

Revista de Derecho de la
Niñez, Familia y Violencia de Género

Nº 5 / Mayo 2022

Director: Ezequiel Cooke



**PRESENTACIÓN
DOCTRINA
JURISPRUDENCIA**

**ENTREVISTAS
PODCAST
LEGISLACIÓN**

1. PRESENTACIÓN

- 1.1. Presentación Revista nro. 5 de Derecho de la Niñez, Familia y Violencia de Género
Por Ezequiel Cooke..... 3

2. DOCTRINA

- 2.1. El uso de los bienes indivisos en la etapa de indivisión postcomunitaria
Por Guadalupe Soler y Susana Squizzato 5
- 2.2. Las técnicas de inseminación casera. Una realidad que aún espera su regulación
Por José L. Limonggi y Teresita Oliva 14
- 2.3. Derechos con perspectiva de género: Un análisis a partir de la distribución
de las tareas de cuidado y el ejercicio de la responsabilidad parental
Por Catriel J. Nieve Bensabath..... 26
- 2.4. Ingratitud del donatario por injurias graves hacia su madre
Por Romina Gaggia 39
- 2.5. El emplazamiento post mortem a través de una acción autónoma
Por Jorgelina Guilisasti 53

3. JURISPRUDENCIA

- 3.1. G. D. E. c/ C. D. | art. 250 cpc - incidente familia 66
- 3.2. G. J. E. y otros c/ B. A. H. | alimentos 67
- 3.3. C. I. c/ C. F. A. | filiación..... 69
- 3.4. P. R. R. c/ I. N. V. | Impugnación de Filiación Matrimonial y reclamación de la filiación .. 70

4. ENTREVISTA

- 4.1. Entrevista a la Dra. Andrea Kowalenko - Abogada matriculada y docente de Derecho
de las Familias de la UNC "Las diversas fuentes filiatorias a la luz del CCyC" 72
- 4.2. Entrevista a la Dra. Marcela Beatriz Peronja, Abogada. Asesora del Juzgado de
Menores de Villa Constitución - Prov. Santa Fe "El acceso de las mujeres a la justicia" ... 72
- 4.3. Entrevista a la Dra. Graciela Moreno de Ugarte ,Vocal de la Cámara de familia de la
ciudad de Córdoba "La autonomía progresiva de las niñas, niños y adolescentes - 72

5. PODCAST

- 5.1. Medidas cautelares en cuestiones de familia extra-patrimoniales
Por Aldana Othar 73
- 5.2. Violencia doméstica: tipos, modalidades y trámite
Por Ezequiel Cooke..... 73
- 5.3. Derecho de familia y subjetividad: tres casos prácticos
Por Juan Ignacio Prola 73

6. LEGISLACIÓN

- 6.1. Legislación Nacional 74
- 6.2. CABA 74
- 6.3. Corrientes 74
- 6.4. Chaco..... 74
- 6.5. Rio Negro 75
- 6.6. Santa Cruz..... 75
- 6.77. Tucuman 75



Presentación Revista nro. 5 de Derecho de la Niñez, Familia y Violencia de Género

POR EZEQUIEL COOKE¹

[MJ-DOC-16548-AR](#) | [MJD16548](#)

Transcurrido casi un año del lanzamiento de la primera edición de la revista, tenemos la satisfacción de seguir avanzando y el agrado de traer para ustedes el lanzamiento de la quinta edición de la misma. La actual edición, al igual que las anteriores, cuenta con material doctrinario y jurisprudencial de excelencia que invita a nuestros fieles seguidores a contar con este valioso aporte y a leerlo detenidamente para seguir adquiriendo conocimientos sobre la materia en cuestión.

A modo introductorio y para clarificarles el contenido de la misma, es oportuno señalarles que —en lo relativo a la sección entrevistas— incluimos: i) Entrevista a la Dra. Andrea Kowalenko, referida a «Diversas fuentes filiatorias a la luz de nuestro CCyC»; ii) Entrevista a la Dra. Marcela Peronja, relativa a «El acceso de las mujeres a la justicia»; y iii) La Entrevista a la Dra. Graciela Moreno de Ugarte, referida a «La autonomía progresiva de niñas, niños y adolescentes».

¹ Abogado, Universidad Nacional de Córdoba (UNC); Notario, Universidad Empresarial Siglo XXI; Miembro del Poder Judicial, Fuero de Niñez, Adolescencia, Violencia Familiar y de Género de la Ciudad de Córdoba; Maestrando de la Maestría de Derecho Procesal, Universidad Empresarial Siglo XXI; Maestrando Derecho Empresario, Universidad Blas Pascal; Adscripto Derecho Privado VI, UNC; Adscripto de Derecho Procesal Civil, Universidad Blas Pascal; Integrante del Grupo de investigación de la oralidad en el proceso civil, aprobado por Resolución Rectoral N° 3811/2020; Integrante de la Sala de Derecho y Sociedad del Instituto de Investigación en Ciencia Jurídicas (IDI-CJ) de la Universidad Blas Pascal, (Res. Rectoral 181/2019, de fecha 8 de octubre de 2019); Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Procesal; Secretario de la revista Virtualidad Jurídica perteneciente al Colegio de Abogados de Córdoba. Director de la Revista de Derecho de la Niñez, familia y violencia de género, Ed. Microjuris Argentina

A más de ello, la revista cuenta con el material doctrinario a cargo de las Dras. Guadalupe Soler y Susana Squizzato, quienes, con una claridad meridiana, centraron sus aportes en «El uso de los bienes indivisos en la etapa de indivisión postcomunitaria». Sumado a ello, el documento cuenta con la nota a fallo a cargo de los doctores José Luis Limonggi y Teresita Oliva, quienes, analizando dicha resolución, nos ilustraron acerca de «Las Técnicas de Inseminación Casera. Una realidad que aún espera su regulación». Por último, el material doctrinario se completa con el excelente trabajo elaborado por el Dr. Catriel Josué Nieve Bensabath referido a «Derechos con Perspectiva de Géneros. Un análisis a partir de la distribución de las tareas de cuidado y el ejercicio de la responsabilidad parental».

Sumado a ello, la revista cuenta con el material elaborado por la Dra. Romina Gaggia quien elabora una nota a fallo sobre una resolución dictada por la Sala II de la Cámara Civil y Comercial de Azul, con fecha 8 de marzo de 2022, donde confirmó la sentencia que hizo lugar a la revocación de la donación por la causal de ingratitud del donatario por injurias graves inferidas a la donante y, por último, el trabajo llevado a cabo por la Dra. Jorgelina Guilisasti quien elabora un minucioso análisis de la cuestión del emplazamiento post mortem a través de una acción autónoma.

Asimismo, esta entrega cuenta con tres podcasts elaborados por: a) la Dra. Aldana Othar relativo a «medidas cautelares en cuestiones de familia extra-patrimoniales»; b) el Dr. Juan Ignacio Prola acerca de la temática de «derecho de familia y subjetivi-

dad»; y c) por quien suscribe el presente referido a «violencia doméstica: tipos, modalidades y trámite».

En la sección de jurisprudencia, fuimos por más y logramos incluir en la misma interesantes y actuales resoluciones referidas: i) al despacho favorable de una medida cautelar tendiente al mantenimiento de la cobertura médica por parte de su ex cónyuge hasta que se produzca la división de bienes en el marco de un convenio de divorcio resuelto por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala «F» en marzo de 2022; ii) a la prohibición de salir del país y la traba de un embargo sobre una indemnización que pudiera percibir el progenitor que incumplió con sus deberes alimentarios, dictado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala «I» en diciembre de 2021; iii) a la fijación de alimentos provisorios aun cuando no se haya comprobado que la niña sea hija del demandado, quien, a su vez, reconoció haber mantenido una relación con la actora, dictada por la Cámara de Apelaciones de Viedma, sala «I» en diciembre de 2021; y iv) a la impugnación de la filiación matrimonial, donde se dispone que el niño tenga dos apellidos paternos no aplicándose al caso el art. 558 del CCCN., dictado por el Juzgado de Familia de San Cristóbal en el mes de marzo de 2022.

Dicho esto, y agradeciendo una vez más a Irene, Julieta, al resto del equipo de trabajo y, particularmente a ustedes, los lectores, quienes con sus opiniones nos ayudan a mejorar, crecer y perfeccionar diariamente el contenido de la revista. Es nuestro deseo que disfruten de la lectura. Nos despedimos hasta el próximo número.



El uso de los bienes indivisos en la etapa de indivisión postcomunitaria

POR GUADALUPE SOLER¹ Y SUSANA SQUIZZATO²

[MJ-DOC-16514-AR](#) | [MJD16514](#)

Sumario: I. Introducción. II. Los acuerdos entre los ex cónyuges. III. El uso de los bienes indivisos. III.1. El uso exclusivo de los bienes indivisos y el uso excluyente en medida mayor o calidad distinta a la convenida. III.2. El uso de bienes indivisos cuando existen hijos menores de edad. IV. Los frutos y rentas de los bienes indivisos. V. La mirada de género. VI. Palabras finales.

I. INTRODUCCIÓN

A lo largo del presente trabajo intentaremos analizar algunos breves aspectos vinculados con el proceso de liquidación de la comunidad de ganancias. Es así que partimos de la existencia de un matrimonio cuyo régimen (por opción expresa o bien por supletoriedad legal) ha sido el de comunidad, la cual se extingue —enseña el art. 475 del CCivCom.—

1 Abogada. Especialista en Derecho de Familia, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Docente autorizada de la Cátedra «C» de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Córdoba. Supervisora del Boletín judicial digital del Poder Judicial de la provincia de Córdoba. Funcionaria judicial del Poder Judicial de la provincia de Córdoba.

2 Abogada y procuradora, egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Especialista en el Derecho de las Familias, egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Funcionaria judicial del Poder Judicial de la provincia de Córdoba. Adscripta de la Cátedra B de Derecho Privado VI (Familia y sucesiones) de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba.

por muerte de uno de los cónyuges, anulación del matrimonio, divorcio, separación judicial de bienes o por la modificación del régimen patrimonial matrimonial.

Al abordar el divorcio como causal judicial más asidua en la práctica tribunalicia, debemos acudir especialmente a lo normado por el art. 480 del CCivCom. que refiere al momento de la extinción de la comunidad con efecto retroactivo.

Ahora bien, entre aquél momento que marca el punto de extinción de la comunidad de ganancias y su efectiva liquidación y partición, los avatares que pueden suscitarse entre los ex cónyuges y con terceros son sumamente diversos. Entran en juego aquí las reglas previstas en la sección del Código de fondo denominada «indivisión postcomunitaria». Nos situamos entonces en la Sección 6° del Capítulo 2, Título II Régimen Patrimonial del matrimonio, específicamente en las reglas de administración, uso, y frutos y rentas de los bienes indivisos.

Cabe destacar que en el acotado marco del presente artículo únicamente referiremos a algunos de los supuestos que se prevén para la extinción de la comunidad en vida de ambos cónyuges, principalmente como se dijo en virtud del divorcio.

Intentaremos distinguir entre los distintos supuestos que se presentan cuando se trata del uso y goce de bienes indivisos, esto es cuando se debe una indemnización y cuando una renta compensatoria (naturaleza jurídica de la prestación) y, en su caso, si es debida al ex cónyuge que no usa y goza del bien indiviso o a la masa partible (legitimado activo y pasivo) y desde cuándo es exigible (dies aquo). A ello también le adicionaremos una referencia relativa a los frutos y rentas de los bienes indivisos. A tal fin pasaremos una breve revista por los arts. 484, 485 y 444 del CCivCom.

II. LOS ACUERDOS ENTRE LOS EX CÓNYUGES

Tanto durante el período de indivisión a los fines de la administración de los bienes (art. 482 del CCivCom.) como a los efectos de la liquidación y efectiva partición, las partes pueden realizar los acuerdos que estimen pertinentes y mejor se ajusten a su realidad e historia vital. En ese orden de ideas, pueden acordar la administración conjunta, indistinta o separada. Es sabido que el Código Civil y Comercial realza la autonomía de la voluntad y la capacidad de los (ex) cónyuges de autorregularse, preservando algunas instituciones y acciones que pueden eventualmente utilizarse para restablecer posibles desequilibrios (vrg. Compensación económica). Es que en esta instancia, el convenio en principio solo interesa a los ex cónyuges, quienes podrán liquidar su comunidad con otras pautas que no sea por mitades (art. 498 del CCivCom.), ya que la imperatividad del régimen y el orden público ha cesado.

Queda siempre a salvo —claro está— la posibilidad de acreditar la existencia de algún vicio de la voluntad al momento de la firma del acuerdo; pero sin ello, no basta la mera desproporción en las prestaciones para invalidar lo convenido³. Si no se verifica la exis-

3 Cámara de Familia de Segunda Nominación de la ciudad de Córdoba, «B., A. M- G., M. I.- Divorcio vincular - No contencioso - Recurso de apelación», Auto n° 23 del 16/3/2017.

tencia de un vicio de la voluntad (error, dolo o violencia), ni se acredita el estado de inferioridad derivado de la necesidad o inexperiencia como para que se configure un vicio de lesión⁴, rige la máxima histórica que enseña que los contratos nacen para ser cumplidos.

En el caso cuya cita antecede, tras la homologación de un convenio de distribución de bienes (prácticamente cumplido en su integridad) la impugnante recurrió aduciendo la injusticia e inequidad del acuerdo, demostrada —a su criterio— en la desproporción de las prestaciones que hizo que recibiera mucho menos que su ex cónyuge y que justificaría la declaración de ineficacia del convenio. Sin embargo, al sentenciar el tribunal de segunda instancia recordó que los (ex) esposos pueden resolver de común acuerdo liquidar los bienes conforme a otras pautas, ya que como se dijo la partición por mitades no es una cuestión de orden público⁵. En dicho marco, el alcance de las facultades del juez de revisar lo convenido debe analizarse con suma estrictez.

Sin perjuicio de ello, si durante la indivisión postcomunitaria las partes no acordaran las reglas de administración y disposición de los bienes indivisos, subsisten las relativas al régimen de comunidad (arts. 467 a 474 del CCivCom.), en cuanto no sean modificadas por las normas específicas, tales como algunas que abordaremos a continuación.

Así, en líneas generales cada ex cónyuge —salvo lo previsto para la vivienda familiar (art. 456 del CCivCom.)— administra y dispone de los bienes propios (art. 469 del CCivCom.), de los gananciales de su titularidad (con los recaudos del art. 470 del CCivCom.) y con la obligación de informar, conforme el art. 482 del CCivCom.) y de los adquiridos conjuntamente (art. 471 del CCivCom.).

III. EL USO DE LOS BIENES INDIVISOS

Ambos ex cónyuges se encuentran autorizados para usar y gozar de los bienes indivisos (todos los bienes que integran la masa hasta la partición), conforme a su destino, de manera compatible con el derecho del otro (art. 484 del CCivCom.), lo cual se asimila a lo previsto para el condominio en el art. 1986 del CCivCom. Así, podría válidamente convenirse el uso exclusivo y/o compartido de cualquier bien. Se ha señalado que dicho convenio «Se trata de un negocio jurídico de incalculable utilidad a los fines de prevenir conflictos que, en numerosas ocasiones, fija las bases de una futura partición de condominio, herencia o indivisión, encaminando a las partes hacia la conclusión de este último negocio»⁶.

4 RIVERA, Julio César, «Instituciones de Derecho Civil, Parte General, Ed. Lexis Nexis, Abeledo Perrot, Bs.As., 2007, p. 800.

5 MEDINA, Graciela, en «Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014», Directoras: Kemelmajer de Carlucci, Aída, Herrera, Marisa y Lloveras, Nora, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014, comentario art. 498, p. 862

6 SABENE, Sebastián E. «Abordaje comparativo del condominio, la comunidad hereditaria y la indivisión postcomunitaria» Publicado en: LA LEY 27/05/2019, 1 LA LEY 2019-C , 781 Cita: TR LALEY AR/DOC/1556/2019.

En caso de desacuerdo, el ejercicio de dicho derecho es regulado por el o la jueza con competencia en familia —del último domicilio conyugal o de el del demandado, a elección del actor, o el de cualquiera de los cónyuges si la presentación fue conjunta (art. 717 CCivCom.)—.

III.1. EL USO EXCLUSIVO DE LOS BIENES INDIVISOS Y EL USO EXCLUYENTE EN MEDIDA MAYOR O CALIDAD DISTINTA A LA CONVENIDA

Seguidamente se analiza una sutil distinción que se desprende de la interpretación armónica de los arts. 484 y 485 del CCivCom. y que se distingue del art. 444 del mismo cuerpo. En efecto, de tales normas surge que debe diferenciarse: 1) en relación al uso de los bienes indivisos, el caso en el cual uno de los ex cónyuges efectúa: a) un mero «uso y goce exclusivo» del bien indiviso (por ejemplo, queda habitando la vivienda o usando otro inmueble, automóvil, etc.) o si además b) ese uso y goce exclusivo es en una «medida mayor o calidad distinta» a la convenida (por ejemplo, el bien es usado en mayor medida de la que corresponde a su porción⁷ o se acordó que un inmueble se utilizara para vivienda y, no obstante ello, en ese inmueble se instala un negocio); 2) y también si alguna de las partes percibe frutos o rentas (por ejemplo, caso del inmueble locado). Esta última cuestión será abordada en el acápite IV).

a) En la primera hipótesis, el mero «uso y goce exclusivo» del bien indiviso por parte de un ex cónyuge, da derecho al otro a reclamar una compensación, pero no en su favor sino de la masa (art. 485 última parte del CCivCom.) y es debida por quien usa en forma exclusiva desde que es peticionada por el oponente. Dicha compensación suele ser llamada renta compensatoria o canon locativo; pero se distingue claramente de la que puede fijar el juez o la jueza de familia en los casos en que atribuye a uno de los cónyuges el inmueble que fue sede del hogar familiar (art. 444 del CCivCom.). En este último supuesto, tal renta o canon fijado judicialmente (que no necesariamente coincide con un canon locativo o alquiler) es establecida favor del ex cónyuge a quien no se le atribuye la vivienda, y no de la masa ganancial.

Con este alcance se ha expedido la jurisprudencia⁸ al referir que «el que tiene el uso y goce exclusivo de alguno de los bienes indivisos debe una compensación a la masa desde que el otro la solicita, tal como lo establece el art. 485 del Código Civil y Comercial de la Nación». En este punto, la doctrina también es conteste en afirmar que «cuando uno de los esposos usa exclusivamente un bien durante la indivisión, en detrimento del otro, éste último tiene el derecho de reclamar el pago de un canon locativo, debiéndolo a par-

7 MORENO UGARTE, Graciela Melania. Manual de Derecho de las familias, Lloveras, Nora (directora), Tomo I, ed. Mediterránea, Córdoba, 2018, p. 560.

8 Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Jujuy, Sala I, 28/08/2017, «L. M. S. E. c/ T. J. R.»; Cita online: MJ-JU-M-107460-AR; MJJ107460; MJJ107460; Cita extraída de: Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Segunda Circunscripción Judicial de General Pico (La Pampa), 28/09/2018, «C. C. D. c/ T. M. G. s/ incidente de fijación de canon locativo», ELDial.express, 30/10/2018, Año XX - N° 5088, <http://www.eldial.com>.

tir del referido reclamo, ya que el uso anterior se presume consentido hasta la fecha del mismo»⁹. En otras palabras, el que tiene el uso o goce exclusivo de alguno de los bienes indivisos debe una compensación a la masa desde que el otro lo solicita. En efecto, la aquiescencia del comunero o ex cónyuge ante la utilización exclusiva del otro de los bienes que integran la masa puede responder a diversos motivos, por lo que su reclamo no se presume y la compensación debe ser solicitada.

En suma, se trata de una compensación por la utilización exclusiva del bien ganancial (art. 485 del CCivCom.) y para que constituya una justa compensación, se ha sostenido que «deberá estarse al valor locativo del mismo, entendiendo que cuando uno de los ex cónyuges hace uso exclusivo de un bien ganancial deberá abonar el 50% del valor locativo desde la oposición por parte del otro. Y como ya dijimos este valor debe ser retribuido desde que es reclamado, así también lo ha entendido la jurisprudencia ante la ausencia de normativa en el código de Vélez; interpretando la falta de reclamo como consentimiento tácito con la ocupación gratuita»¹⁰. Se insiste, el uso exclusivo de un bien ganancial, tolerado por el otro ex cónyuge, importa la aprobación de dicha situación.

b) En la segunda hipótesis, esto es, el uso y goce excluyente sobre toda la cosa «en medida mayor o calidad distinta a la convenida», el último párrafo del art. 484 del CCivCom. señala que «solo da derecho a indemnizar al copartícipe a partir de la oposición fehaciente, y en beneficio del oponente». Este tema, que fue tratado por la doctrina y jurisprudencia, hoy tiene una amplia recepción legislativa no solo en materia de división postcomunitaria sino también en el condominio (el art. 1988 CCivCom., es prácticamente igual a la segunda parte del art. 484 CCivCom.), y en la división hereditaria (art. 2328 CCivCom.).

Puede reseñarse un caso¹¹ en el cual la ex cónyuge promovió demanda por compensación económica y partición de la comunidad de ganancias. En dicha oportunidad, solicitó una indemnización por daños derivados del uso indebido por parte su ex esposo del automóvil ganancial y gastos de movilidad. Al resolverse en primera instancia se admite el pedido de privación de uso solicitado por la actora y se condena al contrario a abonar una suma desde la demanda y hasta el resolutorio, con intereses.

9 MEDINA, Graciela, «Comentario a los arts. 484 y 485 del Código Civil y Comercial de la Nación», p. 833. En: Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014, T. I., Arts. 401 a 508, Directoras: Aída Kemelmajer de Carlucci; Marisa Herrera; Nora Lloveras, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014.

10 CNCiv "C.R. c/G., N.J. s/Fijación de valor locativo", 4/7/00 R213395; CNCiv Sala F 18/02/11, Sumario N° 21394 de la Base de datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil) entre otros. Citado en: Arianna, Carlos A., Bertini, Adriana S. «Disolución del régimen patrimonial del matrimonio. División Postcomunitaria. Liquidación y recompensas en el nuevo Código Civil y Comercial» Publicado en: Sup. Esp. Código Civil y Comercial de la Nación. Familia 2014 (diciembre), 31 Cita: TR LALEY AR/DOC/4291/2014.

11 Cámara de Familia de Segunda Nominación de la ciudad de Córdoba, «C., H. S c/ P. A., A D. V. - Divorcio vincular - Contencioso- Recurso de apelación» Auto n° 111 del 6/9/2019.

En la etapa recursiva, si bien la Cámara analiza la cuestión desde una diferente perspectiva, resalta que en esa línea debe recordarse que tal como lo estipula el art. 484 del CCivCom., el uso exclusivo de un bien ganancial se entenderá consentido por el otro copartícipe mientras no exteriorice la oposición en forma fehaciente (mediante instrumento hábil a tal fin, por ejemplo, carta documento), y la indemnización regirá a partir de dicha oposición¹².

A su vez, corresponde distinguir que una cosa es la reparación o indemnización que puede exigir un copartícipe, comunero o coheredero por el aprovechamiento exclusivo que otro copartícipe, comunero o coheredero hace de la cosa común —en medida mayor o calidad distinta a la convenida— (art. 484 del CCivCom.) y otra, muy distinta, la ganancia o beneficio que produce el capital dinerario en razón del tiempo transcurrido y en función de una tasa, que es el interés. El uso y goce exclusivo del bien común por parte de uno de los copartícipes da derecho a obtener una indemnización¹³ por la falta de aprovechamiento del otro que ha sido excluido, a lo que agregamos «cuando implique una medida mayor o calidad diferente a la convenida». Allí el beneficiario es el ex cónyuge oponente y no la masa ganancial. Por el contrario, el canon o alquiler representa la compensación que se debe a la masa ganancial por el uso o goce exclusivo que uno de los cónyuges hace de un bien ganancial (art. 485 del CCivCom.), el que a su vez puede generar sus propios intereses moratorios en defecto de pago oportuno.

III.2. EL USO DE BIENES INDIVISOS CUANDO EXISTEN HIJOS MENORES DE EDAD

Cabe señalar, que aun ratificando todo lo anteriormente expuesto, existen supuestos particulares en los cuales la magistratura ha entendido que corresponde adoptar una solución de excepción.

En este sentido se recuerda un precedente¹⁴ en el cual, si bien se encontraba reconocido el carácter ganancial del bien indiviso que fuera sede el hogar conyugal, residía allí la progenitora con su hija menor de edad. De las circunstancias de la causa se advirtió que no era únicamente la ex cónyuge quien efectuaba un uso y goce exclusivo del bien.

En este lineamiento la doctrina refiere que será distinta la valoración que corresponda realizar con relación al canon locativo por el uso y goce del inmueble ganancial cuando

12 Arianna, Carlos, «Régimen patrimonial del matrimonio», Astrea, Bs. As., 2017, p. 273.

13 Cámara de Familia de Segunda Nominación de la ciudad de Córdoba, «P., G. S. c/ D. P., R. - Divorcio vincular - Contencioso - Recurso de apelación», Auto n.º 24 del 9/3/2016.

14 Juzgado de Familia de octava nominación de la ciudad de Córdoba, «B., P. D. E. c/ M., A.M.- Divorcio vincular- Contencioso» Auto n.º 301 del 29/8/2019, confirmado por Cámara de Familia de segunda nominación de la ciudad de Córdoba, Auto n.º 13 del 4/3/2020.

en ella viven hijos o cualquier otra persona que tenga un derecho alimentario contra quien reclama el canon¹⁵.

En el caso reseñado se resolvió rechazar el pedido de la renta compensatoria solicitada por el progenitor, procurando garantizar el interés superior de la hija menor de edad de ambos. Se indicó que «si bien dicho interés superior del niño, niña o adolescente no se ubica jerárquicamente por encima del de los adultos, sí revela la importancia del derecho del menor de edad a ser reconocido como persona y a respetar su lugar en la familia y en la sociedad. Ello implica que, al momento de abordar el esclarecimiento de cada caso, deberá meritarse el interés individual y el del grupo familiar, y cuando el conflicto enfrente el interés del menor de edad con otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerá el primero (Cfr. Juzgado de Familia n° 1, San Isidro, 25/10/2018, «L. A. J. c. O., Y. A. s/ Materia a categorizar», Cita Online: AR/JUR/89907/2018)».

En situaciones como la referenciada, los magistrados con competencia en el derecho de las familias se encuentran compelidos a realizar una valoración a la luz de las particulares constancias de la causa, del grupo familiar involucrado y desde una perspectiva integral. Es por ello que las normas propias del régimen patrimonial matrimonial no pueden estar desprovistas de una mirada integral de los derechos fundamentales en pugna y del ordenamiento legal (nacional e internacional).

IV. LOS FRUTOS Y RENTAS DE LOS BIENES INDIVISOS

El art. 485 del CCivCom. dispone que los frutos y rentas de los bienes indivisos acrecen a la indivisión; esto es, integran la masa a partir. El sistema previsto por el legislador resulta coherente desde la vigencia de la comunidad (durante el matrimonio, aplicación del criterio temporal). El art. 465 inc. c del CCivCom. indica que son gananciales los frutos de los bienes tanto propios como gananciales, devengados durante la comunidad. El correlato de aquello se encuentra en el art. 489 inc. d del CCivCom., al receptor en la etapa de liquidación de la comunidad, como carga propia de la comunidad (esto es, deudas que deben abonarse con dinero ganancial) «los gastos de conservación y reparación de los bienes propios y gananciales». Pero se advierte, los frutos y rentas de los bienes propios y los frutos civiles después de la extinción de la comunidad le pertenecen en forma exclusiva al copartícipe que los genera o es titular del bien.

Retomando las previsiones del art. 485 del CCivCom., el copartícipe que percibe los frutos debe rendir cuentas.

Enseña la doctrina que el CCivCom. recepta que los frutos y rentas de los bienes gananciales engrosan la indivisión, por lo que quien los percibe debe rendir cuentas (la eximición de tal obligación podrá provenir del acuerdo de gestión de los bienes al que arriben

15 Sojo, Agustín, «Comentario al art. 484 del Código Civil y Comercial de la Nación, p. 484. En: Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias. T. 2. Artículos 401 a 723, Dirección: Alberto J. Bueres, Hammurabi, Bs. As., 2016.

los cónyuges conforme art. 482 del CCivCom.); mientras que los frutos, rentas y productos de los bienes propios y los frutos civiles, de los copartícipes, a partir de la extinción de la comunidad, le pertenecen en forma exclusiva al copartícipe que los causa o titular del bien¹⁶, modificándose así lo dispuesto por el art. 465 inc. c del CCivCom.

V. LA MIRADA DE GÉNERO

Al momento de decidir diversos planteos que se presentan en el amplio marco del derecho de las familias corresponde, como en los diferentes ámbitos tanto judiciales como administrativos, tener siempre presente la obligada mirada de género a la luz de las convenciones internacionales ratificadas por nuestro país. Entre ellas, y a más de las diversas leyes nacionales tales como la n.º 26.485 de Protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones internacionales, se destacan la CEDAW (por sus siglas en inglés, aprobada en el marco del sistema de Naciones Unidas) y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención Belem do Pará, en el marco del sistema interamericano).

Cobran particular relevancia las directrices emanadas de dichos instrumentos al momento de dilucidar la «verdad real» que en algunos casos (no en todos, nos apresuramos a aclarar) se presenta a la hora de la división de los bienes que integraron la vida matrimonial ahora disuelta.

Si bien el fondo del precedente jurisprudencial que a continuación se comenta excede la temática del presente breve artículo ya que refiere al supuesto de partición parcial de la comunidad¹⁷, resulta pertinente destacar el análisis que el magistrado efectúa de las conductas de las partes en el proceso y la denuncia realizada por la ex esposa en sus escritos de la existencia de violencia económica. Para autorizar la partición parcial y adjudicación de un bien para su venta, con el fin de cubrir las necesidades básicas insatisfechas de la ex cónyuge, se profundiza en el estudio de los mandatos internacionales. Se indica que si bien el conflicto es de índole familiar y regulado por normas procesales, «estas no pueden estar por sobre derechos constitucionales, tratados de rango constitucional y por sobre todo, tenemos la obligación de buscar siempre el valor justicia conforme las circunstancias particulares del caso».

A pesar de lo señalado, existen también ocasiones en las cuales de ninguna manera es la vulneración de los derechos humanos de una mujer la que determina el resultado del pleito, sino las vicisitudes propias del patrimonio ganancial luego de la separación de los esposos. Es que no siempre la perspectiva de género aplicada a la cuestión traída a decidir devela la existencia de actos de discriminación económica para con la ex

16 Ana Peracca en: «Código Civil y Comercial de la Nación Comentado» Tomo II, dirección: Marisa Herrera, Gustavo Caramelo, Sebastián Picasso. Comentario al art. 485, p. 159.

17 Juzgado Civil, Comercial, de Conciliación y Familia de la ciudad de Laboulaye, «B.S.H.-M.M.E.- Divorcio vincular- No contencioso», Auto nº 3 del 02/02/2022.

cónyuge, ni que esta se encontrara en una situación de vulnerabilidad digna de especial protección¹⁸. Es por ello que ante un caso sospechoso, es el ofrecimiento, diligenciamiento y posterior análisis de la prueba con verdadera perspectiva de género lo que resulta determinante.

VI. PALABRAS FINALES

La indivisión postcomunitaria es la situación jurídica en que se encuentra la masa de bienes gananciales desde la extinción de la comunidad (por sus diversas y taxativas causas, vrg. art. 475 CCivCom.) hasta su partición. Disuelto el régimen de comunidad en vida de ambos cónyuges, existe la posibilidad de que sean ellos mismos quienes regulen la administración, uso y goce de los bienes que conformaron durante el matrimonio. El legislador ha previsto que sean las mismas partes, quienes mejor conocen su historia y realidad vital, aquellos que determinen las reglas que habrán de regirlos en adelante. Sin embargo, ante la falta de convenio, subsisten las reglas de administración relativas al régimen de comunidad con las modificaciones previstas en la Sección 6° del Capítulo 2, Título II del CCivCom.

Por su parte y durante esta etapa, ambos ex cónyuges se encuentran habilitados para usar y gozar de los bienes indivisos conforme a su destino y respetando el derecho del otro. Ahora bien, el uso exclusivo sobre toda la cosa por parte de uno de los ex cónyuge da derecho al otro a pedir una compensación a favor de la masa (art. 485 del CCivCom.) y en caso de que el uso sea excluyente por parte de uno en medida mayor o calidad diferente a la convenida, da derecho a indemnizar al copartícipe a partir de la oposición fehaciente (art. 484 del CCivCom.). Cobra particular relevancia en este punto la efectiva manifestación, concreta y a través de un medio apto para ello, contraria al uso exclusivo; pues sino dicho uso se presumirá consentido.

Más allá de la claridad de las normas reseñadas y previstas para la etapa de indivisión postcomunitaria (y luego, liquidación y partición), la realidad de los casos que se presentan en el marco del derecho de las familias y sus resoluciones no pueden ser ajenas al sistema normativo integral y a los tratados de jerarquía constitucional y supra legal vigentes. Es en esta línea que deberá ajustarse la actuación forense y judicial a las previsiones de la Convención sobre los Derechos del Niño, de la CEDAW, Convención de Belen do Pará —entre muchas otras— en resguardo de las personas que se encuentren en alguna situación de vulnerabilidad.

18 Cámara de Familia de segunda nominación de la ciudad de Córdoba, «B., J. E. c/ B., N. C. Divorcio vincular- contencioso», Auto n.º 126 del 19/9/2019.

Voluntad Procreacional – Código Civil y Comercial de la Nación –
Técnicas de Reproducción Humana Asistida – Derechos del Niño –
Derecho a la Identidad – Interés Superior del Niño

19-abril-2022



Las técnicas de inseminación casera. Una realidad que aún espera su regulación

POR JOSÉ L. LIMONGGI¹ Y TERESITA OLIVA²

[MJ-DOC-16523-AR](#) | [MJD16523](#)

Sumario: *I. Introducción. II. Plataforma fáctica. III. Las Técnicas de Inseminación Casera (TIC). Voluntad Procreacional. IV. Algunas reflexiones finales.*

I. INTRODUCCIÓN

Estamos frente una sentencia donde la misma se presenta ante las justiciables —Milena y Lucia— que acuden en busca de una repuesta jurisdiccional, de una forma distinta a la que nos tienen acostumbradas la redacción de las resoluciones. Encontramos en ella que la humanización de este escrito judicial está presente en toda su magnitud. El fallo se presenta acompañado de expresiones de «arte», poemas, que embellecen y enternecen la resolución dictada.

Para la sentenciante, como para otros juristas por ejemplo Francesco Carnelutti, como ya lo expresó en algunas publicaciones, el arte y el Derecho son dos manifestaciones del espíritu, y con ambas entrelazadas se puede armonizar la necesidad jurídica con

1 Abogado (Univ. Nac. de Rosario). Especialista en Derecho de Familia (Univ. Nac. De Córdoba). Ejercicio liberal de la profesión desde el año 2.003. Docente invitado y tutor en la carrera de Especialidad de Derecho de Familia de la Univ. Nac. De Córdoba. Autor y colaborador en publicaciones de Derecho de Familia. Disertante en eventos académicos. Miembro de Fundación Simiente.

2 Abogada (Univ. Nac. De Córdoba) Especialista en Derecho de Familia (Univ. Nac. De Rosario) Mediadora. Ejercicio liberal de la profesión desde el año 1995. Autora y Colaboradora en publicaciones de Derecho de Familia. Disertante en eventos académicos. Miembro Fundación Simiente.

la realidad que se persigue modificar, suavizando el relato del camino que debe recorrerse o que se recorrió. Al decir de Rey Galindo en el fallo «me permito traer la dicción poética del arte como canal de comunicación por el que transcurra el intercambio de pensamientos, sentimientos ideas y aspiraciones» Si nos posicionamos en que el jurista interpreta el derecho para ser justo, y el artista interpreta su arte para lograr belleza, arte y derecho se instalan en nuestras vidas con el fin de ordenar, embellecer y enriquecer el mundo³.

En esta oportunidad la juez sentenciante logra aplicar a su fallo otro condimento, aditamento que le da la posibilidad de apartarse del rigor y formato que tienen las resoluciones jurídicas y los escritos judiciales en su redacción, para que la sentencia pueda ser entendida no solo por las adultas involucradas sino también por el niño, hacia quien en última instancia está dirigida.

II. PLATAFORMA FÁCTICA

El fallo en análisis tiene a tres sujetos Milena, Lucia y Mateo (nombres ficticios) que conforman una familia homoparental de tipo convivencial. Son, además una familia ensamblada con la hija de Lucia y el 17 de agosto de 2.021 nace Mateo fruto de la planificación y voluntad procreacional de ambas mujeres.

La concepción del hijo de ambas fue realizada con técnicas de inseminación casera (en adelante TIC), siendo Milena quien lo gestó y parió. Para ello utilizaron gametos masculinos de un donante anónimo surgido de una página web, sin voluntad procreacional.

Tras el nacimiento de Mateo ambas deben recurrir a la vía jurisdiccional frente a la denegatoria de inscripción —en tiempo hábil— de su hijo por parte de las autoridades del Registro Civil y Capacidad de las Personas (filial Concepción) de la provincia de Tucumán.

Según manifiestan las mujeres, la denegatoria obedece al contexto de nacimiento de Mateo, toda vez que ellas están organizadas como una familia de pareja homoparental de tipo convivencial y la concepción del hijo fue realizada con técnicas de inseminación casera (TIC), cuyo donante de gametos masculino es anónimo.

Tras las dificultades para obtener la registración del nacimiento e identificación del niño como ciudadano de nuestro país —pues aquel organismo exigía que la madre biológica (Milena) denunciara el nombre del padre biológico (anónimo), o bien, pormenorizara el procedimiento utilizado para la concepción—, no tuvieron otro remedio que iniciar la acción judicial pertinente, cuya finalidad fue la inscripción del nacimiento del niño con la

3 MORELL, Marvel G. El derecho y sus relaciones con el arte. Conferencia dictada en el Centro Regional de Extremadura. UNED 1993. <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/>

determinación de la filiación extramatrimonial de la co-madre y la consecuente entrega del acta de nacimiento y documentación personal que corresponda.

Destaca la sentenciante que de la vista de la causa se desprende que el grupo familiar de ambas, conocen y apoyan su proyecto de vida, gozando el niño del afecto y cuidados de sus madres, hermana, abuelos, tíos y primos de ambas líneas genealógicas. Mantuvo además la magistrada contacto con ambas mujeres en oportunidad de entrevistarlas personalmente pero también conoció Mateo y a la hija mayor de Lucia y la jueza Rey Galindo expresa: «en ese momento supimos que, la falta de inscripción del niño provoca la vulneración —entre muchos otros— del derecho elemental a la identificación, la salud, los símbolos de los credos personales, etc. La carencia de la identificación del niño impide que sea beneficiario de la obra social de la co-madre, como así también que pueda gozar de todas las vacunas del Calendario Nacional obligatorio».

El reconocimiento de un hijo como acto jurídico solo está previsto en nuestro sistema interno actual para el padre (hombre). Sea matrimonial o extramatrimonial (art 566 y 571). El reconocimiento de un hijo/a por parte de una mujer no está regulado. Hoy tenemos un vacío legal. Puesto que la inscripción de la maternidad biológica se determina con el certificado médico (siempre que haya nacido en un establecimiento asistencial). Ninguna de las formas de reconocimiento de ese hijo/a es viable para la otra mujer no gestante, no alumbrante (la que no ha parido).

Sin embargo, la falta de una norma interna expresa que habilite a la co-madre a efectuar el reconocimiento de su hijo no constituye una vaya para la sentenciante a la hora de resolver puesto que se aboca al estudio de los derechos y principios involucrado y vulnerados en el caso concreto, basando la resolución en los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos por disposición de los arts. 1, 2, y 3 del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCivCom.).

En virtud de ello se ordena la inscripción del nacimiento y la consecuente identificación del niño de forma inmediata, y que se consigne además en el acta respectiva el nombre de ambas mujeres en su calidad de co-madres del niño y extienda el Registro Civil y de Capacidad de la Personas la documentación personal a favor del ciudadano menor de edad.

III. LAS TÉCNICAS DE INSEMINACIÓN CASERA (TIC) – VOLUNTAD PROCREACIONAL

Nuestro ordenamiento jurídico regula tres fuentes filiatorias, por naturaleza, por técnicas de reproducción humana asistida y por adopción de conformidad al art. 558⁴ del

4 Art. 558 del CCivCom.: Fuentes de la filiación. Igualdad de efectos. La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción. La filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial o extramatrimonial, surten los mismos efectos, conforme las disposiciones de este

CCivCom. Otras, tales como la gestación solidaria y las TIC, no tienen una regulación expresa en nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, ello no es óbice para su reconocimiento vía jurisprudencial.

Si revisamos la jurisprudencia de nuestro país en relación a estas dos últimas fuentes filiatorias, distintos Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos que gozan de jerarquía constitucional consagrada en el art. 75 inc. 22 del texto constitucional visibilizan los derechos que se encuentran involucrados a los fines del reconocimiento de este tipo de prácticas, en tal sentido Marisa Herrera y Andrés Gil Domínguez sostienen: «Muchas veces nos interrogamos de qué manera se puede hacer realidad la fuerza normativa de la Constitución y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos (IIDH) que conforman la regla de reconocimiento constituvencional argentina. Una forma posible es mediante esta clase de sentencias donde una jueza mira más allá de la apariencia, se deshace de los prejuicios y estereotipos y se conecta de manera real con las personas que construyen la historia de la cual emerge la pretensión que debe resolverse⁵».

A ello debemos sumarle el principio de autonomía personal denominado también de privacidad, reserva o autorreferencia contenido artículo 19⁶ de la Constitución Nacional. Fundados en este principio cualquier persona tiene derecho a la libre elección de su plan personal o proyecto de vida. En el marco de esta libertad el Estado —ni tampoco otro particular— no puede interferir controlando o delimitando los mismos, salvo de las elecciones surja un perjuicio a terceros. Este principio es importante porque supone que cada persona se reserva el derecho de planificar su vida y el Estado no solo tiene el deber de respetar estas decisiones, sino que se compromete a resguardarlas de las intromisiones de terceros a la vez que facilitará los medios necesarios para su concreción.

La doctrina sostuvo al respecto que: «Este principio implica que cada persona adulta, mayor de edad —se excluye a los menores— con consentimiento, es decir, que posea discernimiento, intención y libertad —no se aplica a los incapaces que no comprendan sus actos—, puede escoger el que considere “mejor plan de vida» para sí misma, aunque éste implique daño personal. Sólo el daño a terceros opera como limite a la elección del propio plan elegido. Por lo tanto, todas las personas —adultas y capaces— tienen derecho a realizar opciones, de conformidad con sus propios valores. Como contrapartida, debe primar un absoluto respeto sobre esa libre elección, aun cuando pueda parecer

código. Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación.

5 Herrera, Marisa - Gil Domínguez, Andrés, «Derecho Constitucional de las Familias y Triple Filiación», publicado en: LA LEY 19/06/2020, 19/06/2020, 6, Cita Online: AR/DOC/650/2020. <http://www.colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2021/06/2020-comentario-fallo-triple-filiacion-con-ndres-Gil-Dominguez.pdf>

6 Art. 19 Constitución Nacional: Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo 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.

irracional o imprudente. Este criterio ha sido elaborado por la corte Suprema en el precedente «Bahamondez» y ratificado en el fallo «Albarracini»⁷.

En relación con este punto en varios pasajes de la sentencia en estudio Rey Galindo destaca: «Esta técnica es conocida como técnica de inseminación casera (TIC). Carece de regulación específica en nuestro sistema legal. Ahora bien, que esta técnica haya sido omitida por el legislador, no implica su inexistencia, su práctica en otros lugares del mundo, como tampoco su desconocimiento». «Nuestro sistema legal no cuenta con previsión alguna. Tampoco está prohibida. Y es justamente eso lo que puso en jaque, en este caso, al actual sistema de filiación. Las TIC, responde a un sistema no previsto, no prohibido, no binario, no biologista. Antes bien, este caso, refleja otro de los escenarios posibles de la vida en pareja, del deseo de tener un hijo/a, del origen biológico, de la historia familia, de procesos identificatorios, etc. Sin embargo, nada de eso —hoy— es contrario a la ley. Y, no solo no ocurre, sino que, además, nuestro sistema legal nos pone de caras a un sistema constitucional que exige garantizar el reconocimiento de la personalidad jurídica de niño».

Retomando el punto de desarrollo, podemos definir a la TIC de manera sencilla como el procedimiento mediante el cual la mujer práctica por cuenta propia o con la ayuda de un tercero y sin contar con la asistencia de un médico la introducción de semen en el tracto reproductivo por cualquier medio, distinto de una relación sexual con la finalidad de consumir la gestación, utilizando para ello el esperma proveniente de su propia pareja o de un donante. También se la denomina inseminación doméstica o autoinseminación y constituye una especie dentro del género inseminación artificial.

Cuando utilizamos el adjetivo calificativo «casera» o «doméstica», no estamos haciendo referencia a su acepción más intuitiva y primaria, esto es, a «que se hace o cría en casa o pertenece a ella» o «pertenciente o relativo a la casa u hogar», sino más bien, al hecho de «que se hace con medios rudimentarios», y, sobre todo, en un contexto de intimidad. El emplazamiento físico en el que se lleve a cabo la IAC⁸ es irrelevante a la hora de denominarla como tal, y no se corresponderá necesariamente con el lugar del domicilio, si bien será lo más habitual. El término autoinseminación puede resultar también equívoco en la medida en que no siempre será la mujer objeto de la IAC la que lleve a cabo la introducción del esperma, pudiendo ser esta el resultado de la actuación o asistencia de un tercero, como puede ser su propia pareja y con el objetivo de conseguir una gestación⁹.

7 «V. A. B. y otros-Solicita Homologación», Juzgado de Familia de 5ª Nominación de la Ciudad de Córdoba, provincia de Córdoba, 25/04/2.019, Cita Online: AR/JUR/9677/2019.

8 IAC: inseminación artificial casera denominación que recibe en España, país donde esta técnica tiene no solo mayor difusión sino también mayor debate.

9 KOEFOED, Enrique Abd, «La Inseminación Artificial Casera en España: Consideraciones jurídica y Éticas», 24 de abril de 2.017. <file:///C:/Users/jllim/OneDrive/Archivos%20Viejos%20-%20Casos%20Cerrados/Presentaciones%20y%20Disertaciones/NTA%20FALLO%20-%20TIC/NOTA%20SOBRE%20TIC.pdf>

Generalmente se recurre a este tipo de prácticas, entre otros motivos, por una cuestión de costos ya que lo oneroso que resulta la práctica de TRHA excluye a un sector importante de la población del anhelo de ser padre-madre. En tal sentido Rey Galindo expresa en el fallo analizado: «de la entrevista también pudimos conocer —en el relato en primera persona— las razones que llevaron a ambas mujeres a la elección de las TIC como método para la concepción del hijo y planificación familiar. Entre las causas, estuvo siempre presente la cuestión del costo (en tiempos y dinero) que implica acceder a los tratamientos de fecundación asistida (TRHA), lo que, para sus condiciones socio-económicas configura una barrera real en el derecho de maternar con lazos biológicos».

Natalia de la Torre hace una clara distinción entre TIC y TRHA, así sostiene que: «las TIC se distinguen de las inseminaciones médicamente asistidas por las siguientes características: a) la ausencia de intermediación médica, b) la posibilidad de que se realice la inseminación en la intimidad y con ello, se preserve el ámbito privado y la libertad reproductiva, c) a diferencia de lo que sucede respecto de otros métodos reproductivos, las personas que acuden a las TIC no tienen problemas en su sistema reproductivo que las incapaciten para lograr un embarazo, sino que por razones sociales o estructurales deben recurrir a un donante de gametos: mujeres sin pareja y mujeres en pareja con otra mujer, los casos más usuales y d) a diferencia de las TRHA, en principio, el consentimiento informado, luce ausente.

En la sentencia en estudio se pone de manifiesto la voluntad procreacional: «En ambos casos (TIC Y TRHA) el elemento central sobre el que se construye la determinación de la filiación de los nacidos mediante el empleo de estas técnicas (legisladas u omitidas), es la voluntad procreacional. La diferencia radical —desde la perspectiva jurídica, aclaro, puesto que desde la ciencia médica podrían ser múltiples— entre una y otra práctica estaría dada por la preexistencia de esa voluntad procreacional debidamente plasmada en el consentimiento anterior, informado y libre de la persona que accede a esos procedimientos».

El concepto voluntad procreacional fue esbozado en sus inicios por Díaz de Guijarro, quien sostenía que la procreación se encuentra integrada por tres aspectos diferenciados: a) la voluntad de la unión sexual; b) la voluntad procreacional; y c) la responsabilidad procreacional. Respecto de la segunda, entendida esta como el deseo o intención de crear una nueva vida, derecho que también merece la protección del ordenamiento jurídico al tutelarse a la persona en su decisión libre de tener un hijo. Como consecuencia de aquella, la responsabilidad procreacional deriva del hecho de la procreación y de las consecuencias que ésta produce, de modo que si la unión sexual —con voluntad procreacional o sin ella— genera la fecundación, nace la responsabilidad directa de los progenitores respecto de la persona por nacer¹⁰.

10 DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique, «La voluntad y la responsabilidad procreacionales como fundamento de la determinación jurídica de la filiación», JA 1965-III-21, cit. Por FAMÁ, María Victoria, «La Filiación-Régimen Constitucional, civil y Procesal, Segunda edición ampliada y actualizada, Abeledo Perrot, Bs. As., 2011, p. 74.

Tratándose de la teoría de la intención, la voluntad procreativa debe ser un elemento determinante para la fijación o no de la paternidad y/o maternidad. Y esto es una consecuencia directa de las gestaciones asistidas por técnicas en este caso en estudio por TIC, porque ellas conllevan una disociación del elemento biológico y voluntad procreacional, siendo esta última la determinante de la filiación, imponiéndose una nueva realidad socioafectiva. Este elemento volitivo, impacta directamente en la identidad entendida como sinónimo de vínculo biológico esa a la que llaman estática, y la transforma en una identidad con un sentido amplio que incluye otros aspectos y es la conocida como identidad dinámica. Así, en el caso de la IA¹¹ con donador de gametos, si bien dicho donador provee el material genético, por regla general lo hace sin la intención de asumir responsabilidades filiales. La realidad biológica es, o debe ser, irrelevante para el derecho. El derecho deberá, en hipótesis como las aquí planteadas, reconocer la intención y la voluntad de asumir o no, las consecuencias filiatorias por parte de quienes reciben u otorgan material biológico¹².

Las TRHA se practican en nuestro país hace más de treinta años, sin embargo, recién en el año 2013 con la sanción de la ley 26.862¹³ y su decreto reglamentario 956/13¹⁴ se regula una arista de estas cuál es su inclusión en el plan médico obligatorio. Así el artículo 1° de la citada ley al definir el objeto dispone: garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida». El artículo 2° define a la reproducción médicamente asistida al establecer: A los efectos de la presente ley, se entiende por reproducción médicamente asistida a los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo.

El CCivCom. reconoce expresamente a las TRHA como fuente filiatoria independiente distinta de la filiación por naturaleza y adoptiva jugando un rol fundamental la voluntad procreacional a los fines de la determinación de la filiación como fuente autónoma. La trascendencia de la voluntad procreacional exteriorizada a través del consentimiento previo, informado y libre —elemento volitivo— es de tal magnitud que el propio CCivCom. no admite la acción de impugnación de la filiación matrimonial o extramatrimonial de los hijos nacidos mediante el uso de estas técnicas, siempre que la misma se haya exteriorizado conforme los requisitos y formas establecido en artículos 560¹⁵,

11 IA: Inseminación artificial.

12 MENDOZA CÁRDENAS, Héctor Augusto, «La voluntad procreacional: Un caso de inseminación artificial Atípico», 24 de abril de 2017 https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/690662/RJ_35_16.pdf?sequence=1&isAllowed=y

13 Véase texto completo de la Ley 26.862 en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/215000-219999/216700/norma.htm>

14 Véase texto completo del Decreto Reglamentario N° 956/13 en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/215000-219999/217628/norma.htm>

15 Art. 560 del CCivCom.: Consentimiento en las técnicas de reproducción humana asistida. 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.

561¹⁶ y 562¹⁷. Así también está vedada la posibilidad de que el/la donante de gametos, recurra a la figura del reconocimiento o a una acción de filiación reclamando su vínculo filial en relación al niño/a nacido con el material genético por el/ella aportado de conformidad al art. 577¹⁸.

Sin embargo, las TIC al no tener una regulación expresa en nuestro ordenamiento jurídico la exteriorización de la voluntad procreacional no tiene previsto un mecanismo para su manifestación, cabría preguntarse entonces ¿de qué manera quienes recurren a este tipo de prácticas con la finalidad de concretar el embarazo podrían exteriorizar su voluntad procreacional y dejarla debidamente asentada? Consideramos que una forma sería mediante acta por ante escribano público, de esa manera contarían con un instrumento con carácter de declaración jurada de su voluntad procreacional.

Obsérvese que en relación con la exteriorización de la voluntad procreacional y a cómo quedará determinada la filiación en nuestro sistema legal actual vemos en relación con las TIC distintos escenarios. Así si quien recurre a esta práctica un hombre y una mujer casados en este supuesto rige la presunción de filiación matrimonial del primer párrafo del artículo 566¹⁹ del CCivCom. Si se encuentran unidos en una relación convivencial es de aplicación la primera parte del artículo 570²⁰ del CCivCom., sin perjuicio de las correspondientes acciones de impugnación previstas en el código en ambos supuestos. Es decir que tratándose de matrimonio o unión convivencial de un hombre y una mujer el uso de la TIC podrá ser claramente ocultada en virtud de la presunción y reconocimiento que vimos y la inscripción del nacimiento del niño/a en el Registro del Estado Civil y Capacidad

16 Art. 561 del CCivCom.: Formas y requisitos del consentimiento. La instrumentación de dicho consentimiento debe contener los requisitos previstos en las disposiciones especiales, para su posterior protocolización ante escribano público o certificación ante la autoridad sanitaria correspondiente a la jurisdicción. El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión.

17 Art. 562 del CCivCom.: Voluntad procreacional. Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos.

18 Art. 577 del CCivCom.: No es admisible la impugnación de la filiación matrimonial o extramatrimonial de los hijos nacidos mediante el uso de técnicas de reproducción humana asistida cuando haya mediado consentimiento previo, informado y libre a dichas técnicas, de conformidad con este Código y la ley especial, con independencia de quien haya aportado los gametos. No es admisible el reconocimiento ni el ejercicio de la acción de filiación o de reclamo alguno de vínculo filial respecto de éste.

19 Art. 566 del CCivCom. (Primer párrafo): Presunción de filiación. Excepto prueba en contrario, se presumen hijos del o la cónyuge los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a la interposición de la demanda de divorcio o nulidad del matrimonio, de la separación de hecho o de la muerte»

20 Art. 570 del CCivCom. (Primera parte): Principio general: La filiación extramatrimonial queda determinada por el reconocimiento.

de las Personas operará sin ningún tipo de inconveniente contando además el nacido con ambos polos filiales.

En caso de una mujer sola enmarcada dentro de un proyecto monoparental que practica una TIC, la maternidad quedará determinada en virtud del principio general establecido en el art. 565²¹ del CCivCom. Sin perjuicio de ello, el artículo 583²² del mismo cuerpo legal pone en cabeza del Registro Civil, cuando el niño se encuentre inscripto solo con filiación materna, el deber de comunicar al Ministerio Público dicha situación quien debe procurar la determinación de la paternidad y el reconocimiento del hijo por el presunto padre, debiendo instar a la madre a suministrar el nombre del presunto padre y toda la información necesaria para su localización. Entonces el niño/a nacido/a será inscripto como hijo de la mujer que lo gestó y dio a luz. En relación con el otro polo filial si la muestra de semen proviene de un banco debidamente autorizado el anonimato es una regla, por lo cual muy difícilmente podrá este donante anónimo concurrir al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas a efectuar el reconocimiento correspondiente. Pero si quien aportó el material genético para la práctica es un amigo o conocido de la mujer y luego quiere reconocer al niño/a nacido/a podrá hacerlo conforme nuestro sistema legal, entonces la posibilidad siempre va a estar latente contradiciendo así el proyecto monoparental de la mujer que lleva adelante la práctica.

Pero el escenario se complejiza aún más si se trata un matrimonio o conviviente mujeres puesto que la inscripción del niño/a nacido/a en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas como hijo de la co-madre, quien no lo gestó ni parió, no es posible conforme el sistema actual ya en el caso de hijos/as matrimoniales la presunción del primer párrafo del 566 del CCivCom. opera si se ha exteriorizado el consentimiento previo, libre e informado de él o la cónyuge conforme lo exige el segundo párrafo del citado artículo.

21 Art. 565 del CCivCom.: Principio general. En la filiación por naturaleza, la maternidad se establece con la prueba del nacimiento y la identidad del recién nacido. La inscripción debe realizarse a petición de quien presenta un certificado del médico, obstétrica o agente de salud si corresponde, que atendió el parto de la mujer a quien se le atribuye la maternidad del nacido. Esta inscripción debe ser notificada a la madre excepto que sea ella quien la solicita o que quien denuncia el nacimiento sea su cónyuge.

22 Art. 583 del CCivCom.: Reclamación en los supuestos de filiación en los que está determinada sólo la maternidad. En todos los casos en que un niño o niña aparezca inscripto sólo con filiación materna, el Registro Civil debe comunicar al Ministerio Público, el cual debe procurar la determinación de la paternidad y el reconocimiento del hijo por el presunto padre. A estos fines, se debe instar a la madre a suministrar el nombre del presunto padre y toda información que contribuya a su individualización y paradero. La declaración sobre la identidad del presunto padre debe hacerse bajo juramento; previamente se hace saber a la madre las consecuencias jurídicas que se derivan de una manifestación falsa.

Antes de remitir la comunicación al Ministerio Público, el jefe u oficial del Registro Civil debe citar a la madre e informarle sobre los derechos del niño y los correlativos deberes maternos, de conformidad con lo dispuesto en la ley especial. Cumplida esta etapa, las actuaciones se remiten al Ministerio Público para promover acción judicial

En el caso de la filiación extramatrimonial la exigencia es la misma conforme el art. 570 del CCivCom., claro está que siempre referido a las TRHA.

Es justamente la falta de regulación de las TIC lo que lleva a que la voluntad procreacional no quede exteriorizar a través del consentimiento previo, libre e informado de la co-madre, lo que constituye una vaya a los fines de la inscripción registral del hijo/a como suyo. Es este punto crucial se destaca en el fallo en estudio: «tengo acreditado por los testimonios aportados, el informe social acompañado, las entrevistas con las madres y el certificado de nacido vivo, que elemento volitivo necesario para la constitución de la tercera fuente filial existe y es concurrente durante todo el proceso de concepción y posterior nacimiento del niño. Mateo es fruto de la relación de dos mujeres unidas en convivencia. Una de ellas la madre gestante y afectiva, y la otra comadre no-gestante e idénticamente afectiva concibieron este hijo de acuerdo al deseo subjetivo de maternar el hecho objetivo del parto, determina la maternidad biológica de Milena. La intención de Lucia, determina la co-maternidad extramatrimonial».

El derecho a la inscripción después del nacimiento merece una consideración especial en el fallo en análisis en razón de que esa inscripción es el punto de partida para ser considerado persona, jurídicamente hablando, y ciudadano de un país determinado, aquel de donde corresponde el registro en el que se lo inscribió. En este caso en especial nos encontramos ante una laguna del derecho, ya que cuando la ley 26.413²³ en su art 27 establece que deben inscribirse todos los nacimientos en un plazo de cuarenta (40) días, no prevé en todo su articulado el caso de la inscripción del nacimiento, de un niño nacido por una técnica casera asistida y fruto de la voluntad procreacional de una pareja homosexual de convivientes.

Sin embargo, el Registro Civil y de Capacidad de las Personas de Concepción con fundamento en la normativa citada vulneró el derecho fundamental de Mateo a estar inscripto de pleno derecho e inmediatamente después del nacimiento, desoyendo por sobre todos los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos a la Convención Sobre los Derechos del Niño en y en especial sus artículos 2²⁴, 4²⁵ y 7²⁶ colocándolo en la situación de NN, de apátrida.

23 Véase texto completo de la Ley 26.413 en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/145000-149999/145345/norma.htm>

24 Art. 2 CDN: Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

25 Art. 4 CDN: Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención.

26 Art. 7 CDN: El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.

Así en la sentencia en estudio se pone de manifiesto que el Registro Civil y de Capacidad de las Personas, como organismo del Estado, tiene la obligación no solo de facilitar y colaborar con la identificación y registración de los niños nacidos en esta República, sino de garantizar los procedimientos sencillos y rápidos para que los recién nacidos sean identificados en forma gratuita, obligatoria, oportuna e inmediatamente después de su nacimiento, estableciendo el vínculo filial.

IV. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES

Ante la existencia de conflictos concretos como el que se presenta para ser resuelto con este fallo y la falta de regulación, sobre este tipo concepción con la utilización de TIC, la juez debe abordar el caso asegurando las garantías y el respeto por el Interés Superior del Niño y de los derechos fundamentales de las personas involucradas. Advertimos una vez más que no es bueno que existan estas lagunas legales, en la que les toca a los jueces reformular el derecho, existiendo la posibilidad de arribar a pronunciamientos tan dispares o contrapuestos que pueden poner en riesgo la seguridad jurídica del niño concebido por técnicas de inseminación caseras.

Es necesario comprender y reconocer los cambios de paradigmas dando la solución más adecuada como en este caso donde se ordena la inscripción de Mateo a nombre de sus madres en una sentencia con un formato y presentación para destacar donde el arte tiene un espacio y con pocos precedentes en Argentina, en razón de que la misma, se aleja de las ya instaladas presunciones judiciales, y las distintas habilitaciones que ordenan a las madres solteras sino denuncian el nombre del padre que sea inscripto solo a nombre de ella, sin la posibilidad de sumar como progenitora a otra mujer. Sin olvidar o dejar de lado derechos fundamentales como el derecho a la identidad, a la salud, a formar una familia etc., en los que cimienta el reconocimiento de este emplazamiento que se reclama, podemos resaltar que el principal eje para determinar la filiación, es la voluntad pro creacional, de esta pareja que desea tener un hijo y no lo pueden concretar de la forma tradicional, por eso acceden a otras formas de procrear, pero con la particularidad de que la construcción del parentesco que buscan, al tener esta génesis no será fundado en vínculos biológicos sino en vínculos socioafectivos. La voluntad pro creacional de Milena y Lucía va unida al compromiso de asumir una responsabilidad parental que merece protección jurídica, y resulta trascendental ya que como consecuencia de ella harán nacer un vínculo filial.

Este fallo que comienza con una mirada poética, nos habilita para terminar este comentario igual, tanto fue el deseo de estas mujeres de maternar que recurrieron a un método que implica dificultades de todo tipo, y al final, luego de todo lo vivido y sufrido por la incertidumbre de los resultados, Mateo fue inscripto a nombre de sus dos madres, como hijo de Milena y Lucía, consiguiendo este niño recuperar sus derechos, la identidad y dignidad que estuvieron en suspenso hasta el dictado de la sentencia, por falta de legislación. Tomamos para cerrar el comentario, el mensaje de la Dra. Rey Galindo para el niño

cuya inscripción filiatoria se perseguía, de donde surge a todas luces el justo resultado conseguido. Así las cosas, podemos concluir del análisis de este fallo que el derecho y los escritos en los que se expresa, pueden ser humanizados, amorosos y una manifestación de respeto por los sentimientos más caros de las personas y que lleguen de la mejor forma a las personas a quienes la resolución va dirigida.

«Mateo, hijo de la fuerza evolutiva y el azar. Acogido por la ley y el amor. Beneficiado por la tecnología. Que esta sentencia pueda significar tu patria grande, que con humanidad te recibe. Restituye tu dignidad y fortifica tu identidad».

Necesidad de los Alimentos - Posibilidades Económicas del Alimentante- 28-abril-2022
Perspectiva de Género - Responsabilidad Parental - Cuidado Personal -
Tribunal de Disciplina - Apercebimiento - Oficio - Cuota Alimentaria -
Derechos y Deberes del Abogado - Ética Profesional - Obrar Diligente -
Buen Profesional - Código Civil y Comercial de la Nación



Derechos con perspectiva de género: Un análisis a partir de la distribución de las tareas de cuidado y el ejercicio de la responsabilidad parental

POR CATRIEL J. NIEVE BENSABATH¹

MJ-DOC-16541-AR | MJD16541

Sumario: I. Introducción. II. La inequitativa distribución de las tareas de cuidado. III. Obligaciones estatales. Adaptación de la legislación interna. Código Civil y Comercial de la Nación. IV. Responsabilidad parental. Perspectiva de género en la distribución de las tareas de cuidado. V. Reconocimiento del valor económico de las tareas de cuidado. Jurisprudencia. VI. Conclusiones. VII. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Los sistemas de distribución de las tareas de cuidado evidencian una fuerte desigualdad que merece ser analizada a efectos de garantizar el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia. En ese cometido, el carácter transformador del derecho tiene un rol fundamental.

La constitucionalización del derecho privado y la incorporación al bloque constitucional de los tratados internacionales de Derechos Humanos (artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional) tuvieron un fuerte impacto en el Derecho de las Familias.

1 Abogado distinguido como egresado sobresaliente (UNC). Escribano (UES21). Adscrito de la asignatura «Derecho Privado VI: Familia y Sucesiones» (UNC). Profesor invitado de la asignatura opcional «Derecho de Niñez y Adolescencia. Hacia una disciplina autónoma» (UNC). Miembro del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba. Autor de libros y publicaciones en su área disciplinar.

La incorporación de la perspectiva de género como precepto interpretativo exigió la reelaboración de las soluciones que brindaba el derecho a los fines de satisfacer los estándares internacionales en la materia.

La sanción de Código Civil y Comercial de la Nación supuso un avance notable en el reconocimiento de los derechos de las mujeres y en la efectivización de la igualdad de los miembros de la familia.

En esa línea, la presente entrega pretende visibilizar las implicancias de la inequidad distributiva de cargas y beneficios derivados del cuidado y su influencia en el Derecho de las Familias, en particular, en el ejercicio de la responsabilidad parental. Para ello, resulta imperioso abordar brevemente algunas nociones nodales relativas al género, los roles sociales y el cuidado como categoría analítica; y, posteriormente, analizar el marco normativo nacional e internacional y las decisiones judiciales que dan cuenta de la problemática planteada.

II. LA INEQUITATIVA DISTRIBUCIÓN DE LAS TAREAS DE CUIDADO

En términos generales, cuidar implica la atención y satisfacción de aquellas necesidades físicas, biológicas, afectivas y emocionales que tienen las personas. Si bien todas las personas necesitan de cuidados, aquellas que son dependientes, ya sea por encontrarse en los extremos de la vida (niñez, ancianidad) o por otras razones (enfermedades, discapacidad) requieren de una mayor cantidad de cuidados y/o de cuidados especiales².

El cuidado, así expresado, deviene fundamental para nuestra supervivencia como especie y se proyecta como inherente a nuestra condición humana. Por ello, junto a Verónica Ruiú, hemos sostenido que cuidar, cuidarse y ser cuidados son derechos humanos y, como tales, partícipes de las características de universalidad, inalienabilidad, irrenunciabilidad, imprescriptibilidad e indivisibilidad y, en consecuencia, jurídicamente exigibles³.

Los cuidados cumplen un rol fundamental en la vida de las personas y en el entramado socioeconómico de los Estados. Pese a lo dicho, la distribución de las responsabilidades derivadas de éstos, adolece de grandes desigualdades.

Por un lado, existe una distribución desigual de las responsabilidades de cuidado entre los diferentes actores sociales involucrados en su provisión (hogares, Estado, mercado y organizaciones comunitarias).

2 GHERARDI, N; PAUTASSI, L.& ZIBECCHI, C. (2012). «De eso no se habla: el cuidado en la agenda pública. Estudio de opinión sobre la organización del cuidado» Buenos Aires, Argentina: Equipo Latinoamericano de Justicia y Género- ELA.

3 RUIU, M. V. y NIEVE BENSABATH, C. J. (2020). Los cuidados en clave de derechos. Córdoba, Argentina: Revista Actualidad Jurídica 'Familia & Niñez' N°196.

En este sentido, Gherardi señala que a pesar de las transformaciones que han atravesado las distintas formas de organizaciones familiares, el cuidado es concebido como una responsabilidad primaria de las familias, que deben resolver en el ámbito privado⁴.

En la misma línea, Aguirre sostiene que la crisis económica de la región, las transformaciones de los Estados y la orientación de las políticas sociales en las últimas décadas se encaminaron a privatizar la responsabilidad por el bienestar social, transfiriendo a otras esferas —familias, comunidades y mercado— tareas que en ciertos casos los Estados dejan de cumplir⁵.

Por otro lado, la desigualdad en la distribución de responsabilidades se verifica al interior de los hogares, entre varones y mujeres. Esto responde a una construcción sociocultural e histórica, basada en el androcentrismo, que sostiene una desigual división sexual del trabajo y la naturalización de la capacidad de las mujeres para cuidar.

El género, en tanto categoría relacional construida históricamente, expresa un orden jerárquico entre varones y mujeres. Los roles que socialmente han sido y son asignados a varones y mujeres evidencian una desigualdad en la distribución de cargas y beneficios que favorecen sistemáticamente a los primeros en desmedro de las últimas.

La división sexual del trabajo supone la existencia de un orden social patriarcal en donde la esfera privada —reservada a las mujeres— y la esfera pública —reservada a los varones— aparecen como contrapuestas. Las funciones públicas y privadas aparecen sexuadas, los hombres producen y las mujeres reproducen; el trabajo del varón es productivo (genera salario) mientras que el trabajo de la mujer es reproductivo (no genera salario), sobre ella pesa de manera exclusiva la atención del hogar, del esposo y de la familia.

La división sexual del trabajo evidencia una división basada en diferencias de género, da cuenta de los roles que socialmente son asignados a varones y mujeres.

En tanto, la naturalización de la capacidad de las mujeres para cuidar, obedece a una construcción social que tiene como sustento las características biológicas de los sexos, en virtud de la cual la mujer tiene la capacidad biológica exclusiva de parir y amamantar. Con base en ello, se considera que tal capacidad conlleva de manera indubitable una idoneidad superior y natural para las tareas de cuidado. La naturalización de las responsabilidades femeninas en el cuidado sostiene las asimetrías de género en sentido horizontal

4 GHERARDI, N. (2009). «El acceso al cuidado desde un enfoque de derechos: nuevos escenarios, nuevos actores». Reunión de Especialistas Análisis de la crisis económica y financiera desde la perspectiva de género: entendiendo su impacto sobre la pobreza y el trabajo de las mujeres. México: CEPAL.

5 AGUIRRE, R. (2005). «Los cuidados familiares como problema público y objeto de políticas». En: Políticas hacia las familias, protección e inclusión social. Chile: Informe de la División de Desarrollo Social de la CEPAL.

(entre miembros de la pareja), las que muchas veces se trasladan también verticalmente derivando responsabilidades de madres y padres a hijos y particularmente a hijas⁶.

Por lo dicho, las mujeres se enfrentan a una doble o triple jornada a fin de conciliar la vida laboral y familiar, prescindiendo del tiempo de descanso y ocio, de la atención de sus necesidades o inquietudes personales y de su autocuidado. De este modo, el empleo femenino se encuentra condicionado por las responsabilidades que las mujeres deben afrontar en el ámbito familiar. Por el contrario, el empleo masculino sólo se ve afectado por la capacidad de los varones para desarrollar una determinada tarea y por las clásicas leyes de oferta y demanda laboral⁷.

Tal realidad tiene graves consecuencias para las mujeres en términos de calidad de vida y de ejercicio de derechos, la renuncia a los tiempos de descanso, esparcimiento y ocio provoca mayor cansancio; el esfuerzo emocional que implica la provisión de cuidado supone un alto costo psicológico; y la dificultad para conciliar la vida laboral y familiar limita sus posibilidades de inserción laboral.

Como puede apreciarse, la inequidad distributiva profundiza diversos aspectos de la desigualdad y evidencia un espacio de vulneración de derechos. La problemática del cuidado y la determinación sobre quién lo provee (para sí o para otros) remite a un problema de ejercicio de derechos⁸.

El análisis debe centrarse en las posibilidades reales y concretas de ejercicio de los derechos en forma plena y efectiva, con independencia de su consagración legal. El objetivo es que hombre y mujeres participen en condiciones de igualdad tanto en la esfera pública como en la privada. Ello supone necesariamente la deconstrucción de los conceptos tradicionales de maternidad y paternidad. Repárese en que en el marco de la X Conferencia Regional de la Mujer de América Latina y el Caribe (2007), a través del Consenso de Quito, los Estados de la región, en diálogo con la sociedad civil, asumieron el compromiso de formular y aplicar políticas de Estado que favorezcan la responsabilidad compartida equitativamente entre mujeres y hombres en el ámbito familiar, superando los estereotipos de género, reconociendo la importancia del cuidado y del trabajo doméstico para la reproducción económica y el bienestar de la sociedad como una de las formas de superar la división sexual del trabajo.

En la misma línea, la meta 5.5 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible para el año 2030, exige asegurar la participación plena y efectiva de las mujeres y la igualdad de oportunidades de liderazgo a todos los niveles decisorios en la vida política, económica y pública.

6 ZIBECCHI, C. (2014). *¿Cómo se cuida en Argentina?: definiciones y experiencias sobre el cuidado de niños y niñas*. Buenos Aires, Argentina: Equipo Latinoamericano de Justicia y Género - ELA.

7 Ob. Cit.

8 PAUTASSI, L. (2007), «El cuidado como cuestión social: una aproximación desde el enfoque de derechos». Santiago de Chile, Chile: CEPAL. Serie Mujer y Desarrollo N° 87.

Lo dicho pone de manifiesto la imperiosa necesidad de propiciar un sistema de distribución de cuidados que reconozca y efectivice la plenitud de los derechos de las mujeres.

III. OBLIGACIONES ESTATALES. ADAPTACIÓN DE LA LEGISLACIÓN INTERNA. CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

Como se señalare en acápite precedentes, reconocer la existencia de un derecho humano al cuidado exige la implementación de medidas, procedimientos y mecanismos que con tinte de justicia social logren disminuir las desigualdades que evidencia la lógica del cuidado. Dicha labor, supone la participación del Estado en el diseño, ejecución y evaluación de políticas públicas que promuevan una organización social del cuidado más justa a fin de alcanzar una sociedad más democrática y equitativa.

Los estados, a través de diversos instrumentos internacionales, han advertido la inequidad en la distribución de las tareas de cuidado y se han comprometido a adaptar sus legislaciones internas a los estándares internacionales en la materia. La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (en adelante CEDAW)⁹, en su artículo 11 inciso 2.c dispone que los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños.

9 La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés). Artículo 11:2. A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para: a) Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil; b) Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o los beneficios sociales; c) Alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños;

d) Prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajos que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella. 3. La legislación protectora relacionada con las cuestiones comprendidas en este artículo será examinada periódicamente a la luz de los conocimientos científicos y tecnológicos y será revisada, derogada o ampliada según corresponda. Disponible en <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-elimination-all-forms-discrimination-a-ainst-women>. Última consulta: 20/03/2022

La Convención de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes (en adelante CDN)¹⁰, en su artículo 18.1 señala que corresponde al Estado garantizar el reconocimiento del principio que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño.

En el orden interno, la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCyC)¹¹ supuso una fuerte revisión de las instituciones jurídicas del derecho argentino. El libro segundo «Relaciones de Familia» ilustra la actividad estatal tendiente a adaptar la legislación interna a efectos de honrar los compromisos asumidos en el ámbito internacional. En ese sentido, el instituto de la responsabilidad parental (ex - patria potestad) es uno de los que mayores modificaciones ha sufrido con tres objetivos fundamentales: la democratización de las relaciones familiares, el reconocimiento del carácter de sujetos de derechos de los niños, niñas y adolescentes y la efectivización de la igualdad entre los progenitores. Sobre este punto, avanzaremos en el próximo apartado.

IV. RESPONSABILIDAD PARENTAL. PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA DISTRIBUCIÓN DE LAS TAREAS DE CUIDADO

El artículo 638 del CCyC define la 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».

Repárese en la pertinencia de la redacción que antepone 'deberes' a 'derechos', receptando la doctrina de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes y abandonando la antigua concepción en la que primaban las facultades paternalistas, en donde la responsabilidad parental (ex - patria potestad) en sus inicios, miraba a los adultos, diseñada

10 Convención de los Derechos del Niño. Artículo 18: 1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño. 2. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños. 3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas. Disponible en <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-child>. Última consulta: 20/03/2022.

11 Código Civil y Comercial de la Nación (Ley N° 26.994). Disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>. Última consulta: 20/03/2022.

a su medida y no a la de los/las niños/as, los que eran considerados objeto de protección, con presidencia de su subjetividad¹².

Por su parte, el artículo 640 del CCyC regula la titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental, el cuidado personal del hijo/a por los progenitores y la guarda otorgada por el juez a un tercero.

La titularidad de la responsabilidad parental es el conjunto de deberes y derechos que la norma reconoce a ambos progenitores por su condición de tales. Ahora bien, esta titularidad puede estar acompañada o no del ejercicio de la responsabilidad parental, que supone el actuar concretamente, o sea, la puesta en práctica de aquellos deberes y funciones. De ahí se desprende que la titularidad podría presentarse bajo dos modalidades: una es la de estar acompañada del ejercicio actual de la responsabilidad parental y otra, por carecer de este último, ya que sólo tendrán facultades potenciales¹³.

Por otro lado, el cuidado personal es el conjunto de deberes y facultades de los progenitores referidos a la vida cotidiana de los hijos (artículo 648 CCyC). Allí puede apreciarse la bondad de la legislación al abandonar el arcaico sistema que otorgaba a uno de los progenitores 'la tenencia' y al otro 'el régimen de visitas', lo que en la práctica reforzaba estereotipos de género —preferencia materna— y provocaba la judicialización de los desacuerdos cotidianos entre los progenitores.

La regla es el cuidado personal compartido; el cuidado personal unilateral se justifica cuando hay un solo vínculo filiatorio o cuando ello responde al resguardo del interés superior del niño.

El cuidado personal compartido puede implementarse mediante dos modalidades: 1) Alternado: el hijo pasa períodos de tiempo con cada uno de sus padres, según la organización y posibilidades de la familia; 2) Indistinto: el hijo reside de manera principal en el domicilio de uno de los progenitores, pero ambos asumen en conjunto las decisiones y se distribuyen de modo equitativo las labores atinentes a su cuidado (artículo 650 CCyC). Prevalece esta última modalidad. En el supuesto de cuidado atribuido a uno de los progenitores, el otro tiene el derecho y el deber de fluida comunicación con el/la hijo/a.

12 El artículo 639 del CCyC establece que los principios rectores del instituto de la responsabilidad parental son el interés superior del niño, la autonomía progresiva conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo y el derecho a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez. Código Civil y Comercial de la Nación (Ley N° 26.994). Disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>. Última consulta: 20/03/2022.

13 MIZRAHI, Mauricio Luis (2016). Responsabilidad parental. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea, 1ª reimpr. p. 369.

Como puede apreciarse, el Código Civil y Comercial de la Nación —fuertemente influenciado por los principios rectores de la CDN y de la Ley N° 26.061¹⁴— remarca que ambos progenitores tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo de los hijos. En otras palabras, consagra el principio de corresponsabilidad parental como directriz, esto es, el derecho de los niños, niñas y adolescentes a crecer y desarrollarse con el acompañamiento y cuidado de ambos progenitores, en condiciones de igualdad, pese a que no convivan. En este sentido, Kemelmajer de Carlucci y Molina de Juan expresan que la noción de coparentalidad responde a un sistema familiar democrático en el que cada uno de sus miembros ejerce su rol sobre la base de la igualdad y el respeto recíproco; importa una dinámica vincular entre los padres y sus hijos/as que persigue mantener las responsabilidades parentales en cabeza de ambos adultos¹⁵.

Al reparar en la inequidad del reparto de las tareas de cuidado entre hombres y mujeres que se verifica al interior de los hogares, cobra relevancia el análisis de la corresponsabilidad parental; pues surge clara la injusticia de dicha distribución signada por estereotipos, roles y desigualdades de género. La coparentalidad expone con claridad la imagen de hombres y mujeres compartiendo ámbitos históricamente reservados a las mujeres.

Esta cosmovisión supone una clara consagración del principio de igualdad entre los progenitores, el abandono de figuras centrales y periféricas en procura de garantizar el trabajo conjunto y colaborativo de ambos en la crianza de sus hijos. Hombres y mujeres —padres y madres— tienen responsabilidades y obligaciones comunes e iguales en lo que respecta al cuidado, desarrollo y formación integral de sus hijos¹⁶. En este sentido,

14 Ley N° 26.061 de Protección Integral de los derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes. Artículo 7: La familia es responsable en forma prioritaria de asegurar a las niñas, niños y adolescentes el disfrute pleno y el efectivo ejercicio de sus derechos y garantías. 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. Los Organismos del Estado deben asegurar políticas, programas y asistencia apropiados para que la familia pueda asumir adecuadamente esta responsabilidad, y para que los padres asuman, en igualdad de condiciones, sus responsabilidades y obligaciones. Disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/110000-114999/110778/texact.htm>. Última consulta: 20/03/2022.

15 KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y MOLINA DE JUAN, Mariel F.(2015) - «Una visión transversal de la ley, la sociedad y la praxis judicial en la responsabilidad parental. El desafío de compartir». LA LEY 09/10/2015, 09/10/2015, 1 - LA LEY2015-E, 1137

16 La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés). Artículo 16:1. 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: a) El mismo derecho para contraer matrimonio; b) El mismo derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio sólo por su libre albedrío y su pleno consentimiento; 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,

cabe poner de resalto que la mentada igualdad de roles o funciones en la organización de la vida familiar torna inaceptable toda diferenciación en razón del género.

V. RECONOCIMIENTO DEL VALOR ECONÓMICO DE LAS TAREAS DE CUIDADO. JURISPRUDENCIA

Ciertamente, la coparentalidad es el sistema de distribución de las tareas de cuidado más respetuoso de la igualdad de los progenitores.

Ahora bien, otro avance en la materia es el reconocimiento del valor económico que tienen las tareas de cuidado. El artículo 660 del CCyC establece que las tareas cotidianas que realiza el progenitor que ha asumido el cuidado personal del hijo tienen un valor económico y constituyen un aporte a su manutención.

La mentada norma incorpora una novedad sumamente importante: la visibilización legal del contenido económico de las tareas de cuidado personal. Efectivamente, dar cabal cumplimiento a las funciones de atención, supervisión, desarrollo y dirección de la vida cotidiana en los hijos implica un esfuerzo físico y mental imprescindible, y tal vez deseado. Pero objetivamente insume una cantidad de tiempo real que se traduce en valor económico, ya que el tiempo, en una sociedad compleja como la contemporánea, es una de las variables de mayor, sino exclusivo, contenido económico. Las tareas de cuidado adquieren valor económico por disposición legal, pues el art. 271 CC imponía la obligación alimentaria a ambos padres, incluso con posterioridad al divorcio, y no obstante que uno de ellos ejerciera la tenencia, no consideraba en forma expresa que tal ejercicio implicara una modalidad de cumplimiento de la obligación. Por lo tanto, aquel progenitor que asuma en mayor intensidad tales tareas de cuidado de los hijos, luego de producida la separación, matrimonial o no, o inclusive si nunca convivieron ambos progenitores,

los intereses de los hijos serán la consideración primordial; e) Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos; f) Los mismos derechos y responsabilidades respecto de la tutela, curatela, custodia y adopción de los hijos, o instituciones análogas cuando quiera que estos conceptos existan en la legislación nacional; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial; g) Los mismos derechos personales como marido y mujer, entre ellos el derecho a elegir apellido, profesión y ocupación; h) Los mismos derechos a cada uno de los cónyuges en materia de propiedad, compras, gestión, administración, goce y disposición de los bienes, tanto a título gratuito como oneroso. 2. No tendrán ningún efecto jurídico los esponsales y el matrimonio de niños y se adoptarán todas las medidas necesarias, incluso de carácter legislativo, para fijar una edad mínima para la celebración del matrimonio y hacer obligatoria la inscripción del matrimonio en un registro oficial. Disponible en <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-elimination-all-forms-discrimination-a-ainst-women>. Última consulta: 20/03/2022

aporta a su manutención, circunstancia que deberá ser valorada en el caso de resultar necesario establecer judicialmente la cuantía de la obligación alimentaria¹⁷.

El CCyC asume que el cuidado personal dispensado por uno de los progenitores tiene valor económico, por lo que debe ser computado a los fines del cumplimiento de la obligación alimentaria que recae sobre ambos progenitores. En esa línea, Pitrau señala que 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 parental¹⁸.

En este sentido, cabe tener presente que la jurisprudencia no ha sido ajena a las transformaciones logradas sobre el instituto de la responsabilidad parental, acompañando el proceso evolutivo de la legislación nacional.

En los autos caratulados «B., V. F.Y OTRO - SOLICITA HOMOLOGACIÓN - RECURSO DE APELACIÓN»¹⁹, en oportunidad en que se debatía sobre reducción de cuota alimentaria, la Cámara señaló que «no puede soslayarse que el ordenamiento jurídico otorga un valor económico a las actividades cotidianas que realiza la progenitora que ha asumido el cuidado personal de la hija, por lo que constituye un aporte a su manutención (art. 660 CCCN). En el caso, esto se traduce en que la distribución de los gastos en relación a la joven, recaen en mayor medida sobre la progenitora con quien convive y se ocupa de manera diaria de sus necesidades, más aun si se tiene en cuenta el monto al que alcanza la cuota alimentaria que abona el señor B. Mal puede entonces el recurrente solicitar una distribución equitativa de los alimentos, cuando la realidad indica que los gastos son soportados en mayor medida por la progenitora».

En otro precedente «M., M. F. Y OTRO - SOLICITA HOMOLOGACIÓN - RECURSO DE APELACIÓN»²⁰, en oportunidad en que se debatía sobre la fijación de una nueva cuota alimentaria a favor de los hijos en común, la Cámara expresó que «La nueva cuota alimentaria debió ser fijada sólo a cargo del progenitor no conviviente. Es que, en este punto, el juzgador omitió considerar lo dispuesto por el art. 660 del CCCN desconociendo las tareas y prestaciones que efectúa la peticionante en el cuidado personal de los hijos, desde que

17 PELLEGRINI, V. (2015), comentando el artículo 660 en Código Civil y Comercial de la Nación comentado / Gustavo Caramelo; Sebastián Picasso; Marisa Herrera. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, 2015, p. 509-510.

18 PITRAU, O. F. (2014), «Alimentos para los hijos: el camino desde la Convención de los Derechos del Niño hasta el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación», en GRAHAM M. y HERRERA M. - Derecho de las familias, infancia y adolescencia: una mirada crítica y contemporánea - 1º ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, 2014, p. 402.

19 Auto N°101 de fecha 22/08/2018. Excma. Cámara de Familia de la ciudad de Córdoba. Inédito.

20 Auto N°68 de fecha 19/06/2019. Excma. Cámara de Familia de la ciudad de Córdoba. Inédito.

pasan la mayor parte del tiempo con ella. Si bien (los progenitores) pactaron el cuidado personal compartido con la modalidad indistinta, aclararon que los niños permanecerían en el domicilio habitual de la madre la mayor parte del tiempo. Más aun, al acordar el régimen de comunicación del padre y los niños se estableció en un fin de semana de por medio. La lectura del referido acuerdo permite sostener que en la resolución en crisis no ha sido debidamente meritada la circunstancia de que es la progenitora quien destina la mayor parte de su tiempo a brindar dedicación, supervisión, cuidados y atenciones, lo cual tiene un valor económico conforme el art. 660 del CCCN; limitándose el progenitor a compartir un fin de semana de por medio con sus hijos».

Como puede apreciarse a la luz de las modificaciones legislativas y del acompañamiento de la jurisprudencia, el reconocimiento del valor económico de las tareas de cuidado evidencia una transformación de la inequidad distributiva de las tareas de cuidado entre hombre y mujeres y el fortalecimiento de la corresponsabilidad parental como sistema de distribución de cargas derivadas del cuidado.

VI. CONCLUSIONES

Hasta aquí hemos dicho que la distribución desigual de las cargas y beneficios entre hombres y mujeres, producto de la persistente división sexual del trabajo y de la profundización de la crisis de los cuidados, evidencia una fuerte desigualdad.

Reconocer la existencia de un derecho humano al cuidado exige la implementación de medidas, procedimientos y mecanismos tendientes a disminuir las desigualdades que evidencia la lógica del cuidado. Evidenciada la inequidad distributiva, impera un debate complejo y estructural respecto al reconocimiento y redistribución de derechos con perspectiva de género.

Dicha labor, supone la participación del Estado en el diseño, ejecución y evaluación de políticas públicas que promuevan una organización social del cuidado más justa a fin de alcanzar una sociedad más democrática y equitativa.

La adecuación de la normativa interna producto de la incorporación al plexo constitucional de instrumentos internacionales de derechos humanos produjo, entre otras cosas, la constitucionalización y convencionalización del derecho privado (artículo 75 inciso 22 Constitución Nacional); es decir, la reelaboración de las instituciones, preceptos y normas del derecho privado a la luz de los principios de raigambre constitucional y convencional.

Un claro ejemplo de ello es el instituto de la responsabilidad parental, cuya adecuación normativa responde a tres objetivos fundamentales: la democratización de las relaciones familiares, el reconocimiento del carácter de sujetos de derechos de los niños, niñas y adolescentes y la efectivización de la igualdad entre los progenitores

El involucramiento responsable de ambos progenitores en la crianza de sus hijos, en condiciones de igualdad, promueve la participación activa de ambos en el desarrollo so-

cio-educativo del niño/a y fomenta una actitud colaborativa en términos de ganar-ganar, desalentando disputas estériles que arrojan 'victorias' sesgadas, sólo fomentadas por la dialógica del conflicto.

El reconocimiento del valor económico de las tareas de cuidado, asumidas principalmente por las mujeres por las razones esgrimidas en los primeros apartados, supone la consagración del principio de igualdad entre hombres y mujeres, sobre el tamiz de la perspectiva de género que pregonan los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos de las mujeres.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUIRRE, R. (2005). «Los cuidados familiares como problema público y objeto de políticas». En: Políticas hacia las familias, protección e inclusión social. Chile: Informe de la División de Desarrollo Social de la CEPAL.
- BARRANCOS, D.(2011). «Género y Ciudadanía en la Argentina». Buenos Aires, Argentina. Revista Iberoamericana. Nordic Journal of Latin American and Caribbean Studies. Vol. XLI: 1-2 2011.
- GHERARDI, N. (2009). «El acceso al cuidado desde un enfoque de derechos: nuevos escenarios, nuevos actores». Reunión de Especialistas Análisis de la crisis económica y financiera desde la perspectiva de género: entendiendo su impacto sobre la pobreza y el trabajo de las mujeres. México: CEPAL.
- GHERARDI, N; PAUTASSI, L. & ZIBECCHI, C. (2012). «De eso no se habla: el cuidado en la agenda pública. Estudio de opinión sobre la organización del cuidado» Buenos Aires, Argentina: Equipo Latinoamericano de Justicia y Género- ELA.
- GRAHAM M. y HERRERA M. (2014) - «Derecho de las familias, infancia y adolescencia: una mirada crítica y contemporánea» - 1º ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus.
- HERRERA, M., CAMELO, G. y PICASSO, S. (Dir.) (2015). «Código Civil y Comercial de la Nación comentado». Buenos Aires, Argentina: Infojus.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., HERRERA M. y LLOVERAS N. (Dir.) (2014) - Tratado de derecho de familia. Según el Código Civil y Comercial del 2014, Tomo I, II, III y IV. Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2014.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. y MOLINA DE JUAN, M. F. (2015) - «Una visión transversal de la ley, la sociedad y la praxis judicial en la responsabilidad parental. El desafío de compartir». LA LEY 09/10/2015, 09/10/2015, 1 - LA LEY2015-E, 1137.
- LLOVERAS N. (Dir.) (2016) - Manual de derecho de las familias. 1º ed. mejorada. Jurídica Mediterránea. Córdoba, 2016.
- MIZRAHI, Mauricio Luis (2016). Responsabilidad parental. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea, 1ºreimpresión.

- PAUTASSI, L. (2007). «El cuidado como cuestión social: una aproximación desde el enfoque de derechos». Santiago de Chile, Chile: CEPAL. Serie Mujer y Desarrollo N° 87.
- PAUTASSI, L. & RODRÍGUEZ ENRIQUEZ C. (Coordinadoras). (2014). «La organización social del cuidado de niños y niñas Elementos para la construcción de una agenda de cuidados en Argentina». Buenos Aires, Argentina: Equipo Latinoamericano de Justicia y Género- ELA.
- RUIU, M. V.y NIEVE BENSABATH, C. J. (2020). Cuidados y Responsabilidad Parental. Córdoba, Argentina: Revista Actualidad Jurídica 'Familia & Niñez' N°198.
- ZIBECCHI, C. (2014). ¿Cómo se cuida en Argentina?: definiciones y experiencias sobre el cuidado de niños y niñas. Buenos Aires, Argentina: Equipo Latinoamericano de Justicia y Género - ELA.

Donación - Ingratitud - Rendición de Cuentas - Herederos -
Usufructo - Revocación de la Donación - Injurias Graves -
Código Civil y Comercial de la Nación

24-abril-2022



Ingratitud del donatario por injurias graves hacia su madre

POR ROMINA GAGGIA¹

[MJ-DOC-16532-AR](#) | [MJD16532](#)

Sumario: *I. Introducción. II. El fallo anotado. III. Revocación de donaciones. IV. Causal de ingratitud. V. Obligación de rendición de cuentas. VI. Efectos de la revocación. VII. Otros casos jurisprudenciales. VIII. Conclusión.*

I. INTRODUCCIÓN

La Sala II de la Cámara Civil y Comercial de Azul, con fecha 8 de marzo de 2022, confirmó la sentencia que hizo lugar a la revocación de la donación por la causal de ingratitud del donatario por injurias graves inferidas a la donante.

En este artículo nos centraremos en varios aspectos, en tanto son los que aparecen en el caso que tomaremos como punto de partida para el análisis.

En primer término, analizaremos cuáles son las causas legales que habilitan la revocación de la donación, y en especial la causal de injurias graves.

Abordaremos también la obligación del mandatario de rendir cuentas y su relación con la ingratitud.

Por último, señalaremos cuáles son los efectos de la revocación y presentaremos otros casos jurisprudenciales sobre el tema.

¹ Abogada (UBA), Profesora Derecho de Familia y Sucesiones, UBA y UCES.

II. EL FALLO ANOTADO

Del fallo anotado² se desprende que en el año 1984 la actora, madre del demandado, realizó una donación sin cargo alguno de dos fracciones de campo ubicadas en el partido de Tandil que constituyen una sola unidad de explotación agroeconómica a favor de sus dos hijos. Asimismo, los donatarios aceptaron la donación, declararon estar en posesión de los inmuebles adquiridos, y constituyeron un usufructo vitalicio a favor de sus padres.

En el relato de los hechos, la actora manifestó que la reserva de usufructo la realizó para gozar en vida de los frutos civiles y comerciales de toda naturaleza emergentes de los inmuebles donados, confiando siempre en su hijo varón para que utilizara y realizara todas las tareas necesarias e inherentes a tal fin; por lo que así fue consintiendo una serie de actos civiles y comerciales, confiando en la relación de madre a hijo. Con este propósito se realizó un mandato general y expreso de administración de los campos en cabeza del hijo, resultando claro que los usufructuarios necesitaban recibir los frutos de los predios rurales para su subsistencia, pues ya eran personas de avanzada edad al momento de formalizarse la escritura de donación.

La actora menciona que promediando el año 2004, comenzó a requerir explicaciones a su hijo, solicitando la rendición de cuentas de todos los frutos obtenidos por los inmuebles donados, pues los ingresos económicos no le parecían razonables y afines al carácter alimentario de los mismos. Señala que, ante la falta de respuesta, comenzó a indagar sobre el estado, ocupación y explotación de los inmuebles, para finalmente comprobar que su hijo la venía privando de los legítimos ingresos de los frutos de toda índole que por el usufructo le correspondían.

Es por ello, que ante el supuesto ocultamiento de las utilidades y/o mala administración de los bienes donados, la actora decidió iniciar un juicio por «rendición de cuentas» contra su hijo, en el año 2005.

A partir de la disputa judicial, la actora señaló que su hijo comenzó a tener una conducta renuente e injuriante hacia su persona, que la ha dañado moral y económicamente con un alto nivel de ingratitud, por lo que se ha visto compelida a entablar una demanda de revocación de la donación que realizara oportunamente, en forma parcial y solo con referencia al hijo que cometió las injurias. En este sentido, la actora solicitó la revocación solamente respecto a uno de los donatarios, correspondiente al cincuenta por ciento indiviso de los inmuebles consignados, «al haber violado éste no sólo los actos jurídicos y obligaciones a su cargo respecto de la suscripta sino porque además la injurió en la forma más penosa en que un hijo puede hacerlo respecto de quien le diera la vida».

El tribunal de primera instancia, con fecha 10/6/2014, hizo lugar a la acción de revocación del contrato de donación gratuita con reserva de usufructo celebrado entre las partes,

2 Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, Sala II, «I. D. P. A. c/ P. E. H. | revocación de donación», 8-mar-2022, MJ-JU-M-136273-AR | MJJ136273.

por la causal de ingratitud (art. 1858 incs. 2 y 3 del Código Civil), y con efecto retroactivo al día de la celebración del contrato (29/11/1984).

En los argumentos de la sentencia se expresó que el demandado administraba las fracciones de campo, y que en su carácter de administrador-mandatario no rindió cuentas en debida forma (detallando los ingresos y egresos en forma clara, precisa y documentada), incumpliendo, en consecuencia, las obligaciones principales de todo mandatario (arts. 1904, 1911 y ccs. del Código Civil). Asimismo, «el demandado no ha entregado lo recibido en virtud del mandato, privando a la actora de lo que le correspondía (producido de los arrendamientos), incumpliendo con lo prescripto por el art. 1930 del Cód. Civil». A modo de colofón se afirma que «todos los actos descriptos y acreditados, ejercidos por el demandado, implican comportamientos ingratos e injuriantes que encuadran en la causal de revocación de contrato de donación, atento la desatención en la ancianidad de su progenitora, mandante y usufructuaria de los bienes en cuestión (inc. 2 y 3 del art. 1858 del Cód. Civil).

Dicha sentencia fue revocada por prematura por la Cámara, por considerar que primero era necesario que se dictara sentencia en el proceso de rendición de cuentas. Ello, a fin de contar con una resolución que abordara la cuestión previa respecto del caso, relativa a si el demandado debía o no rendir cuentas. Se continuó expresando en dicho pronunciamiento, que «recién después de dictada esta última resolución podrá conocerse con certeza jurídica si efectivamente el demandado en autos omitió entregar a la accionante, en todo o en parte, la renta que le correspondía en su calidad de cusufructuaria, y, en consecuencia, es recién a partir de dicha instancia que se reunirán los presupuestos necesarios para analizar la procedencia de la acción de revocación de donación».

Finalmente, con fecha 23/2/2021 el juez dictó sentencia teniendo en cuenta que en el caso de «rendición de cuentas» se rechazaron las cuentas pretendidas por el demandado y se estableció un saldo deudor, confirmando el ocultamiento de ingresos.

Es por ello que determina la revocación de la donación sustentado en que «los actos ejercidos por el demandado hacia su madre, implican comportamientos ingratos e injuriantes que encuadran en la causal de revocación de contrato de donación, atento la desatención en la ancianidad de su progenitora, mandante y usufructuaria de los bienes en cuestión. Siendo las circunstancias del caso, sus conexos, como también las circunstancias personales de la actora, elementos considerados para calificar las conductas inferidas como graves».

III. REVOCACIÓN DE DONACIONES

Si bien el caso se resolvió bajo la vigencia del Código Civil de Vélez, realizaremos su análisis con la normativa del Código Civil y Comercial de la Nación para una mejor comprensión del tema. Tengamos en cuenta que la actual regulación fue inspirada por las posiciones jurisprudenciales y doctrinarias dominantes sobre la cuestión.

Resulta necesario aclarar, en principio, que el contrato de donación tiene carácter irrevocable, por lo cual la revocación es una solución excepcional, que la ley admite en situaciones determinadas y que no pueden ser extendidas por vía de interpretación analógica.

Debe considerarse la irrevocabilidad como un principio general del contrato de donación, principio que excepcionalmente queda de lado cuando la ley lo autoriza, por hechos ajenos a la voluntad del donante.

Se ha expresado sobre el tema: «La revocación de la donación es el acto por el cual el donante o sus herederos, en los casos previstos por el Código, solicitan al juez que la propiedad de la cosa transferida al donatario vuelva a su patrimonio.

No se trata de un acto con eficacia jurídica intrínseca, por lo que la revocación sólo puede ser decidida en un debido proceso en el que los donatarios y/o sus herederos han de ser escuchados y en función de las causales taxativamente dispuestas en el artículo 1569 del CCyCo.»

A su vez, «la ingratitud como causal de revocación de la donación consiste no en hechos o actos que deba el donatario al donante, sino en conductas que el donatario lleva a cabo contra el donante»³.

El art. 1569 del CCCN establece que «La donación aceptada sólo puede ser revocada por inejecución de los cargos, por ingratitud del donatario, y, en caso de habérselo estipulado expresamente, por supernacencia de hijos del donante.

Si la donación es onerosa, el donante debe reembolsar el valor de los cargos satisfechos o de los servicios prestados por el donatario».

Es decir, que el Código habilita la revocación de donaciones y enumera causales que son taxativas: inejecución de cargos, ingratitud del donatario y supernacencia de hijos.

En cuanto a las causales podemos realizar las siguientes precisiones:

- Supernacencia de hijos: el artículo la menciona entre las causas de revocación, pero el CCCN no contiene otro artículo que se dedique a su tratamiento. Es el supuesto en el que el donante celebra la donación, sujeta al caso de que pueda revocarla, si posteriormente tuviera hijos. Es requisito para su procedencia que haya sido pactado expresamente, porque de lo contrario no operará como motivo suficiente que habilite a revocar la donación.
- Incumplimiento de los cargos: el art. 1570 señala que «La donación puede ser revocada por incumplimiento de los cargos.

La revocación no perjudica a los terceros en cuyo beneficio se establecen los cargos.

Los terceros a quienes el donatario transmite bienes gravados con cargos sólo deben restituirlos al donante, al revocarse la donación, si son de mala fe; pero pueden impedir los efectos de la revocación ofreciendo ejecutar las obligaciones impuestas al donatario

3 Barbón Lacambra, José A. «La donación como contrato a la luz del Código Civil y Comercial», Erreius online, Setiembre 2015, Editorial Errepar

si las prestaciones que constituyen los cargos no deben ser ejecutadas precisa y personalmente por aquél. El donatario que enajena los bienes donados, o imposibilita su devolución por su culpa, debe resarcir al donante el valor de las cosas donadas al tiempo de promoverse la acción de revocación, con sus intereses».

Con respecto a la última causal de revocación se analizará en particular, a continuación.

IV. CAUSAL DE INGRATITUD

La donación por su carácter de acto de beneficencia, impone al donatario un deber de gratitud, y si bien este deber no constituye una obligación jurídica perfecta, desde que la ley no confiere al disponente ninguna acción para exigir su cumplimiento comporta al menos una sanción de orden jurídico que consiste, precisamente en la revocación de la donación por causa de ingratitud del donatario⁴.

El art. 1571 del CCCN regula la causal de ingratitud, sosteniendo que «Las donaciones pueden ser revocadas por ingratitud del donatario en los siguientes casos:

- a) si el donatario atenta contra la vida o la persona del donante, su cónyuge o conviviente, sus ascendientes o descendientes;
- b) si injuria gravemente a las mismas personas o las afecta en su honor; si las priva injustamente de bienes que integran su patrimonio;
- c) si rehúsa alimentos al donante.

En todos los supuestos enunciados, basta la prueba de que al donatario le es imputable el hecho lesivo, sin necesidad de condena penal».

El artículo tiene su antecedente en lo dispuesto en los arts. 1858 y 1859 del Cod. Civ. vigente al momento de los hechos.

La revocación por ingratitud representa la vía legal por la cual el donante queda habilitado para dejar sin efecto la donación, ante la configuración de causales expresamente determinadas pero que tienen, como denominador común, el reproche a la conducta disvaliosa del donatario —que es considerada, en esos supuestos, como contraria al deber de gratitud que este le debe al donante, por la liberalidad cumplida⁵— .

- El atentado contra la vida del donante, su cónyuge o conviviente, sus ascendientes y descendientes: se amplían los sujetos a diferencia del Cod. Civ., incluyendo al cónyuge o conviviente, ascendientes y descendientes. Así se re-cepta la visión protectora integral de la familia que tiene el CCCN y que venía realizando la doctrina y jurisprudencia.

4 Acuña Anzorena, «Revocación de las donaciones por causa de injurias graves», en *Jurisp. Argent. T. 12*, pág. 234

5 HERRERA, Marisa, en LORENZETTI, Ricardo L. (director), «Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado», Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, t. IV, p. 288.

- Injuria grave o afectación al honor: se habilita la revocación a partir de cualquiera de los dos supuestos. A su vez, la revocación será viable cuando el donatario dirija este tipo de conducta tanto contra el donante como contra su cónyuge o conviviente, ascendientes o descendientes.
- Privación injusta de bienes que integran su patrimonio: esta causal se incorpora como autónoma en el CCCN y también alcanza a los supuestos en que la privación infringe, no solo contra el donante, sino contra los bienes de las personas mencionadas en el inc. a.
- Negativa a prestar alimentos: esta causal, a diferencia de las anteriores, se configura a partir de una omisión, y no de un acto positivo. El art 1572 regula esta cuestión, disponiendo que «La revocación de la donación por negación de la prestación de alimentos sólo puede tener lugar cuando el donante no puede obtenerlos de las personas obligadas por las relaciones de familia».

En cuanto a la legitimación activa para poder ser ejercida dicha acción, el art. 1573 señala que «La revocación de la donación por ingratitud sólo puede ser demandada por el donante contra el donatario, y no por los herederos de aquél ni contra los herederos de éste. Fallecido el donante que promueve la demanda, la acción puede ser continuada por sus herederos; y fallecido el demandado, puede también ser continuada contra sus herederos.

La acción se extingue si el donante, con conocimiento de causa, perdona al donatario o no la promueve dentro del plazo de caducidad de un año de haber sabido del hecho tipificador de la ingratitud».

Esto importa señalar que el donante tiene la legitimación exclusiva para ejercer la acción, permitiendo solamente que los herederos continúen la acción iniciada en vida por el donante, ante el fallecimiento de éste.

La justificación a esta legitimación se encuentra en el carácter personalísimo del reproche que habilita el pedido de revocación. Es decir, nadie más que el donante podrá interpretar y sentir la aflicción provocada por la conducta del donatario. Y además, nadie más que el donatario podría ser inicialmente reprochado de esa conducta, con el consabido derecho a defenderse de la imputación en la que se fundamenta el reclamo. Por ello, la posterior incorporación de los herederos queda sujeta a que efectivamente la acción se hubiera iniciado, garantizando así el derecho del donante y del donatario a manifestarse sobre la cuestión debatida⁶.

El segundo párrafo del artículo incorpora el perdón como circunstancia que extingue la acción del donante por su propia voluntad. Este perdón exime de responsabilidad al donatario si el donante conocía la conducta imputable con anterioridad al perdón.

6 HERRERA, Marisa, en LORENZETTI, Ricardo L. (director), «Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado», Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, t. IV, p. 290.

En cuanto a la caducidad de la acción, el código establece que, si el donante no acciona dentro del plazo de un año desde que conoció la conducta ingrata del donatario, se extingue el derecho a revocar la donación por dicha causa.

En el caso analizado se aplicaron las causales previstas en el art. 1858 incisos 2 y 3 del Código Civil (actuales incisos b y d del art. 1571 del CCCN): el caso en que el donatario le ha inferido injurias graves al donante (inciso 2), y el supuesto en que el donatario le ha rehusado alimentos al donante (inciso 3).

En cuanto a la causal de injurias graves, la parte demandada aduce que el concepto injuria proveniente del ámbito del derecho penal, refiere al «hecho o manifestación verbal que ofenda a una persona por atentar contra su dignidad, honor, credibilidad, etcétera, especialmente cuando se trata de algo injusto». Más adelante afirman que «no hay elemento alguno que señale en autos probadamente que el donatario afectó de esa forma la persona o el honor de la donante. Lo relacionado con la rendición de cuentas y sus consecuencias, no puede ser tomado como un hecho o manifestación ofensiva hacia la persona u honor de la donante. Pretender lo contrario implicaría forzar una interpretación normativa fuera de los límites ut supra indicados».

Es decir que en lo que respecta a la falta de rendición de cuentas a la que estaba obligado legal y moralmente —en su carácter de hijo, donatario y administrador—, no configuraría una injuria grave en los términos del art. 1858 inciso 2 del Código Civil.

Sin embargo, el juez advirtió que se trataba de un marcado error de los apelantes, quienes pretenden restarle relevancia al proceso de rendición de cuentas. Este planteo resulta inaudible, pues las actuaciones del juicio de rendición de cuentas, son claramente reveladores de la conducta reticente e incumplidora del donatario., quien no rindió cuentas de la administración de las fracciones de campo —pese a los reiterados requerimientos que se le formularon—, y privó a su madre de los ingresos económicos que eran necesarios para su subsistencia, ya que esta no tenía otra fuente de ingresos que le permitiera sufragar sus gastos.

En este sentido, el juez entendió que los apelantes intentaron dar al concepto de injuria grave un alcance muy restringido, limitado a la persona o al honor del donante, ateniéndose a la significación que se le confiere en el ámbito del derecho penal.

Borda sostiene que «la enumeración no es tan rígida ni limitativa como parece, pues las injurias graves son un concepto flexible que incluye cualquier atentado, con tal de que tenga la gravedad suficiente como para ser reputado injurioso». Y al referir al concepto de injurias graves, asevera: «Las injurias deben ser graves; no cualquier ataque contra el donante, por insignificante que sea, da lugar a la revocación. La apreciación de la gravedad queda librada al prudente criterio judicial, admitiéndose que debe tenerse en cuenta la educación, posición social y las demás circunstancias de hecho que puedan presentarse. Tampoco en este caso la noción de injurias se vincula con el delito criminal del mismo nombre; este último es un agravio contra el honor de una persona, en tanto que las injurias que ahora consideramos pueden consistir en un ataque contra la persona, su libertad, o su honor o sus bienes (arts. 1858 y 1860)».

En esta línea, al brindar ejemplos que entran dentro del concepto de injurias graves, alude este autor a «la destrucción de los bienes del donante, el robo, etcétera».

Finalmente, en punto a la valoración de las injurias graves, afirma: «Con buen criterio se ha resuelto que una misma conducta puede o no constituir una injuria grave según quien sea el donatario. Es que debe juzgarse con mayor rigor el comportamiento del donatario que es familiar directo del donante (en el caso era un hijo) de aquel otro donatario que carece de tal vínculo familiar»⁷.

En similar sentido, se pronuncian Belluscio y Lagomarsino, quienes sostienen que la enumeración del art. 1858 del Código Civil «no es tan rígida ni limitativa como parece, pues las injurias graves son un concepto flexible que incluye cualquier atentado de suficiente gravedad como para ser considerado injurioso». Y al conceptualizar a las injurias graves precisan que «el concepto civil de injuria no es equivalente al penal, ya que pueden consistir en lesiones a la libertad del donante o a sus bienes»⁸.

Además, el actual Código Civil y Comercial de la Nación establece que las donaciones pueden ser revocadas por ingratitud del donatario, si éste priva injustamente al donante —o a sus familiares— de los bienes que integran su patrimonio. Causal que podría haber operado en el caso, pero que no se encontraba regulada en el Cod. Civ.

Los actos que podrían dar lugar a esta causal son todos aquellos que injustificadamente priven el ejercicio de derechos sobre los bienes del donante, llevados a cabo por el donatario, como la destrucción de bienes del donante, el ocultamiento de los mismos, etc. Privándolo de ese modo al acceso, uso y disfrute de los derechos que posee sobre sus propios bienes. Este hecho también podría provenir de un delito penal, como el robo, hurto o un ilícito de índole civil como el abuso de confianza, clandestinidad, etc. En todos los casos, para que proceda la acción, será necesario comprobar la intención de la conducta desplegada, que recaiga sobre los bienes del donante o sus parientes, que pongan de manifiesto la falta de gratitud y que sea imputable al donatario aunque no fuera condenado en sede judicial.

Con respecto a los deberes que recaen en el donatario, han sido definidos por la doctrina como obligaciones secundarias de conducta. Así se ha expresado que :«Son de origen legal, tienen una finalidad cooperativa para facilitar el cumplimiento de la finalidad del contrato y, en el caso específico de la donación, están relacionados con la causa gratuita. En efecto, la gratuidad del acto del donante requiere agradecimiento del donatario y una conducta leal que corresponde a una persona honesta que recibe un beneficio de otro y con el que está en deuda moral de gratitud, y de allí que el legislador impone deberes de alimentos y el pago de deudas. Tampoco en estos casos hay reciprocidad con la obligación del donante y por esta razón su incumplimiento no da lugar a la resolución, sino a la revocación».

7 conf. Borda, Tratado de Derecho Civil, Contratos, 9ª edición, Actualizado por Alejandro Borda, tomo II, págs. 392, 393 y 394.

8 conf. Código Civil y leyes complementarias, Director Belluscio, Coordinador Zannoni, ob. cit., tomo 9, págs. 156, 157 y 160.

Entre estos deberes puede señalarse al de abstención que pesa sobre el donatario, que consiste en una conducta abstencionista de todo acto que importe una notoria ingratitud, pues si incurre en alguna violación a este deber, la liberalidad puede ser revocada⁹.

Siguiendo este razonamiento, en el caso bajo análisis, el sentenciante adujo, luego de aludir a los deberes de conducta que pesan sobre el donatario, que «todo donatario posee el deber de abstención de todo acto que importe una notoria ingratitud. El incumplimiento del deber de gratitud por parte del donatario genera el derecho del donante a ejercer la acción por revocación de donación». Y tras puntualizar que «en el caso en análisis, dijo que la injuria grave que sustenta la acción de revocación de donación ‘se caracteriza por deshonar a sabiendas a la persona del donante con hechos u omisiones que conforman la conciencia de dañar el honor o el decoro de la víctima, siendo necesario demostrar un deliberado propósito injurioso’; dependiendo la gravedad del hecho injurioso de las circunstancias del caso y de las partes, lo que se encuentra sujeto a la apreciación de los jueces».

En este orden de ideas, en la causa se demostró que la donación se hizo con reserva de usufructo a favor de la donataria y de su esposo, siendo por demás evidente que los usufructuarios necesitaban recibir los frutos de los predios rurales para su subsistencia, pues ya eran personas de avanzada edad al momento de la donación, y no poseían otro bien del que pudieran extraer rentas para sufragar sus gastos. Precisamente, esa situación de necesidad fue la que el donatario no atendió, al no haber rendido oportunas y debidas cuentas de los ingresos provenientes de la explotación agropecuaria que él administraba. De este modo, generó un sentimiento de angustia y desazón en la donante, ante una actitud de clara ingratitud por parte de su hijo, que le provocó un desequilibrio económico al verse privada de ingresos necesarios para su subsistencia.

En este punto cabe resaltar la conducta reticente e incumplidora evidenciada por el donatario, no solo en el inicio mismo del conflicto con su madre, sino que tal comportamiento se prolongó a lo largo de muchos años, durante el trámite de los extensos procesos judiciales entablados entre las partes; todo lo que torna plenamente justificada la petición de la donante de revocar la donación por ingratitud del donatario.

V. OBLIGACIÓN DE RENDICIÓN DE CUENTAS

La obligación de rendir cuentas en el presente caso resulta del contrato de donación celebrado entre las partes, con reserva de usufructo vitalicio de los donantes sobre los inmuebles dados en locación, y el mandato gratuito y general de administración, de carácter expreso y verbal, celebrado entre las partes, por el cual el donatario administraba las parcelas de campo objeto de la donación con reserva de usufructo.

9 conf. Lorenzetti, Tratado de los Contratos, Santa Fe, 2000, tomo III, págs. 611 y 614.

El sentenciante sostuvo que, además de los incumplimientos a los deberes secundarios de conducta (gratitud y prestación de alimentos), el demandado ha incumplido sus obligaciones como mandatario (arts. 1904, 1909 y 1911 del Cód. Civil).

El tribunal consideró que previamente a decidirse en el proceso de revocación, era necesario esperar la sentencia sobre rendición de cuentas, para conocer si el demandado había incumplido o no con dicha obligación. Solamente después de tal pronunciamiento se sabría si efectivamente el demandado omitió entregar a la donante, en todo o en parte, la renta que le correspondía en su calidad de usufructuaria, y, en consecuencia, es recién a partir de dicha instancia que se reunirían los presupuestos necesarios para analizar la procedencia de la acción de revocación.

Y Abundando aún más se aclaró que «el soporte fundamental de la acción de revocación incoada, no es otro que la pretensa ingratitud en la que habría incurrido el demandado, al no entregar a quien fuera su madre todo lo que en rigor le correspondía en su calidad de usufructuaria del campo 'Don Remigio'.

Es indudable la fuerza probatoria que emana de las diferentes constancias del juicio de rendición de cuentas, las que resultan por demás suficientes para tener por debidamente acreditadas las injurias graves inferidas por el donatario a la donante (art. 1858 inc. 2 del Cód. Civil; arts. 163 inc. 5, 375, 384 y ccs. del Cód. Proc.).

VI. EFECTOS DE LA REVOCACIÓN

La revocación como toda acción legal produce efectos cuando es admitida, y las consecuencias varían según se trate de los sujetos que forman parte del contrato o de los terceros con algún interés legítimo.

- Efecto entre las partes: una vez admitida la acción de revocación el efecto principal es la restitución del bien o bienes donados, reingresando al patrimonio del donante o al de sus herederos si este fallece antes de concluir con la acción. Si el donatario perdiera los bienes por hecho suyo o por circunstancias que le sean imputables, deberá responder con sus bienes, hasta el valor de lo recibido en la donación.
- Efectos respecto de terceros: si hay terceros beneficiarios de cargos impuestos en una donación, estos no son alcanzados por sus efectos al revocarse la misma, puesto que ellos también tienen la posibilidad de interponer acción de cumplimiento, tanto en contra del donatario incumplidor, como del donante. Por consiguiente, si una donación con cargo es revocada, produciendo en el donatario la devolución del bien donado, no implica que el beneficio aceptado por un tercero también sea revocado, éste puede reclamar del donante el cumplimiento de lo pactado, pues su derecho es independiente del donatario.

Así lo determina el art 1570 del CCCN: «La donación puede ser revocada por incumplimiento de los cargos.

La revocación no perjudica a los terceros en cuyo beneficio se establecen los cargos.

Los terceros a quienes el donatario transmite bienes gravados con cargos sólo deben restituirlos al donante, al revocarse la donación, si son de mala fe; pero pueden impedir los efectos de la revocación ofreciendo ejecutar las obligaciones impuestas al donatario si las prestaciones que constituyen los cargos no deben ser ejecutadas precisa y personalmente por aquél. El donatario que enajena los bienes donados, o imposibilita su devolución por su culpa, debe resarcir al donante el valor de las cosas donadas al tiempo de promoverse la acción de revocación, con sus intereses».

VII. OTROS CASOS JURISPRUDENCIALES

— «M. de B., J. D. c. J., J. C. 20/09/2002»¹⁰

En este caso la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Común de Tucumán, sala III, revoca la donación de un inmueble por causas de injurias graves en contra de la donante, quien antes de realizar la donación, había celebrado un contrato de locación con quien posteriormente sería el donatario, en el cual el mismo se comprometía a pagar el consumo de energía eléctrica. Mientras el donatario era inquilino de la donante subalquiló el inmueble, dejando de pagar las facturas de luz, motivo por el cual la empresa de energía procedió a cortar el suministro eléctrico y seguidamente al retiro del medidor, dejando a la donante —quien es una persona de avanzada edad y no posee recursos económicos— en la oscuridad durante seis meses.

En este caso no hay obligación por parte del donatario a pagar las deudas del donante, pero la revocación procede porque el donatario tiene la obligación de cumplir con lo pactado en un contrato anterior a la donación.

— «Sierra, Amelia Albina c/ Vivas, Elida Juana s/ Revocación de donación»
13/09/2011¹¹

El caso fue iniciado por la Señora Amelia Albina Sierra, contra la Señora Elida Juana Vivas, persiguiendo la revocación de la donación con reserva de usufructo a su favor respecto de un inmueble sito en Azul.

La actora refiere que la donación atacada, se realizó en momentos en que la accionada mantenía conductas de acompañamiento, colaboración y preocupación constante por su salud y bienestar con la accionante.

10 Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Común de Tucumán, sala III «M. de B., J. D. c/ J., J. C.» Cita online: AR/JUR/5757/2002

11 Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial. Azul, Buenos Aires, «Sierra, Amelia Albina c/ Vivas, Elida Juana s/ Revocación de donación», 13 de Septiembre de 2011, Id SAIJ: FA11994787

Hace referencia que al momento de instaurar la demanda, vive sola, y que subsiste con el único ingreso que proviene de su jubilación, padeciendo problemas de salud, que la llevan a realizar distintos tratamientos médicos, para los que más de una vez, debe pedir ayuda a sus familiares de Olavarria, ya que en Azul, no tiene a nadie. La Sra. Vivas, a posteriori de la donación del inmueble ha modificado su proceder con ella, que ya no la visita, ni toma contacto con ella, sabiendo lo delicado de su estado de salud.

El tribunal hace lugar a la revocación de la donación por ingratitud sosteniendo que «la donación por su carácter de acto de beneficencia, impone al donatario un deber de gratitud, y si bien ese deber no constituye una obligación jurídica perfecta, desde que la ley no confiere al disponente ninguna acción para exigir su cumplimiento, comporta al menos una sanción de orden jurídico que consiste, precisamente, en la revocación de la donación por causa de ingratitud del donatario.

La revocación prevista en el art. 1858 del Código Civil, no se funda sobre una condición resolutoria tácita ya que el donante, al hacer la donación, no ha pensado que el donatario podría serle ingrato, porque de haberlo supuesto, no habría realizado la donación. La revocación viene de la ley que la ha impuesto como justa pena al donatario ingrato, y lo funda una razón de orden moral.»

En virtud de ello, el sentenciante consideró que la desatención, el abandono, la falta de acompañamiento, de visitas y cuidados de una persona mayor que buscaba con la donación justamente el comportamiento contrario, hace que pueda considerarse en este caso y frente a la actora omisiones que configuran injurias graves.

— «S., M. T. E. de c/ S., M. A. de H» 20/04/2016¹²

Este fallo del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes trata de la revocación de una donación por ingratitud. Según el relato de los hechos, la donataria, hija de la donante, incumplió con la obligación alimentaria fijada judicialmente hacia su madre de avanzada edad.

El tribunal sostuvo que la ley autoriza la revocación de la donación, en cuanto considera que es manifiesta la ingratitud en la conducta de la donataria según los art 1559, 1569 y 1571 del CCCN. La donataria incurre en la causal de ingratitud no solo por la posición que ocupa en el contrato al negarse a aumentar la cuota alimentaria sino que además tiene un estado filial con la donante quien es su madre, obligándola a recurrir a órdenes judiciales para que su hija cumpla con su deber de alimentante.

— «G. J. R. c/ G. P. W. s/ revocación de donaciones» 18/06/2019¹³

La sala G de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil revocó una donación por ingratitud solicitada por un hombre, debido a que su hijo no abonó los alimentos estipulados en un juicio, pese a que contaba con los medios suficientes para hacerlo.

12 Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes «S., M. T. E. de c/ S., M. A. de H». Cita online: AR/JUR/13704/2016

13 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G, «G. J. R. c/ G. P. W. s/ revocación de donaciones», 18 de junio de 2019.

La sentencia de primera instancia, después de rechazar las defensas de caducidad y prescripción opuestas por el demandado, hizo lugar al pedido de revocación de donación por ingratitud interpuesta por J. R. G. contra su hijo P. W. G., respecto de tres inmuebles que le había entregado.

El magistrado consideró que se había demostrado «la configuración por parte del donatario de la causal de ingratitud invocada (rehusar a pasar alimentos)», en virtud de una condena en un juicio por alimentos.

El fallo fue apelado por el vencido, quien adujo que su padre contaba con patrimonio suficiente para solventar sus gastos.

El tribunal tuvo en cuenta que en el juicio de alimentos quedó demostrada la insuficiencia de medios económicos del peticionario, la imposibilidad de adquirirlos por su cuenta en función de su avanzada edad (94 años en la actualidad) y su condición de deudor del sistema financiero; como así también que el demandado contaba con medios suficientes para afrontar la cuota fijada.

Al analizar el caso, los camaristas explicaron que «la donación, a diferencia de los testamentos y los legados que no confieren un derecho actual, es, en principio, irrevocable, pues de lo contrario resultaría incierto el derecho transferido al donatario».

Luego, señalaron que la ley prevé supuestos de revocación, entre los que se encuentra la admitida por causa de ingratitud (art. 1571 del Código Civil y Comercial de la Nación), y que el donatario tiene un natural deber de gratitud respecto de quien lo ha beneficiado, frente a cuyo incumplimiento la ley habilita al donante a demandar la ineficacia de la liberalidad.

Entre los casos de ingratitud, el Código Civil y Comercial de la Nación (al igual que el Código Civil derogado) contempla la negación de alimentos (art. 1571, inc. d), con la aclaración de que solo puede tener lugar cuando el donante no puede obtenerlos de las personas obligadas por las relaciones de familia (art. 1572).

- Garretón Rifo Blanca c/ Molina Alejandra Nora s/ revocación de donación. 12/11/2019¹⁴

En este caso se revocó una donación por incumplimiento del cargo, al no haber prestado la donataria los cuidados a los que se obligó en relación a la donante.

El cargo impuesto a la donataria, era un cargo especial, de cuidado, de asistencia, de compañía a una señora mayor de noventa años, que no podía valerse de sí sola para la mayoría de sus quehaceres domésticos.

El tribunal consideró que en casos como este tipo, donde el cargo resulta ser una condición esencial, la cláusula resolutoria deviene implícita, mediando el mero incumplimiento por una de las partes. Explica que el art. 1084 del CCCN prescribe que «A los fines de la resolución, el incumplimiento debe ser esencial en atención a la finalidad del contrato. Se

14 Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Bahía Blanca, Sala II, «Garretón Rifo Blanca c/ Molina Alejandra Nora s/ revocación de donación», 12-nov-2019, Cita: MJ-JU-M- 122149-AR

considera que es esencial cuando: a) el cumplimiento estricto de la prestación es fundamental dentro del contexto del contrato; b) el cumplimiento tempestivo de la prestación es condición del mantenimiento del interés del acreedor; c) el incumplimiento priva a la parte perjudicada de lo que sustancialmente tiene derecho a esperar; d) el incumplimiento es intencional; e) el incumplimiento ha sido anunciado por una manifestación seria y definitiva del deudor al acreedor.»; y en el caso que nos ocupa se dieron todos y cada uno de los presupuestos que la manda establece: a) Molina dejó de asistir a la actora; b) la demandada reconoció su propio incumplimiento; c) terceras personas distintas a Molina cuidaron, asistieron y acompañaron a la señora Garretón en sus dolencias y enfermedades como consecuencia de la ausencia de la empleada; y d) existió un abandono de persona con respecto a la actora, sin aviso ni causa alguna.

VIII. CONCLUSIÓN

La donación es un contrato en principio irrevocable, sin embargo, las características propias que lo definen hacen necesaria la existencia de expresas disposiciones legales que autoricen la posibilidad de su revocación.

El legislador estableció la posibilidad de revocación, pero solo en supuestos específicos y taxativos establecidos por la ley. Todas las causales tienen en común que provienen de actos positivos u omisivos realizados por el donatario en perjuicio del donante.

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación realizó una ampliación de los supuestos de revocación por ingratitud, como así también acrecentó la estabilidad y protección del derecho del donatario a la par que redujo el plazo de caducidad para la procedencia de la acción.

En el caso comentado se revocó la donación por la causal de ingratitud del donatario hacia la donante, la cual debe entenderse que no solo se refiere a conductas legalmente tipificadas como tal, sino a todas las conductas que impliquen un acto de manifiesta ingratitud del donatario. Será el criterio de los jueces el que determine todas aquellas acciones que de algún modo vulneren el deber de gratitud del donatario hacia el donante o sus familiares.

Filiación - Prueba de Filiación - Prueba de ADN - Derechos del Niño - Interés Superior del Niño - Convención de los Derechos del Niño - Derecho a la Identidad - Paternidad - Derecho a la Privacidad - Muerte de un Progenitor

24-abril-2022



El emplazamiento post mortem a través de una acción autónoma

POR JORGELINA GUILISASTI¹

MJ-DOC-16531-AR | MJD16531

Sumario: I. Breve reseña del caso. II. El derecho a la identidad. III. La filiación por naturaleza como elemento estático de la identidad. IV. El reconocimiento. V. Las acciones de filiación. V.1. La acción de reclamación de filiación extramatrimonial. V.2. Otras opciones para determinar el emplazamiento. VI. Conclusiones.

I. BREVE RESEÑA DEL CASO

A pedido de la madre de un niño y de su abuelo paterno, se reconoce la paternidad póstuma del hijo de este último.

Para obtenerla, se acompañaron los resultados positivos de la prueba genética y se resaltó la importancia que tiene la abuelidad

En la resolución la jueza considera que «corresponde que la ley reconozca al niño como nieto del actor, dado que sus datos genéticos estampan la coincidencia de la familia biológica y la reciprocidad afectiva enlaza al abuelo y al nieto en un vínculo tan compacto como precursor al resultado del ADN, y se materializa el vínculo legal, todo lo cual los hace acreedores de una misma ancestralidad que los individualiza y los posiciona en el mismo tronco familiar».

Asimismo, hizo especial hincapié en el sentimiento recíproco entre el niño y el abuelo, que consolida la identidad del primero, como lo expresó de manera libre y espontánea.

¹ Profesora Adjunta ordinaria de Derecho de Familia y de Derecho Sucesorio - FCJS - UNL; Profesora Protitular de Derecho de Familia y de Derecho Sucesorio - Facultad Teresa de Avila UCA Sede Paraná.

En definitiva, sin darle el trámite de juicio contencioso, la magistrada hace lugar a la petición de emplazamiento del niño como hijo del padre prefallecido, hijo del abuelo peticionante junto con la progenitora.

II. EL DERECHO A LA IDENTIDAD

Es evidente que en este interesante fallo está en juego la identidad de un niño que no fue reconocido de manera oportuna por su progenitor.

En este sentido, se pone de relevancia tanto la dimensión estática, a través del vínculo biológico con el progenitor, como la dinámica de la identidad², que en este caso se concreta con la estrecha relación entre el hijo no reconocido y su abuelo paterno, pese a carecer de emplazamiento.

Ya hemos tratado la cuestión del debate entre ambos aspectos de la identidad en ocasión de analizar una acción de desplazamiento, promovida por el reconociente de un niño con el que no tenía lazo de consanguinidad³ (2).

En esa oportunidad, nos explayamos sobre la ponderación del derecho a la identidad del niño en toda su dimensión y el ISN, ante la pretensión de impugnar el reconocimiento por parte del reconociente.

En la sentencia comentada, se trae esta discusión desde otra perspectiva, dado que la pretensión es el emplazamiento de un hijo no reconocido por el progenitor, que falleció sin realizar el acto de reconocimiento.

La singularidad del caso resuelto se centra en dos cuestiones: la petición «no contenciosa» de la representante del hijo y el padre del progenitor y el trato del niño con su abuelo, que refleja un afecto mutuo y estrecho, propio de este vínculo familiar.

Es decir, lo estático y lo dinámico de la identidad, que son coincidentes, deben ser reconocidas a través del emplazamiento filiatorio que corresponde.

En este sentido, en el fallo la magistrada se explaya sobre la relevancia de los lazos con los abuelos y en general, con las generaciones que preceden a una persona humana.

2 Fernandez Sessarego distingue la dimensión estática y dimensión dinámica de la identidad. Entiende que la dimensión estática se compone de aquellos elementos que no se modifican sustancialmente en el tiempo y que refieren a la identificación del individuo, como la filiación, el nombre, datos respectivos a su nacimiento, mientras que la dimensión dinámica comprende el conjunto de atributos y características que permiten diferenciar al sujeto en la sociedad y que resultan variables en el tiempo (intelectuales, morales, culturales, religiosas, profesionales, políticas). Ambas dimensiones funcionan de manera interdependiente y conforman la identidad de un sujeto («Derecho a la identidad personal», Astrea, 1992, p. 113 y ss)

3 La identidad del niño en un fallo de nulidad de reconocimiento», 19 de Diciembre de 2018 Año XX - N° 5123, El Dial.com, ed. NEA y ER

Coincidimos con esta mirada de las relaciones con los miembros de las generaciones anteriores, centrada en la huella que dejan en la construcción de la propia historia del niño, desde pequeño, a través de la transmisión de historias y datos sobre el pasado, en el marco de una relación de afecto.

El caso que nos ocupa no podía desconocer esta coincidencia vital y por tal razón se imponía la admisión del vínculo filiatorio del niño como hijo del progenitor prefallecido, sin lugar a dudas.

Por esa razón, nos detenemos en el análisis de dos cuestiones relevantes. La primera, referida al reconocimiento como acto jurídico familiar que tiene como finalidad el emplazamiento del hijo propio. La segunda se refiere a la vía para el emplazamiento cuando el progenitor no puede realizar el acto mencionado, por muerte u otra causa.

III. LA FILIACIÓN POR NATURALEZA COMO ELEMENTO ESTÁTICO DE LA IDENTIDAD

La filiación es el vínculo jurídico que une a una persona con sus padres. Para determinarlo, hay que establecer las fuentes de dicho vínculo, que consisten en hechos o actos que dan origen al vínculo jurídico paterno-materno/filial.

A diferencia del Código Civil derogado, que sólo reconocía dos fuentes de filiación, la biológica y la adoptiva, el Código Civil y Comercial de la Nación, las amplía a tres: la naturaleza, la derivada de técnicas de reproducción humana asistida (voluntad procreacional)⁴ y la adoptiva (art. 558 CCCN⁵).

Sin entrar a analizar las diferencias entre las distintas fuentes, se destaca que en la filiación por naturaleza se sigue el paradigma de la ley 23264, de determinación conforme a la verdad biológica. Esto se refleja en las acciones de impugnación y la ampliación de los que se encuentran legitimados para promoverlas.

Para el emplazamiento de un hijo, la ley distingue la determinación de la maternidad de la paternidad⁶, y la filiación matrimonial de la extramatrimonial.

La maternidad «se establece con la prueba del nacimiento y la identidad del nacido» (art. 565), sea matrimonial o extramatrimonial.

4 Compartimos el criterio que considera a la voluntad procreacional como fuente filiatoria y no la TRHA (Galli Fiant, M. M., «Acciones de filiación en el Código Civil y Comercial», en Revista Derecho de Familia y de las Personas. Año VII. Número 9. Editorial LA LEY, Octubre 2015, pág. 20 y ss.)

5 Art. 558 CCCN: «La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción» (art. 558 primer párrafo CCCN)

6 Se considera que la distinción pierde entidad en el código unificado, debido a la protección legal de las parejas de igual o distinto sexo (Iglesias, M. y Krasnow, A., Derecho de las familias y las sucesiones, La Ley, 2018, p. 497)

La ley exige, para la inscripción, la presentación de «un certificado del médico, obstétrica o agente de salud si corresponde, que atendió el parto de la mujer a quien se atribuye la maternidad del nacido».

Esta determinación exige el certificado médico de nacimiento⁷, si el niño nace en un centro médico asistencia o fuera, pero con asistencia médica, de obstétrica o de agente de salud. Si el nacimiento no se produce en esas circunstancias, la inscripción «la inscripción de la maternidad por naturaleza debe realizarse conforme a las disposiciones contenidas en los ordenamientos relativos al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas» (art. 565, in fine). En este caso se remite a la ley 26413 (art. 32 inc. c)⁸.

La inscripción, que puede ser realizada por cualquier persona que presente el certificado médico de nacimiento, «debe ser notificada a la madre, excepto que sea ella quien la solicita o que quien denuncia el nacimiento sea su cónyuge».

La filiación matrimonial referida al o la cónyuge de la madre consiste en una determinación legal sobre la base de una presunción. El art. 566 establece: «Excepto prueba en contrario, se presumen hijos del o la cónyuge los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a la interposición de la demanda de divorcio o nulidad del matrimonio, de la separación de hecho o de la muerte»⁹.

En la filiación por naturaleza, la filiación extramatrimonial se determina por el reconocimiento del padre o por la sentencia que admite la acción de filiación correspondiente¹⁰ (art. 570 CCCN¹¹).

A continuación, analizaremos estas formas de emplazamiento, en virtud del caso que nos ocupa en este comentario.

7 El Código Civil y Comercial no exige la ficha de identificación del recién nacido regulada por la ley 24,540

8 Krasnow sostiene que esta norma se debe complementar con el CCCN, por lo que se debe probar la relación biológica, en el marco de un proceso judicial (en Iglesias, M. y Krasnow, A., op. cit., p. 499)

9 El texto se aplica a la filiación por naturaleza y por TRHA. Sin embargo, en esta última, rige el último párrafo de la norma que dispone: «La presunción no rige en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida si el o la cónyuge no prestó el correspondiente consentimiento previo, informado y libre según lo dispuesto en el Capítulo 2 de este Título».

10 Krasnow la describe incluyendo sólo a la acción de reclamación (op. cit., p. 509).

11 Art. 570 CCCN. Principio general. La filiación extramatrimonial queda determinada por el reconocimiento, por el consentimiento previo, informado y libre al uso de las técnicas de reproducción humana asistida, o por la sentencia en juicio de filiación que la declare tal.

IV. EL RECONOCIMIENTO

El reconocimiento es el acto jurídico familiar por el cual una persona declara que otro es su hijo. Se sostiene que constituye el eje central en materia de determinación de la filiación extramatrimonial, que produce como efecto jurídico emplazar al reconocido en el estado de hijo del reconociente, y el de éste en el de su padre¹².

El reconocimiento, como acto jurídico familiar, tiene los siguientes caracteres¹³:

- es unilateral, porque no requiere el consentimiento del hijo ni de la madre, sin perjuicio de la notificación que se les debe realizar¹⁴;
- es irrevocable, porque una vez realizado el acto, al reconociente no puede retractarse ya que el emplazamiento debe coincidir con la verdad biológica¹⁵;
- es puro y simple, porque no puede estar sujeto a modalidades;
- es formal, porque debe ser realizado bajo las formas dispuestas por la ley¹⁶
- es declarativo del estado de familia y adquiere efectos erga omnes desde su inscripción en el Registro Civil¹⁷.

Cabe agregar que la ley habilita el reconocimiento del hijo luego de su muerte, con la consecuente pérdida de la vocación hereditaria del reconociente tardío y de sus ascendientes, salvo que haya habido posesión de estado de hijo (art. 573 in fine).

El código unificado sólo admite el reconocimiento del padre a su hijo, como surge del encabezamiento del art. 571, cuando expresa: «La paternidad por reconocimiento del hijo resulta».

Por lo tanto, nadie más puede realizar este acto en su lugar, por ser un acto personalísimo derivado de un derecho subjetivo familiar intransmisible por causa de muerte.

12 Lorenzetti, R. L. (director), Código Civil y Comercial de la Nación comentado, tomo III, Rubinzal Culzoni, 2015, pag. 550

13 El primer párrafo del art. 573 CCCN dispone: Caracteres del reconocimiento. El reconocimiento es irrevocable, no puede sujetarse a modalidades que alteren sus consecuencias legales, ni requiere aceptación del hijo

14 Art. 572 CCCN. Notificación del reconocimiento. El Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas debe notificar el reconocimiento a la madre y al hijo o su representante legal.

15 La legitimación activa para impugnar el reconocimiento (art. 593 CCCN) por parte del reconociente no se encuentra aceptada en forma unánime por la doctrina y la jurisprudencia

16 Sin perjuicio de la discusión sobre la oponibilidad erga omnes de cada forma, el art. 571 CCCN establece: Formas del reconocimiento. La paternidad por reconocimiento del hijo resulta: a) de la declaración formulada ante el oficial del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas en oportunidad de inscribirse el nacimiento o posteriormente; b) de la declaración realizada en instrumento público o privado debidamente reconocido; c) de las disposiciones contenidas en actos de última voluntad, aunque el reconocimiento se efectúe en forma incidental.

17 Esta oponibilidad surge del título de estado.

En este sentido, el emplazamiento derivado del reconocimiento debe coincidir con la filiación por naturaleza, por lo que la ley deposita en quien tiene el conocimiento de su paternidad el derecho y el deber de realizarlo en forma voluntaria¹⁸.

Es decir, el derecho-deber de reconocer un hijo propio deriva de un mandato legal y moral, que no puede recaer en otra persona, salvo el propio padre.

En la sentencia, la jueza de Monteros se explaya sobre la legitimación de los abuelos para reconocer a sus nietos, en circunstancias como la muerte del progenitor.

Sin embargo, consideramos que esta posibilidad no sería posible ni recomendable en nuestro ordenamiento jurídico, dado que no habría certeza sobre el vínculo biológico, que es el sustento de la filiación por naturaleza.

En este sentido, el afecto o los sentimientos que pueden unir a un niño con su abuelo o a quien considera como tal, no es una justificación suficiente para su emplazamiento. Si bien las relaciones socioafectivas producen efectos jurídicos¹⁹, no pueden reemplazar la consanguinidad como elemento estático de la identidad, dado que se refieren a lo dinámico. Esta postura ya ha sido sostenida en un antecedente del mismo juzgado, en el conocido caso «Juli»²⁰.

Por esa razón, no compartimos el argumento de la magistrada que propicia ampliar la legitimación para el emplazamiento a través de un acto jurídico como el reconocimiento, realizado por otra persona, que no sea el padre.

En particular, el hecho de no estar prohibido no justifica que se amplíe la legitimación para ejecutar un acto personalísimo que implica el emplazamiento de un hijo, por el derecho de este a conocer su origen de acuerdo a la verdad biológica, sin desmerecer el

18 Se sostiene que el reconocimiento queda reservado para la filiación por naturaleza «por ser una figura que supone o está prevista para los casos que existe - salvo acción en contrario un nexo biológico», a lo que se agrega «si un hombre reconoce un hijo extramatrimonial a sabiendas de que no es su hijo biológico, estaría incurriendo en un delito de supresión y suposición del estado civil y de la identidad (arts. 138 y ss del Código Penal)» (Kemelmajer, A., Herrera, M y Lloveras, N., «Tratado de Derecho de Familia», T II, p. 636)

19 Los efectos jurídicos de la socioafectividad se encuentran, por ejemplo, en el derecho deber de comunicación, la posesión de estado como fuente de derechos, el progenitor afin y la adopción de integración. Al respecto, dio lugar a la adopción plena al matrimonio que había obtenido la guarda preadoptiva, junto al cónyuge actual de la madre adoptiva («F., F. C. - V. A. F. - F. C. A. s/ Adopción»; Juzg. Niñez Adoles ViolFliarydeGenCBA, 3aNo., AR/JUR/180/2020)

20 «L.F.O. c/ S.C.O. s/ Filiación», Expte 659/17; 07/02/2020; Monteros, Tucumán. En la sentencia, sin haberse realizado ninguna prueba que demuestre quién es el padre biológico de la niña, como tampoco que el reconociente no lo era, se resolvió: «4 - Hacer lugar al pedido de Roberto L. y en consecuencia reconocer su derecho a estar emplazado como padre de su hija Juli S.» y «5 - Conservar el emplazamiento de Jorge S. como padre de su hija Juli S». En cambio, en otro antecedente se estableció la triple parentalidad luego de obtenerse los resultados genéticos, lo que permitía a la niña conocer su vínculo biológico (F. c. C. y otro/a s/ Acciones de impugnación de filiación; 15/07/2020; C2aCivyComLaPlata, Salalll; LA LEY 30/10/2020, 3; SJA 18/11/2020, 18/11/2020, 81Cita Online: AR/JUR/24021/2020)

afecto que se prodigue con otros miembros de la familia. Por esa razón, no consideramos sostenible el argumento que se transcribe como conclusión: «Volviendo al sistema de nuestro país, el acto de reconocimiento voluntario de hijo extramatrimonial ha sido conceptualizado como el acto jurídico unilateral, formal, facultativo, personal, individual, puro e irrevocable a través del cual una persona manifiesta su paternidad extramatrimonial respecto de otra. Es decir, que en este caso (el de Kike y Tomy, como abuelo y nieto) si bien no está previsto en la ley de fondo (CCCN), tampoco está prohibido (artículo 19 CN)».

Esta afirmación echaría por tierra toda la construcción nacional referida a la búsqueda de la identidad como derecho fundamental, con la marca imborrable de nuestra historia reciente.

En definitiva, el emplazamiento de un hijo debe coincidir con el vínculo biológico y si el padre no lo ha reconocido, se debe comprobar ese vínculo para emplazarlo según las reglas de la filiación por naturaleza²¹.

Esta ha sido la decisión política de nuestros legisladores para que haya coincidencia entre la filiación biológica y la jurídica, como paradigma de la filiación por naturaleza²².

V. LAS ACCIONES DE FILIACIÓN

Cabe preguntarse si las acciones de filiación reguladas en el código unificado son las únicas que habilitan el emplazamiento o desplazamiento de una persona, o puede haber otras formas de obtener el resultado perseguido, cuando el sustento es la verdad biológica.

Para analizar las acciones de filiación, es necesario partir del género al que pertenecen, es decir, de las acciones de estado de familia.

Las acciones de estado son «las que tienden a declarar la existencia de los presupuestos de un determinado emplazamiento en el estado, o a constituir, modificar o extinguir un emplazamiento» (Zannoni).

Estas acciones son inalienables, irrenunciables e imprescriptibles, aunque pueden caducar para algunos legitimados. Asimismo, son inherentes a las personas legitimadas por la ley, por lo que resulta inadmisibles la subrogación. Sin embargo, esto no impide que sean promovidas por los representantes de los menores de edad, de los incapaces o de las personas con capacidad restringida.

21 Famá, María Victoria - Herrera, Marisa, «La identidad en serio»: sobre la obligatoriedad de las pruebas biológicas en los juicios de filiación; Cita Online: AP/DOC/1427/2012

22 En la filiación por naturaleza se mantiene el paradigma de la verdad biológica, incorporado por la ley 23264 al Código Civil derogado. Ver el interesante desarrollo referido a esta cuestión confrontada con la cosa juzgada en: López Del Carril, L.M., «La supremacía del derecho a la identidad filiatoria», LA LEY 12/08/2009,

Se pueden clasificar, de acuerdo al efecto de la sentencia, en constitutivas y declarativas. En el primer caso crean o modifican un estado de familia ex novo, y en el segundo, retrotraen sus efectos al momento en que existe el presupuesto.

Por su vinculación con el título de estado de familia, se pueden clasificar, a su vez, en acciones de emplazamiento y de desplazamiento en el estado de familia. Las primeras tienden a instituir a una persona en un vínculo de familia, mientras que las segundas la expulsan de éste²³.

Las acciones de filiación por naturaleza son siempre declarativas y desde el punto de vista del título de estado que persiguen, pueden ser de emplazamiento (reclamación) o de impugnación (contestación).

El Código unificado las legisla combinándolas con la filiación matrimonial y extramatrimonial y las agrupa de la siguiente manera²⁴: a) acciones de reclamación de la filiación: matrimonial y extramatrimonial; b) acciones de impugnación de la filiación: de la maternidad, de la filiación matrimonial y del reconocimiento.

Trataremos sólo la acción de reclamación de filiación extramatrimonial, para cumplir con la finalidad que persigue este trabajo.

V.1. LA ACCIÓN DE RECLAMACIÓN DE FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL

En esta acción, al promoverla se reclama el emplazamiento como hijo extramatrimonial de las personas que se consideran sus progenitores. Se puede dirigir contra ambos, si se carece de emplazamiento materno y paterno, o sólo contra uno de ellos.

Sin embargo, los supuestos de determinación de la maternidad y de la paternidad extramatrimonial difieren, como ya se expuso. En el primer caso, se establece con la prueba del nacimiento y la identidad del nacido o conforme a las normas que regulan el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas (art. 565 CCCN). En el segundo, a través del reconocimiento voluntario o la sentencia judicial del juicio de filiación que la declare (art. 570).

Por lo tanto, corresponde distinguir el reclamo de maternidad extramatrimonial del reclamo de paternidad extramatrimonial.

23 Basset, U., Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético, T III, La Ley, Bs. As. 2015, p. 566

24 Las acciones de filiación están legisladas en los últimos tres capítulos del Título V - Filiación - del Libro Segundo del CCCN, a las que se les asigna el Capítulo 6 - Acciones de filiación. Disposiciones generales -, el Capítulo 7 - Acciones de reclamación de filiación - y el Capítulo 8 - Acciones de impugnación de filiación -.

La reclamación de la maternidad extramatrimonial procede cuando la maternidad no se encuentra determinada como lo dispone el art. 565 CCCN²⁵, dado que no se prevé el reconocimiento materno en el nuevo código. Se encuentra incluida en el texto del art. 582 CCCN, que se refiere a filiación extramatrimonial, sin distinguir si se persigue el emplazamiento en relación con el progenitor o la progenitora (2° párrafo).

La legitimación activa es idéntica a la de la acción de reclamación de filiación matrimonial. Es decir, el hijo puede promoverla durante toda su vida y sus herederos sólo cuando éste fallece luego de promoverla o en las circunstancias establecidas en la ley: si muere durante la minoridad o incapacidad (o capacidad restringida), dentro del año de obtener la mayoría de edad o la plena capacidad, o de descubrir las pruebas para fundar la demanda.

La acción se dirige contra la presunta madre o sus herederos, en caso de haber fallecido.

La reclamación de la paternidad extramatrimonial procede cuando el hijo no ha sido reconocido por su padre y se encuentra regulada en los arts. 582 y 583 CCCN

Si bien la legitimación activa del hijo y de sus herederos es idéntica a la de la reclamación de la filiación matrimonial, se amplía en virtud del art. 583 CCCN. Esta norma dispone que si se encuentra determinada sólo la maternidad por la falta de reconocimiento paterno, procede la intervención tanto del Jefe u oficial del Registro del Estado civil y capacidad de las personas que toma conocimiento de esta situación, como del Ministerio Público.

En el caso del Registro del Estado civil, el último párrafo del art. 583 CCCN establece: «Antes de remitir la comunicación al Ministerio Público, el jefe u oficial del Registro Civil debe citar a la madre e informarle sobre los derechos del niño y los correlativos deberes maternos, de conformidad con lo dispuesto en la ley especial. Cumplida esta etapa, las actuaciones se remiten al Ministerio Público para promover acción judicial».

Por lo tanto, antes de cumplir con la obligación legal de remisión de los datos del niño sin reconocimiento paterno y de su madre, debe citar a la madre e informarle sobre los derechos del niño a su identidad, lo que implica el deber materno de procurarle su emplazamiento paterno. Esta norma remite a la ley especial, que es la ley 26061 (art. 12 y su reglamentación), que constituye también su antecedente²⁶.

25 El art. 565 CCCN dispone: «En la filiación por naturaleza, la maternidad se establece con la prueba del nacimiento y la identidad del nacido. La inscripción debe realizarse a petición de quien presenta un certificado del médico, obstétrica o agente de salud si corresponde, que atendió el parto de la mujer a quien se atribuye la maternidad del nacido. Esta inscripción debe ser notificada a la madre, excepto que sea ella quien la solicita o que quien denuncia el nacimiento sea su cónyuge. Si se carece del certificado mencionado en el párrafo anterior, la inscripción de la maternidad por naturaleza debe realizarse conforme a las disposiciones contenidas en los ordenamientos relativos al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas».

26 Decreto 415/2006 de Reglamentación Ley 26061, reglamenta el art. 12: «En todos los casos en que se proceda a inscribir a un niño o niña con padre desconocido, el jefe u oficial del Registro Civil deberá mantener una entrevista reservada con la madre en la que se le hará saber que es un derecho humano de la persona menor de edad conocer su identidad, que declarar

En consecuencia, si en esta instancia la madre da a conocer los datos del padre, desde el Registro del Estado Civil, deben ser remitidos al Ministerio Público.

El Ministerio Público, por su parte, «debe procurar la determinación de la paternidad y el reconocimiento del hijo por el presunto padre». Por lo tanto, citará a la madre para que suministre «el nombre del presunto padre y toda información que contribuya a su individualización y paradero». Pero además, se encuentra legitimado para promover la acción de reclamación, sin la intervención de la madre, a diferencia del art. 255 del CC derogado²⁷.

Ambas intervenciones tienen como finalidad directa obtener el emplazamiento oportuno del niño, en resguardo de su interés superior, lo que implica imponer a la madre un deber jurídico de colaborar en el establecimiento de la identidad del niño, en consonancia con el art. 8 de la CDN. En cuanto a la legitimación pasiva, la acción de reclamación de la paternidad extramatrimonial debe dirigirse contra el presunto padre y en caso de fallecimiento, contra sus herederos.

Esta es, en principio, la solución legislativa a través de la regulación de las acciones de reclamación, aplicable al caso comentado.

En virtud de lo expuesto, el niño «Tomy», a través de la representación de su progenitora, debía promover el proceso correspondiente contra los herederos del padre prefallecido, dentro de los cuales podía estar incluido el abuelo paterno, de acuerdo a las reglas de las sucesiones intestadas.

Cabe agregar que desde la mirada bilateral de la acción de reclamación post mortem, se admite el allanamiento por parte del heredero demandado, si se acompaña la prueba (como en este caso) que demuestra la procedencia de la acción. Esta contestación puede ser presentada junto con la demanda si las leyes procesales no lo prohíben, lo que abrevia el desarrollo del juicio ordinario.

quién es el padre le permitirá a la niña o niño ejercer el derecho a los alimentos y que esa manifestación no privará a la madre del derecho a mantener la guarda y brindar protección. A esos efectos, se deberá entregar a la madre la documentación en la cual consten estos derechos humanos del niño, pudiendo el funcionario interviniente, en su caso, solicitar la colaboración de la autoridad administrativa local de aplicación correspondiente, para que personal especializado amplíe la información y la asesore. Asimismo, se comunicará a la presentante que, en caso de que mantenga la inscripción con padre desconocido, se procederá conforme lo dispone el artículo 255 del Código Civil» (primer párrafo).

27 El art 255 del CC derogado establecía (texto según ley 23264): «En todos los casos en que un menor aparezca inscripto como hijo de padre desconocido, el Registro Civil efectuará la comunicación al Ministerio Público de Menores, quien deberá procurar la determinación de la paternidad y el reconocimiento del hijo por el presunto padre. En su defecto podrá promover la acción judicial correspondiente si media conformidad expresa de la madre para hacerlo».

V.2 OTRAS OPCIONES PARA DETERMINAR EL EMPLAZAMIENTO

El código unificado no desconoce otras formas de determinación del vínculo filiatoria del hijo no reconocido, aunque la finalidad no sea la de emplazarlo, como sucede en la acción de reclamación.

Estas opciones se encuentran dentro de la filiación adoptiva y están previstas en los artículos 596 (último párrafo)²⁸ y 624²⁹ del CCCN.

En ambos casos, no se trata de acciones de filiación que persigan el emplazamiento del hijo no reconocido, ya que las finalidades son, en un caso conocer su vínculo biológico con su progenitor y, en el segundo, obtener una prestación alimentaria o heredarlo.

En el primer supuesto, se trata de una acción autónoma con el fin de conocer los orígenes³⁰, en la que el hijo adoptivo pretende determinar su filiación por naturaleza, sin obtener el emplazamiento.

El art. 624, por su parte, si bien menciona a la acción de filiación promovida por el adoptado en la adopción plena, lo cierto es que esta resulta inmodificable y «se contemplan sólo dos efectos: adquisición de derechos alimentarios y sucesorios del adoptado, no reconociéndose el carácter recíproco para el progenitor»³¹.

Además de estos casos previstos para determinadas situaciones propias de la adopción, es importante remarcar que la jurisprudencia admite la acción declarativa de certeza, en los casos en que el padre alegado duda sobre el vínculo con el pretenso hijo³².

28 Art. 596 CCCN. Derecho a conocer los orígenes. El adoptado con edad y grado de madurez suficiente tiene derecho a conocer los datos relativos a su origen y puede acceder, cuando lo requiera, al expediente judicial y administrativo en el que se tramitó su adopción y a otra información que conste en registros judiciales o administrativos. Si la persona es menor de edad, el juez puede disponer la intervención del equipo técnico del tribunal, del organismo de protección o del registro de adoptantes para que presten colaboración. La familia adoptante puede solicitar asesoramiento en los mismos organismos. El expediente judicial y administrativo debe contener la mayor cantidad de datos posibles de la identidad del niño y de su familia de origen referidos a ese origen, incluidos los relativos a enfermedades transmisibles. Los adoptantes deben comprometerse expresamente a hacer conocer sus orígenes al adoptado, quedando constancia de esa declaración en el expediente. Además del derecho a acceder a los expedientes, el adoptado adolescente está facultado para iniciar una acción autónoma a los fines de conocer sus orígenes. En este caso, debe contar con asistencia letrada.

29 Art. 624 CCCN. Irrevocabilidad. Otros efectos. La adopción plena es irrevocable. La acción de filiación del adoptado contra sus progenitores o el reconocimiento son admisibles sólo a los efectos de posibilitar los derechos alimentarios y sucesorios del adoptado, sin alterar los otros efectos de la adopción.

30 Kemelmajer, A. y ot., «Tratado de Derecho de familia», T. III, p. 130 y sigs.

31 Idem, p. 592

32 Entre otros: G., C. R. c. C., P. E., CNCiv, SalaK, 23/09/2003, LA LEY 2004-B, 970; M., G. D. vs. B., R. B. y otro s. Acción meramente declarativa, CAp.Civ.Com.Lab.yMin., Sala B, General Pico, La Pampa, 16/10/2019; RCJ 13414

Esta acción se entabla cuando, por diversos motivos, el hijo o su representante (en general la progenitora), no promueven la acción de reclamación de filiación paterna, pero el padre tiene dudas razonables sobre su paternidad.

Al respecto, se ha sostenido: «En materia de investigación de la relación paterno o materno filial debe prevalecer el principio de veracidad material en su vertiente de verdad biológica, de modo que se haga coincidir la filiación jurídica con la real, aunque el legislador introduzca alguna atemperación por atendibles razones de seguridad jurídica y paz familiar, por lo que así determinado el hecho de la generación, comienza a regir el principio restante y fundamental que regula la materia: el de 'favor filii'»³³.

La jurisprudencia desarrollada, a partir de la vigencia de la ley 23264, ha consolidado la procedencia de acciones para obtener la certeza sobre el vínculo paterno con el hijo, necesaria para reconocerlo con posterioridad.

En este sentido, se han admitido tanto acciones declarativas, como también medidas autosatisfactivas³⁴, para la realización de la prueba genética previa al reconocimiento voluntario, en casos donde el padre tenía dudas sobre la paternidad alegada³⁵.

Si bien estas acciones no culminan con un emplazamiento³⁶, dado que su propósito es obtener el resultado de la prueba que lo sustenta, lo cierto es que, de manera indirecta coadyuvan para hacerlo efectivo.

Consideramos oportuno destacar estas acciones que no persiguen en forma directa la filiación que se pretende, para valorar su utilidad en casos como el resuelto por la jueza de Monteros u otros similares.

Desde esta perspectiva, coincidimos con la magistrada que la acción contenciosa no siempre es la vía para la determinación de la filiación, por el dinamismo de las relaciones familiares³⁷, por lo que una acción declarativa o autónoma puede habilitar el emplazamiento, en resguardo del derecho a la identidad, como en este caso.

33 G., C. R. c. C., P. E., CNCiv, SalaK, 23/09/2003, LA LEY 2004-B, 970

34 Trib. Col. Familia de Rosario n. 5, 28/5/2004, «B., F. v. D. P., R.», RDF 2004-III-155 y JA 2006-II-468.

35 Wagmaister, A., «Filiación y medidas autosatisfactivas», AP/DOC/1086/2012. La autora realiza un profundo análisis sobre la utilidad de la medida autosatisfactiva para determinar la paternidad con certeza a través de la prueba genética y afirma: «Ante supuestos de esta índole, deberíamos encaminarnos siempre a obtener sea por vía judicial o extrajudicial la certeza de la existencia o no de un vínculo biológico sospechado y eventualmente el reconocimiento del progenitor».

36 Krasnow, A.N., «La medida autosatisfactiva como recurso que permite acceder al conocimiento de la identidad de origen sin impactar en el vínculo filial», RDF 39-2008-45

37 En la sentencia, se resuelve: «2) ADMITIR la acción innominada y la petición que hiciera el Sr Kike Ge (DNI .), la Sra. Natalia As (DNI.) y el niño Tomy As (DNI.), y, en consecuencia, reconocer que Tomy As, DNI ., es hijo de J. R. Ge, DNI»

VI. CONCLUSIONES

El fallo comentado abre las puertas para la admisión de acciones abreviadas para la determinación de la filiación en miras a un emplazamiento, sobre la base de una prueba genética previa si además existe un trato previo con el demandado, cuando no se puede promover contra el progenitor.

Si bien esta posibilidad puede ampliarse a otros casos que justifiquen esa admisibilidad, consideramos que la sentencia judicial no se puede omitir, para verificar la existencia del vínculo biológico, recaudo indispensable que no puede sustituirse por relaciones socioafectivas.



Divorcio Vincular - Disolución y Liquidación de la Sociedad Conyugal - Buena Fe - Medidas Cautelares - Medicina Prepaga

G. D. E. c/ C. D. | art. 250 cpc - incidente familia

[MJ-JU-M-136496-AR](#) | [MJJ136496](#)

En el marco de un convenio de divorcio, el ex cónyuge demandado debe mantener la cobertura médica de medicina prepaga de su ex consorte, hasta que se produzca la división de bienes.

Sumario:

1.-Corresponde admitir medida cautelar tendiente a que el demandado mantenga la cobertura médica que posee su ex cónyuge, ya que de la lectura del acuerdo celebrado entre las partes da cuenta de que su intención había sido la de condicionar esa prestación hasta el momento de la división de bienes, hecho que no ha sucedido.

Acceda al texto del fallo completo en: [MJJ136496](#)

Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil
Sala I

2-diciembre-2021

Alimentos - Alimentos de Hijos Menores - Cuota Alimentaria - Incumplimiento de la Cuota Alimentaria - Embargo - Responsabilidad Parental - Código Civil y Comercial de la Nación - Violencia de Género

G. J. E. y otros c/ B. A. H. | alimentos

[MJ-JU-M-135488-AR](#) | [MJJ135488](#)

Se dispone la prohibición de salir del país y la traba de un embargo sobre una indemnización que pudiera percibir el progenitor que incumplió con sus deberes alimentarios.

Sumario:

- 1.- De acuerdo al art. 553 del CCivCom., corresponde disponer la prohibición de salida de la República Argentina del obligado y la traba de un embargo sobre la suma de dinero que perciba en un expediente laboral por incumplimiento de la cuota alimentaria, ya que ni la insuficiencia de ingresos ni su carencia relevan al alimentante de su obligación respecto de sus hijos, pues se encuentra constreñido a trabajar de manera de procurarse recursos necesarios con el objeto de satisfacer los derechos derivados de la responsabilidad parental.
- 2.- Los padres no pueden excusarse de cumplir con la obligación alimentaria invocando la falta de trabajo o de ingresos suficientes cuando ello no se debe a dificultades insalvables demostradas en el curso del proceso, las que en el caso ni siquiera han sido referidas por el obligado.
- 3.- El art. 553 del Código Civil y Comercial de la Nación dispone expresamente las facultades de los magistrados para imponer al responsable del incumplimiento reiterado de la obligación alimentaria medidas razonables para asegurar la eficacia de la sentencia.
- 4.- El incumplimiento del obligado con deberes esenciales respecto de sus hijos, vulnerando derechos humanos básicos de uno de los grupos más desprotegidos de la sociedad, importa además ejercer violencia de género de tipo económica en contra de la progenitora, en los términos del art. 5° de la Ley de Protección Integral a las Mujeres n° 26.485.

5.-La falta de pago de la cuota alimentaria afecta directamente a la madre, pues ocasiona un deterioro de su situación económica, ya que debe cubrir de manera casi exclusiva las necesidades materiales de sus hijos, con la consiguiente limitación injustificada de sus propios recursos económicos.

6.- Respecto la suspensión de las líneas de telefonía fijas y móviles, habrán de desestimárselas, pues por el momento no se vislumbran como razonables y útiles en miras a lograr el cobro de la deuda, a la vez que podrían afectar la faz laboral del demandado y resultar contraproducentes a los fines perseguidos.

7.-Dada la naturaleza asistencial y urgente de la cuota alimentaria y el carácter provisional de las medidas cautelares, corresponde admitirlas para garantizar la percepción de alimentos, cuando pueda inferirse que existe riesgo de que el obligado se insolvente para eludir el pago de la cuota alimentaria o concurran causales objetivas que tornen incierta la percepción de la cuota.

Acceda al texto del fallo completo en: [MJJ135488](#)

Alimentos Provisionales - Filiación - Interés Superior del Niño - Prueba de ADN - Responsabilidad Parental - Indicios - Código Civil y Comercial de la Nación

C. I. c/ C. F. A. | filiación

[MJ-JU-M-135620-AR](#) | [MJJ135620](#)

Se fijan alimentos provisorios aun cuando no se haya comprobado que la niña sea hija del demandado, quien, a su vez, reconoció haber mantenido una relación con la actora.

Sumario:

- 1.-El art. 586 del CCivCom. prevé la posibilidad de fijar alimentos provisorios durante el marco de un reclamo filiatorio, y si bien tal alternativa haría factible la acreditación sumaria del vínculo invocado, en los términos del art. 644 CCivCom., lo cierto es que el propio impugnante ha reconocido la relación mantenida con la actora, aún pese a ser esporádica, por lo que no se avizora pertinente pedir un mayor esfuerzo probatorio en especial cuando el planteo gira en torno a los alimentos provisorios de la menor de edad, y el tiempo -en cuanto al desarrollo del proceso filiatorio- se encuentra en manos del recurrente.
- 2.-Las decisiones referidas a alimentos provisionales deben adoptarse en el interés superior de la niña involucrada, y decidir lo contrario implicaría preservar las dudas del progenitor por sobre el interés de la niña.

Acceda al texto del fallo completo en: [MJJ135620](#)

Filiación - Impugnación de la Filiación - Prueba de Filiación - Prueba de ADN - Código Civil y Comercial de la Nación - Derechos del Niño - Interés Superior del Niño - Impugnación de la Paternidad - Derecho a la Identidad

P. R. R. c/ I. N. V. | Impugnación de Filiación Matrimonial y reclamación de la filiación

[MJ-JU-M-136434-AR](#) | [MJJ136434](#)

Impugnación de filiación matrimonial: Se dispone que el niño tenga dos apellidos paternos no aplicándose al caso el art 558 del CCVivCom.

Sumario:

1.-Aplicar sin más las previsiones del art. 558(ref:LEG66465.558) del CCi-vCom., principalmente su último párrafo, que prohíbe a las personas tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación, habría que el menor deje de tener a su papá socioafectivo para que sólo tenga a su papá biológico, recortando su derecho a vivir y disfrutar no sólo de su familia biológica, sino también de su familia afectiva, y de su identidad dinámica tal como él mismo la percibe y la expresado, de su integridad personal, libertad de pensamiento y expresión, a tener un nombre y apellido que lo identifique y con los que se sienta identificado.

2.-Hay tantas familias como personas que desean formar una, y tantas realidades humanas a las que el derecho no puede exigir que se adapten a su letra, sino que debe ser la norma la que refleje esas realidades; por tanto su interpretación y aplicación ha de constituirse en una herramienta que contribuya a reflejar y/o acompañar esas realidades, y no en un obstáculo para la concreción de un determinado proyecto de vida.

3.-Teniendo en cuenta de forma integradora las consideraciones los hechos del caso, las previsiones de la Declaración Universal de Derechos Humanos(ref:LEG47377), Convención Americana sobre Derechos Humanos(ref:LEG3511), Convención sobre los Derechos del Niño(ref:LEG3311), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos(ref:LEG3512), CN.(ref:LEG1280), Constitución de la Provincia de Santa Fe(ref:LEG1301) y las Leyes 26.061(ref:LEG2987) y 12.967(re-

f:LEG20149), no corresponde aplicar a este caso, que es nada más y nada menos que la vida del niño y su sistema familiar pluriparental, lo establecido por el art. 558 último párr. del CCivCom. -que prohíbe tener más de un vínculo filial-, por no ajustarse a los estándares constitucionales y convencionales vigentes

4.-El análisis sistémico propuesto por el derecho constituvencional de las familias, brinda una herramienta eficaz, humanizada y humanizante para resolver casos donde la aplicación directa de la Constitución y los Tratados de Derechos Humanos vigentes en nuestro derecho positivo, nos permite romper este binarismo filial, respetar la dignidad de las personas involucradas, y, fundamentalmente, tener en miras lo que es mejor para los niños; el amor familiar, el amor que cimenta y construye los vínculos y lazos más allá del parentesco sanguíneo, no puede ser encasillado, encorsetado, en la letra fría y textual de una norma que ofrece un estándar mínimo, pero no único para la vida de las personas y sus múltiples posibilidades de formar sistemas familiares.

5.-Toda vez que el estudio genético otorga una certeza mayor al noventa y nueve por ciento, se ha sostenido que los juicios de filiación se han transformado en procesos eminentemente periciales.

Acceda al texto del fallo completo en: [MJJ136434](#)



Entrevista



**Entrevista a la Dra. Andrea Kowalenko -
Abogada matriculada y docente de Derecho
de las Familias de la UNC
“Las diversas fuentes filiatorias
a la luz del CCyC”**

MJD16477



**Entrevista a la Dra. Marcela Beatriz Peronja,
Abogada. Asesora del Juzgado de Menores
de Villa Constitución - Prov. Santa Fe
“El acceso de las mujeres a la justicia”**

MJD16510



**Entrevista a la Dra. Graciela Moreno de Ugarte ,
Vocal de la Cámara de familia
de la ciudad de Córdoba
“La autonomía progresiva de las niñas,
niños y adolescentes -**

MJD16530



MEDIDAS CAUTELARES EN CUESTIONES DE FAMILIA EXTRA-PATRIMONIALES

Aldana Othar - 03-01-22

[MJN120168](#)



VIOLENCIA DOMÉSTICA: TIPOS, MODALIDADES Y TRÁMITE.

Ezequiel Cooke - 14-02-22

[MJN120315](#)



DERECHO DE FAMILIA Y SUBJETIVIDAD: TRES CASOS PRÁCTICOS

Juan Ignacio Prola - 21-03-22

[MJN120419](#)



Legislación Nacional

— Resolución N° 55/2022 -

Programa 'Acercar derechos para personas en situación de violencias por motivos de género'. Creación. 23/2/2022.

[LEG119730](#)

CABA

— Ley N° 6516 -

Sistema de Acogimiento Familiar Transitorio. 6/1/2022.

[LEG118665](#)

Corrientes

— Decreto N° 2503/2021 -

Observatorio Provincial de Políticas Públicas con Perspectiva e Igualdad de Género. Creación. 28/1/2022.

[LEG119209](#)

Chaco

— Ley N° 3497 -

Observatorio Provincial contra las Violencias en razón de Género. Creación. 12/1/2022.

[LEG118823](#)

— Ley N° 3500 -

Registro de Adopciones. Creación. Ley 1152-C (Antes Ley N° 4.926). Modificación. 12/1/2022.

[LEG118824](#)

— **Ley N° 3503 -**

Programa Provincial Puentes hacia la Autonomía de Adolescentes y Jóvenes sin Cuidados Parentales. Creación. 12/1/2022.

[LEG118825](#)

Rio Negro

— **Ley N° 5553 -**

Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes. Programa Provincial de Información, Concientización y Prevención del Grooming (ciberacoso). Creación. Ley N° 4986. Modificación. 10/1/2022.

[LEG118819](#)

Santa Cruz

— **Ley 3766 -**

PREVENCIÓN DEL ABUSO CONTRA NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES; COLOCACIÓN DE BANCOS BLANCOS. 22/12/2021.

[LEG118141](#)

Tucuman

— **Ley N° 9464 -**

Emergencia por Violencia contra la Mujer. Provincia de Tucumán. Declaración. Ley N° 8981. Prórroga. 17/12/2021.

[LEG117991](#)

— **Ley N° 9494 -**

Emergencia por Violencia contra la Mujer. Provincia de Tucumán. Declaración. Ley N° 8981. Modificación. 25/2/2022.

[LEG119820](#)

— **Ley N° 9516 -**

Adolescentes y jóvenes sin cuidados parentales. Derecho de acceso a una vivienda temporal de carácter colectiva. 5/4/2022.

[LEG12066](#)

Valor MJ

Más Información, Mejores Resultados



NOVEDADES VIRALES



LÍNEA EXCLUSIVA



NEWSLETTER DIARIO



PODCAST DE ACTUALIDAD