económicas y Sociales (CIES), 2006.
- TÓFALO, ARIEL, “El divorcio en la Argentina desde un enfoque sociojurídico. Prácticas sociales y judiciales”, en *Revista Interdisciplinaria. Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia*, n° 53, marzo, Abeledo Perrot, Bs. As., 2012.
- TOMASELLI, SALVATORE, *Il patto di famiglia. Quale Strumento per la gestione del rapporto Famiglia-Impresa*, Milano, Giuffrè, 2006.
- TOMASELLO, ANDRÉS, “Para efectivizar en el marco del derecho al cuidado del adulto mayor”, en *DJ*, 2002-3,928.
- TOMMASINI, RAFFAELE, *Autonomia privata e rimedi in trasformazione*, Torino, Giappichelli, 2013.
- TORINO, RAFFAELE (dir.), *I rapporti familiari tra autonomia e responsabilità*, Torino, Giappichelli, 2004.
- TRABUCCI, “Patria potestà e intervento del giudice”, en *Riv. Dir. Civile*, n° 2, 1961.

- UGARTE LUIS A., “Captación de la voluntad testamentaria y ancianidad, en *Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, n° 40, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2008.
- ULLRICH, CHRISTIAN ANKER, “Hacia una fenomenología de la victimización secundaria en niños”, en *Revista Justicia y Derechos del Niño*, n° 5, UNICEF, Santiago de Chile, 2003.
- UNGARI, PAOLO, “Prólogo”, en Calò, Emanuele, *Il ritorno della volontà*, Milano, Giuffrè, 1999.
- VAN VOORHIS, B. J. y RYAN, G. L., “*Ethical Obligation for Restricting the Number of Embryos Transferred to Women: Combating the Multiple-Birth Epidemic from In vitro Fertilization*”, en *Seminars In Reproductive Medicine*, n° 4, v. 28, 2010.
- VARGAS PAVEZ, MACARENA, “Investigación exploratoria sobre la ejecución civil en América Latina”, en *Aportes para un diálogo sobre el acceso a la justicia y reforma civil en América Latina*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, Santiago de Chile, 2013.
- VAZQUEZ VARQUERO, ANTONIO; MADOERY, OSCAR (eds.), *Transformaciones globales y políticas de desarrollo local*, Rosario, Argentina, Homo Sapiens Ediciones, 2001.
- VÁZQUEZ, HUMBERTO y LLOVERAS DE RESK, MARÍA E. (dirs.), *Derecho Patrimonial de la Familia*, Córdoba, Alveroni, 2000.
- VEIGA, A., *El milagro de la vida. De la fecundación in vitro a las células madre*, Barcelona, La Magrana, 2011.
- VELOSO, SANDRA, “El proceso de divorcio según el Proyecto de Código Civil y Comercial”, en *Revista Derecho de Familia y de las Personas*, año 4, n° 6, julio, La ley, Bs. As., 2012. VIDAL TAQUINI, CARLOS H., “Ni el concubinato ni la unión convivencial del Proyecto originan una sociedad de hecho”, en *DFyP*, 2013 (julio), 19/07/2013.
- VIDAL TAQUINI, CARLOS, *Régimen de bienes en el matrimonio. Con las modificaciones de las leyes 23.264 y 23.515*, 3ª ed. amp. y actualiza, Bs. As., Astrea, 1987.
- VILLARREAL MARTÍNEZ, MÓNICA, “De las personas mayores en América Latina y el Caribe”, Programa Regional de Población, Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía (CELADE), División de Población de la CEPAL/Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA), serie población y desarrollo 64, Santiago de Chile, diciembre del 2005.
- VILLAVERDE; MARÍA S., *La violencia doméstica es una violación de los derechos humanos*, Bs. As., Lexis-Nexis, n° 5, 2006.
- WAGMAISTER, ADRIANA, “Acceso a ambos progenitores como un derecho humano de los niños”, en *LL* 2003-C-1219.
- WILDE, ZULEMA, “Deberes humanos de la familia hacia los ancianos”, en *Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, Bs. As., julio/agosto, Bs. As., Lexis-Nexis, 2005.
- YAÑEZ VIVERO, FÁTIMA, *Las capitulaciones matrimoniales en perjuicio de acreedores y la anotación de embargo sobre bienes ex gananciales*, Madrid, Servicio de estudios del Colegio de Registradores, 2003.
- ZALDUENDO, MARTÍN, “La tenencia compartida: Una mirada desde la Convención sobre los Derechos del Niño”, en *DJ*, 2006-3-476.
- ZANNONI, EDUARDO A., *Derecho civil. Derecho de familia*, 5ª ed., Bs. As., Astrea, 2006.
- ZANNONI, EDUARDO A., *Derecho de Familia*, tomo 2, Bs. As., Astrea, 2012.

- ZANNONI, EDUARDO A., *Liquidación y calificación de bienes de la sociedad conyugal*, Bs. As., Astrea, 1976.
- ZAREBSKI GRACIELA, “De padres, hijos y nietos”, en *Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, n° 40, julio/agosto, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2008.
- ZARRALUQUI SÁNCHEZ y EZNARRIAGA, LUIS, “La pensión compensatoria en la nueva ley de divorcio: su temporalización y sustitución”, p. 4 [en línea], www.nuevodivorcio.com/pension-compensatoria.pdf
- ZARRALUQUI SÁNCHEZ y EZNARRIAGA, LUIS, *Marco jurídico paterno - filial en las rupturas de pareja*, Barcelona, Bosch, 2013, p. 612.
- ZEGERS- HOCHSCHILD, F., “Algunas consideraciones éticas en la práctica de la reproducción asistida en Latinoamérica”, en Casado, M. y Luna, F. (coords.), *Cuestiones de Bioética en y desde Latinoamérica*, Civitas-Thomson, 2012, p. 184 y ss.
- ZIBECCHI, CARLA, “El cuidado en la agenda: notas sobre un estudio de opinión sobre la organización de cuidado”, en *Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, n° 55, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2012.

